

Propiedad intelectual de los pueblos y comunidades indígenas de México

PERSPECTIVAS Y RETOS

NANCY JAZMÍN PÉREZ RAMÍREZ
JUAN MANUEL ORTEGA MALDONADO

Coordinadores



PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS PUEBLOS
Y COMUNIDADES INDÍGENAS DE MÉXICO

Perspectivas y retos

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 401

DIRECTORIO

Dra. Mónica González Contró

Directora

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Secretario Académico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación editorial

Miguel López Ruiz

Cristopher Raúl Martínez Santana

Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas

Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez

Diseño y elaboración de portada

PROPIEDAD INTELECTUAL DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS DE MÉXICO

Perspectivas y retos

NANCY JAZMÍN PÉREZ RAMÍREZ
JUAN MANUEL ORTEGA MALDONADO

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2024

Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información

Nombres: Pérez Ramírez, Nancy Jazmín, editor. | Ortega Maldonado, Juan Manuel, editor.

Título: Propiedad intelectual de los pueblos y comunidades indígenas de México : perspectivas y retos / Nancy Jazmín Pérez Ramírez, Juan Manuel Ortega Maldonado, coordinadores.

Descripción: Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024. | Serie: Serie Estudios jurídicos ; núm. 401.

Identificadores: LIBRUNAM 2230420 (impreso) | LIBRUNAM 2230460 (libro electrónico) | ISBN 9786073088060 (impreso) | ISBN 9786073088084 (libro electrónico).

Temas: Propiedad intelectual -- México. | Indios de México -- Condición jurídica, leyes, etc. | Medicina tradicional -- Leyes y legislación -- México. | Pueblos indígenas -- Vida intelectual.

Clasificación: LCC KGF2210.I57.P76 2024 (impreso) | LCC KGF2210.I57 (libro electrónico) | DDC 344.720791797—dc23

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

La presente obra ha sido sometida a un proceso de dictaminación basado en el sistema de revisión por pares doble ciego, llevado a cabo por personas académicas independientes a la institución de afiliación de la persona autora, conforme a las Disposiciones Generales para la Actividad Editorial y de Distribución de la UNAM y los Criterios Específicos de Evaluación del Conahcyt.

Primera edición: 2 de abril de 2024

DR © 2024. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Mario de la Cueva s/n
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México
ISBN (libro impreso): 978-607-30-8806-0
ISBN (libro electrónico): 978-607-30-8808-4

Impreso y hecho en México

CONTENIDO

Introducción	VII
Juan Manuel ORTEGA MALDONADO Nancy Jazmín PÉREZ RAMÍREZ	
¡Estás conmigo o contra mí! La regulación mexicana sobre la propiedad intelectual colectiva	1
Juan Manuel ORTEGA MALDONADO Nancy Jazmín PÉREZ RAMÍREZ	
Trascendencia social de las patentes basadas en la medicina tradicional	35
Nancy Jazmín PÉREZ RAMÍREZ Juan Manuel ORTEGA MALDONADO	
La protección contra la apropiación cultural a la luz de la “Ley Harp” en México	63
Carolina AGUILAR RAMOS Víctor Alfonso ZERTUCHE COBOS	
Relación interdependiente entre diversas categorías esenciales del derecho cultural. Derecho del patrimonio cultural inmaterial, derecho autoral y derecho de los pueblos originarios	91
Erika FLORES DÉLEON	
Propiedad intelectual colectiva: a propósito de la mercantilización de los tejidos huipiles mexicanos	119
Lizeth Juliana GARCÍA ATRA	
La propiedad intelectual, un derecho humano de los pueblos indígenas frente a una sociedad moderna	141
Carlos M. HERRERA MEJÍA	

INTRODUCCIÓN

Tuvimos la fortuna de que en 2021 el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM nos editara y publicara el libro *Los desafíos del derecho indígena en México*, y eso nos incentivó para seguir proyectando nuestras reflexiones sobre los sistemas normativos indígenas, cuyo abordaje es escaso en la doctrina jurídica nacional.

Al entusiasmo originado por este acontecimiento se le sumaron dos hechos más: por un lado, que el suscrito Juan Manuel Ortega Maldonado ofreció un curso, a nivel maestría, sobre derecho indígena en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y, por el otro, a la relativa reciente aparición de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, que es una ley novedosa y muy interesante, cuyo estudio era todo un reto.

Bajo ese marco, y desde nuestras trincheras académicas (la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y la Universidad Autónoma del Estado de Quintana Roo), convocamos a un grupo de entusiastas e idealistas —como nosotros— originarios de diversas universidades del país para que expusieran sus ideas sobre el patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas, más específicamente sobre las potencialidades que puede tener la patente, el diseño industrial, la marca y otras figuras tradicionales de la propiedad intelectual, con las creaciones de los grupos originarios o las limitaciones, y sobre el contenido de la Ley Federal de Protección al Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, entre otros aspectos. A esa convocatoria acudieron quienes ahora participamos en esta obra.

Pero la verdadera razón de ofrecer nuestros puntos de vista sobre el tema fueron las reiteradas quejas de algunas comunida-

VIII

INTRODUCCIÓN

des indígenas y de la opinión pública, por los plagios que varias empresas extranjeras están haciendo de las creaciones artísticas de nuestros pueblos y comunidades indígenas.

Éste es el objetivo declarado de la Ley Federal de Protección al Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, y se supone que venía a cubrir ese vacío normativo. Sin embargo, pronto advertimos que no lo era, pues si bien resulta un gran avance, también lo es que deja intocados varios aspectos fundamentales, como la biopiratería. Entonces, resultaba urgente reflexionar sobre los alcances de la nueva ley con relación a todo el sistema jurídico de la propiedad intelectual.

En la primera parte del libro, quienes suscribimos esta introducción, nos propusimos reflexionar sobre los alcances que tiene el artículo 23 de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas.

En él se afirma textualmente que

Los creadores y productores individuales, integrantes de un pueblo o comunidad indígena o afromexicana, cuya actividad esté sustentada en los elementos de su patrimonio cultural, salvo disposición contraria determinada por sus sistemas normativos, para el aprovechamiento de sus obras, podrán sujetarse a las disposiciones de la Ley Federal del Derecho de Autor, de la Ley Federal de Protección de la Propiedad Industrial o del Código Civil que aplique en la localidad de que se trate, según convenga a su derecho. Quienes se acojan a dichas disposiciones, renuncian a las prerrogativas, preceptos, mecanismos e instrumentos de esta Ley.

Desde un principio nos pareció que resultaba inconsistente con todo el resto del articulado. Creímos —después de una rápida lectura— que pudiera existir un error que daría lugar a una fe de erratas, pero no fue así.

En realidad, ésa era la finalidad del artículo: excluir de sus beneficios a los sujetos que se acogieran a las leyes de Propiedad Industrial y del Derecho de Autor. Esta inexplicable intención

legislativa motivó el título de esta primera participación: “Estás conmigo o contra mí. La regulación mexicana sobre la propiedad intelectual colectiva”. Estamos convencidos de que es un numeral intrínsecamente discriminatorio, y así lo constatamos al emprender su estudio. Concluimos que este precepto debe ser expulsado del ordenamiento jurídico.

En el siguiente capítulo, también ambos (Nancy Jazmín Pérez Ramírez y Juan Manuel Ortega Maldonado) decidimos trabajar sobre un tema que nos pareció interesante y de actualidad, que titulamos “Trascendencia social de las patentes basadas en la medicina tradicional”.

Aquí partimos de una idea medular: la patente no es una mala idea para proteger el patrimonio cultural indígena, como se ha machacado y satanizado insistentemente. Como toda figura, tiene sus ventajas y desventajas, como las tiene la vigente Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, o como las tiene la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial. Ambas son perfectibles.

Estamos convencidos de que esta última ley posibilita (al regular la patente) el trabajo conjunto entre universidades y comunidades indígenas para ese propósito. Destacar la importancia social de las patentes es uno de los objetivos medulares.

Inmediatamente después, contamos con la participación de la doctora Carolina Aguilar Ramos y su colega el doctor Víctor Alfonso Zertuche Cobos, ambos profesores investigadores en la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, con una aportación titulada “La protección contra la apropiación cultural a la luz de «Ley Harp» en México”.

Los autores hacen un meritorio esfuerzo por sistematizar los momentos legislativos más destacados sobre la indebida apropiación cultural de los pueblos y comunidades indígenas en el país. Consideran que resulta necesario repensar acerca de la eficacia de las medidas administrativas y penales establecidas en la Ley Harp, debido a que los procesos de autorización para el aprove-

chamiento de tales derechos se desenvuelven en planos de notoria desigualdad entre los sujetos involucrados.

También se pronuncian por soluciones con mayor impacto para los trasgresores de estos derechos, partiendo de la premisa de que, con mayor frecuencia, se trata de empresas con alto poder adquisitivo. De igual manera, apuestan por el establecimiento de medidas jurídicas, y no de naturaleza asistencial, que velen por alcanzar una reparación integral a quienes resulten víctimas de dichos actos ilícitos.

Sin dejar de reconocer los méritos de la Ley Harp para la protección del patrimonio cultural de esos pueblos, también están conscientes de sus limitaciones.

Enseguida, la doctora Erika Flores Deleón nos ofrece unas interesantes reflexiones en torno al derecho cultural y por eso titula su participación “Relación interdependiente entre diversas categorías esenciales del derecho cultural. Derecho del patrimonio cultural inmaterial, derecho autoral y derecho de los pueblos originarios”.

Una de las conclusiones que se desprenden de su trabajo es la necesidad de reconocer el pleno rango de igualdad de las identidades propias de cada comunidad, ya que el derecho actual inhibe el propio desarrollo de dichas identidades, fomentando en todo momento la identidad nacional, lo cual contraviene el libre desarrollo de la personalidad de las comunidades indígenas.

La abogada, egresada de la Universidad de Barcelona, establece el marco jurídico internacional, así como el constitucional y legal vigente en México, en aras de observar la complejidad jurídica ante la que se enfrentan los legisladores para garantizar de manera efectiva los derechos que asisten a los pueblos originarios en su conjunto, así como la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones.

Para ella, las reformas constitucionales más recientes de 2009 en materia cultural y la de 2011 en materia de derechos humanos obligan a repensar nuestro derecho positivo, por caracterizarse de ser monocultural y transitar hacia un derecho intercultural.

Continuamos con la aportación de la maestra en derecho Lizeth Juliana García Atrá, con el trabajo titulado “Propiedad intelectual colectiva. A propósito de la mercantilización de los tejidos huipiles mexicanos”.

Para la maestra, la apropiación cultural de estos tejidos compromete la protección de la propiedad intelectual colectiva, de las prácticas y tradiciones de los colectivos indígenas mexicanos, de sus raíces y de su cosmovisión; a la par, desconoce la importancia de la transmisión generacional de este conocimiento por una cuestión de “moda”. Estos aspectos supondrían, en la realidad, su desvalorización cultural e invisibilización, además del impacto y repercusión en la economía familiar de éstos, sostenidos en dichos tejidos.

Por eso, la maestra nos recuerda que la mercantilización de la cultura se ha potenciado con la aparición de las tecnologías de la información y la comunicación, y que a lo anterior se le suma un incommensurable afán de darle el carácter de producto consumible a piezas de creación colectiva. La autora nos hace un llamado urgente a proteger las piezas artesanales de este fenómeno, dándole la importancia debida a las cosmovisiones indígenas, a los saberes tradicionales y ancestrales, a lo que supone ese trabajo creativo en todas las dimensiones.

Finalmente, contamos con la aportación del maestro Carlos Moisés Herrera Mejía, profesor investigador de la Universidad de Quintana Roo, con el capítulo titulado “La propiedad intelectual, un derecho humano de los pueblos indígenas frente a una sociedad moderna”.

Para el profesor de la Universidad Autónoma del Estado de Quintana Roo, es necesario difundir entre los pueblos indígenas la importancia en iniciar a la brevedad posible, y orientarlos en el proceso para registrar y proteger todo aquel valor inmaterial que pueda considerarse dentro de la propiedad intelectual de acuerdo con la ley.

Para el citado profesor, proceder de esa forma permitirá que los pueblos y comunidades indígenas ejerzan un derecho humano

fundamental, como es la conservación de todas las prácticas tradicionales que realizan, y que éstas han estado presentes gracias a que se ha transmitido de una generación a otra de una manera ancestral.

Nos resta sólo agradecer a los participantes, quienes se sumaron a esta revolución de pensamientos.

Juan Manuel ORTEGA MALDONADO
Nancy Jazmín PÉREZ RAMÍREZ

¡ESTÁS CONMIGO O CONTRA MÍ! LA REGULACIÓN MEXICANA SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COLECTIVA

Juan Manuel ORTEGA MALDONADO*
Nancy Jazmín PÉREZ RAMÍREZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco teórico sobre la protección jurídica del patrimonio cultural indígena*. III. *La exposición de motivos de la Ley Harp*. IV. *¿Incompatibilidad entre la Ley Harp y las leyes federales de Propiedad Industrial y del Derecho de Autor?* V. *Incongruencia interna de la Ley Harp*. VI. *El artículo 23 de la Ley Harp frente a los derechos humanos (discriminación normativa)*. VII. *El artículo 23 de la Ley Harp y el test de proporcionalidad*. VIII. *El artículo 23 de la Ley Harp y el test de razonabilidad*. IX. *Conclusiones*. X. *Fuentes*.

I. INTRODUCCIÓN

El 17 de enero de 2022 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (en adelante, Ley

* Profesor investigador de tiempo completo adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Correo: juan.ortegama@uaem.edu.mx.

** Profesora investigadora de tiempo completo adscrita a la División de Ciencias Sociales y Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Quintana Roo. Correo: nancy.perez@uqroo.edu.mx.

Harp¹), y con ella el panorama de la protección de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas en México, respecto de sus obras literarias, artísticas, de arte popular y artesanal de las culturas populares o de las expresiones de las culturas tradicionales, tomó tintes dubitativos.

En apariencia, la convivencia entre la Ley Harp, por un lado, y la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, por el otro, parece inocua. Se dijo que aquella ley venía a sumar mayores derechos a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas de los que ya se reconocían en estos dos últimos ordenamientos,² y en particular en la Ley Federal del Derecho de Autor, la cual también fue recientemente reformada en sus artículos 157 a 160,³ relativos a las culturas populares y expresiones culturales tradicionales.

Sin embargo, lo que en realidad sucedió al entrar en vigor la Ley Harp fue la creación de una atmósfera de perplejidad sobre si resulta conveniente o no, para los creadores o productores indígenas en lo particular, adherirse a esta Ley. La razón de esta duda radica en lo dispuesto por el artículo 18, con relación al 23, de la Ley Harp, que textualmente indican:

Artículo 18. El uso, aprovechamiento y comercialización de los elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas que realizan sus integrantes, *de manera personal y para su beneficio, no serán materia de esta Ley* y, en su caso, serán determinados o resueltos de conformidad con los sistemas normativos de los pueblos o comunidades respectivas.

¹ Así comúnmente conocida por haber sido propuesta por la senadora Susana Harp Iturribarria.

² Iniciativa con Proyecto de Decreto que Expide la Ley de Salvaguardia de los Conocimientos, Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos, presentada el 20 de noviembre de 2018, por parte de los senadores Ricardo Monreal Ávila y Susana Harp Iturribarria, disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/11/asun_3776528_20181115_1542282653.pdf (consultado el 18 de diciembre de 2022), pp. 17 y 21.

³ *Diario Oficial de la Federación*, 24 de enero de 2020.

Artículo 23. Los creadores y productores individuales, integrantes de un pueblo o comunidad indígena o afromexicana, cuya actividad esté sustentada en los elementos de su patrimonio cultural, salvo disposición contraria determinada por sus sistemas normativos, para el aprovechamiento de sus obras, podrán sujetarse a las disposiciones de la Ley Federal del Derecho de Autor, de la Ley Federal de Protección de la Propiedad Industrial o del Código Civil que aplique en la localidad de que se trate, según convenga a su derecho. *Quienes se acojan a dichas disposiciones, renuncian a las prerrogativas, preceptos, mecanismos e instrumentos de esta Ley...*

No hay duda de que la Ley Harp sólo es aplicable en beneficio de las comunidades indígenas o afromexicanas, pero no para los individuos integrantes de éstas. Dicho de otra manera, las artesanías o cualquier producto creado o producido por los individuos integrantes de una comunidad indígena no pueden ampararse en la Ley Harp para proteger esas creaciones.

Sin embargo, la Ley Harp, al indicar esto en el artículo 23, genera —en nuestra opinión— una problemática muy seria. Para precisar la problemática, tomaremos como ejemplo el caso de la denominación de origen “Lacas de Olinalá”. Debemos recordar que, en fechas muy recientes, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (en adelante, IMPI) emitió la Declaración de Protección de la Denominación de Origen “Lacas de Olinalá”,⁴ lo que significó para las comunidades ubicadas en ese municipio un paso importante para estar en posibilidad de proteger sus creaciones artesanales y exportarlas en condiciones más favorables.

No obstante, para aprovecharse de esta Declaratoria, es necesario que cada artesano en particular o empresa artesanal solicite y les sea otorgada por parte del IMPI la autorización de uso de esa denominación.⁵ Es indispensable que, para aprovecharse

⁴ *Diario Oficial de la Federación*, julio de 2022.

⁵ Artículos 298-309 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial.

de los beneficios que ofrece la denominación de origen, un particular o una empresa solicite esa autorización.

Entonces, parafraseando la Ley Harp, en su artículo 23 citado, tendríamos el siguiente hipotético escenario: el creador o productor individual del municipio de Olinalá, en el estado de Guerrero, que sea integrante de la comunidad indígena de Temalacatzingo, ubicado en aquel municipio, y cuya actividad esté sustentada en los elementos de su patrimonio cultural, para el aprovechamiento de sus obras (una cajita con “laca de Olinalá”), solicitaría la autorización de uso de la denominación de origen, sujetándose de esta forma a las disposiciones de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, pero tendría como consecuencia que si se acoge a esa Ley estaría renunciando a las prerrogativas, preceptos, mecanismos e instrumentos de la Ley Harp; esto es, el participar en la toma de decisiones de su comunidad respecto del patrimonio cultural.

En otras palabras, las comunidades y pueblos que opten por tramitar una autorización de uso o solicitud de registro deberán aquilatar si se acogen a los beneficios que ofrece la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial que regula estas figuras, o se decantan por acogerse a las bondades que proporciona la Ley Harp.

En el primer caso, los individuos integrantes de esa comunidad tendrían la ventaja de mejorar el precio de venta de sus productos, tanto en el mercado interno como en el exterior; pero la desventaja sería que ya no estarían sujetos a las prerrogativas que ofrece la Ley Harp.

En el segundo caso, es decir, acogerse a la Ley Harp, tendrían como ventaja todos los mecanismos, instrumentos y derechos que esa ley dispensa; pero la desventaja consistiría en que sus productos no tendrían el mismo impacto en el mercado, por carecer de indicador de calidad, certificación y seguridad que ofrecen las figuras de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial. Colocar a esos individuos y, como consecuencia, a las comunidades y pueblos indígenas ante esta disyuntiva, en nuestra

opinión, indudablemente restringe sus derechos y obstaculiza su crecimiento social y económico con el uso de las herramientas de naturaleza colectiva previstas en dicha legislación, cayendo además en contradicción con el objeto mismo de la Ley Harp, cuyo artículo 1o. determina garantizar el desarrollo del patrimonio cultural y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.

Estás conmigo o contra mí. No hay alternativa. Ese mensaje parece enviar el artículo 23 citado. No existe una justificación clara para esta actitud excluyente de la Ley.

Entonces, se postula la siguiente pregunta de esta investigación: ¿la aplicación de la Ley Harp es excluyente de la aplicación de las figuras que regula la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y de la Ley Federal del Derecho de Autor para los creadores o productores indígenas? Si esto es cierto, cabría cuestionar inmediatamente: ¿por qué es esto así? Finalizando con esta otra pregunta: ¿qué se puede hacer?

Nosotros sostenemos que, tal como está redactado ese artículo, es evidente la exclusión de ambos ordenamientos cuando se pretende aplicar a los individuos particulares integrantes de una comunidad, y que eso se debe a una visión sesgada del problema, por lo que se propone la derogación de tal precepto o su expulsión del sistema normativo.

Para ello, en un primer momento daremos cuenta del marco teórico dentro del que se mueve este problema; después, revisaremos la exposición de motivos de la Ley Harp; analizaremos a continuación si la Ley Harp es compatible con la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y con la Ley Federal del Derecho de Autor; inmediatamente después, revisaremos las inconsistencias de la Ley Harp en este artículo 23; seguidamente, estudiaremos si el artículo 23 de la Ley Harp armoniza con los derechos humanos y soporta los test de proporcionalidad y razonabilidad, y cerraremos con algunas conclusiones.

II. MARCO TEÓRICO SOBRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL INDÍGENA

Existen —en nuestra opinión— tres visiones de cómo deberían protegerse jurídicamente las obras literarias, artísticas, de arte popular y artesanal de las culturas populares o de las expresiones de las culturas tradicionales. Ese debate ideológico se ha trasladado al escenario legislativo y se ha traducido en leyes aprobadas bajo esas ópticas diferentes.

Estas divergencias de perspectiva no hacen necesariamente que sean incompatibles unas frente a otras, pero sí que predomine alguno de esos criterios sobre los otros. En casi todos los casos se trata de posturas complementarias. Nos referimos a los siguientes:

- 1) El primer criterio defiende que la mejor protección jurídica está supeditada al alcance y connotación que se otorgue a los conceptos que regula la ley.
- 2) La segunda posición postula que lo importante en esa protección es su finalidad, y, en ese sentido, se dividen las opiniones entre quienes optan por una protección preventiva y quienes prefieren una protección “positiva”.
- 3) El tercer punto de vista sobre cómo deberían protegerse jurídicamente estos bienes atiende al sujeto que será titular de esa protección jurídica, es decir, si lo que debe protegerse son creaciones colectivas o únicamente creaciones individuales.

1. *La protección de los conceptos que regula la ley*

Dentro de este criterio existen, a su vez, tres conceptos que resultan básicos para cualquier ordenamiento que pretenda proteger las creaciones culturales indígenas. Si bien estos tres conceptos pugnan por la protección de la propiedad cultural e intelectual indígena, el significado que éstos adquieren es diferente. En muchas ocasiones se han utilizado como términos comple-

mentarios, aunque —también debemos afirmarlo— en algunas otras se trata de conceptos excluyentes.

A. *Patrimonio indígena*

Este concepto fue introducido por primera vez en un informe que se elaboró para la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías del Consejo Económico y Social de la ONU en 1991.⁶

Lo importante para efectos jurídicos es que el “patrimonio indígena” se enfoca en la *preservación* de los elementos que lo componen; esto es, mantener las prácticas y conocimientos que incorporan los modos de vida tradicional. Ahora, al ser ese patrimonio indígena tanto un elemento primordial para la existencia de esas comunidades como parte fundamental del patrimonio nacional e internacional, ello lo convierte en un elemento sometido a decisiones externas a la propia comunidad.

En otras palabras, el patrimonio indígena deja de ser un atributo exclusivo de la comunidad para convertirse en patrimonio nacional e internacional. La protección jurídica del patrimonio indígena, en consecuencia, facilitaría el acceso indebido a los elementos intelectuales de tal patrimonio.⁷ Éste es el concepto que predomina en la Ley Harp.⁸

⁶ *Discrimination against Indigenous Peoples. Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Revised working paper submitted by the Chairperson Rapporteur, Ms. Erica-Irene Daes, pursuant to Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities resolution 1990/26.* Este documento puede obtenerse y descargarse en: <https://digitallibrary.un.org/record/115292?ln=es>.

⁷ En el mismo sentido, *cf.* Amador Tello, Judith, “Combate a la apropiación cultural: la nueva ley, muy «mercantil””, *Proceso*, 6 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/reportajes/2022/2/6/combate-la-apropiacion-cultural-la-nueva-ley-muy-mercantil-280439.html> (consultado el 18 de diciembre de 2022).

⁸ El artículo 3o., fracción XII, la define de la forma siguiente: “Patrimonio cultural: es el conjunto de bienes materiales e inmateriales que comprenden las lenguas, conocimientos, objetos y todos los elementos que constituyan

B. *Conocimientos tradicionales*

Este concepto incluye el folclore y los conocimientos indígenas, como lo adopta la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), o bien como sinónimo de conocimientos tradicionales sobre la biodiversidad, como ocurre en el Convenio sobre Diversidad Biológica.⁹

Éste es un concepto bastante difuso, no sólo porque comprende una gran diversidad de elementos, sino también porque tales conocimientos emergen de grupos no indígenas. Este concepto, desde la perspectiva jurídica, es más proclive a la *conservación*, asumiendo que los pueblos indígenas son solamente custodios de conocimientos para el mantenimiento de la diversidad biológica, principalmente.

Según este enfoque, la protección jurídica de los conocimientos tradicionales es un apoyo importante para alcanzar los objetivos sociales sobre la conservación del medio ambiente, la sostenibilidad agrícola y la seguridad alimentaria. Sin embargo, la protección jurídica, como sinónimo de conservación, no siempre es la mejor opción para la reproducción del conocimiento tradicional. Además, el adjetivo “tradicional” parece subrayar el sentido estático de tales conocimientos. Este concepto también se incluye de manera primordial en la Ley Harp.¹⁰

las culturas y los territorios de los pueblos y comunidades indígenas y afro mexicanas, que les dan sentido de comunidad con una identidad propia y que son percibidos por otros como característicos, a los que tienen el pleno derecho de propiedad, acceso, participación, práctica y disfrute de manera activa y creativa”.

⁹ Convenio sobre Diversidad Biológica, p. 4, disponible en: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>.

¹⁰ Al respecto, basta citar el artículo 1o. de dicha Ley, que nos indica: “La presente Ley es de orden público, interés social y de observancia general en el territorio nacional. Tiene por objeto reconocer y garantizar la protección, salvaguardia y el desarrollo del patrimonio cultural y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas”.

C. *Propiedad cultural e intelectual indígena*

El término ha sido usado desde hace tiempo por la ONU,¹¹ así como en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas¹² y en otras instancias, como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos (OEA).¹³

La propiedad cultural e intelectual indígena ha sido cuestionada porque muchas de las bases conceptuales del término son incompatibles con las creencias y valores de los pueblos indígenas y, por lo tanto, le ofrecerían inadecuados niveles de protección.

Como bien lo anota Huenchuan Navarro:

...la propiedad del patrimonio para los pueblos indígenas, por tanto, es dominio comunitario y una responsabilidad individual; un conjunto de relaciones que incluye derechos económicos... En las comunidades indígenas, las innovaciones, pese a que son de origen individual, se consideran como un fenómeno social y colectivo, y sus resultados están disponibles para cualquier miembro que desee utilizarlas. En consecuencia, la propiedad es sinónimo de bien común, libremente intercambiado dentro de las comunidades y entre ellas.¹⁴

¹¹ *Discriminación contra los pueblos indígenas. Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Documento de trabajo revisado y presentado por la presidenta-relatora, Sra. Erica-Irene Daes, en cumplimiento de la Resolución 1992/33 de la Subcomisión y la Resolución 1993/31 de la Comisión de Derechos Humanos.* Este documento puede consultarse en: <https://digitallibrary.un.org/record/168945?ln=es>.

¹² Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, p. 26, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRI_Sp.pdf (consultado el 4 de diciembre de 2022).

¹³ Artículo XXVIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, disponible en: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

¹⁴ Huenchuan Navarro, Sandra, “Propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas: objetos y enfoques de protección”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Chile, núm. 8, 2004, p. 10.

Este concepto se encuentra conectado con el enfoque de los *derechos* que privilegia. Es el más cercano a la doctrina del derecho de la propiedad intelectual de corte occidental y el que campea en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Intelectual y en la Ley Federal del Derecho de Autor, aunque no es ajeno tampoco en la Ley Harp.¹⁵

2. *La finalidad que se pretende con esa protección a través de la ley*

De acuerdo con este criterio, la protección jurídica puede ser preventiva o positiva.

a) *La protección preventiva* tiene el propósito de evitar que las personas ajenas a la comunidad adquieran derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales.¹⁶

Citaremos un ejemplo: la India ha creado una base de datos de la medicina tradicional que existe en ese país. Tal plataforma electrónica permite búsquedas para que los examinadores de patente puedan utilizar como prueba del estado de la técnica al evaluar las solicitudes de patente (no es una base de datos abierta al público en general).

Esa base de datos se estableció a partir de un caso en el que la Oficina de Patentes de Estados Unidos concedió una patente (que posteriormente fue revocada) sobre el uso de la *cúrcuma* para curar heridas, cualidad conocida por las comunidades tradicionales en la India y documentada desde hace cientos de años.

¹⁵ El artículo 3o., en su fracción VII, define lo siguiente: “Derecho de propiedad colectiva: es el derecho real o de dominio directo que los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas tienen sobre su patrimonio cultural, basado en sus saberes, conocimientos, manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y expresiones culturales tradicionales”.

¹⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Reseña núm. 1: “Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual”, OMPI, 2015, p. 2, disponible en: file:///C:/Users/HP/Desktop/respaldo%20marzo%202023/Investigaciones/Libros/Libros%20en%20construcci%C3%B3n/Propiedad%20Intelectual%20Colectiva/wipo_pub_tk_1.pdf (consultado el 8 de enero de 2023).

Las estrategias preventivas también pueden utilizarse para proteger manifestaciones culturales sagradas, como símbolos o palabras sagrados, evitando que sean registrados como marcas por terceros.¹⁷ Eso es lo que regula precisamente la Ley Harp, y ello nos parece excelente, pero se detiene ahí, sólo en la parte preventiva,¹⁸ y, además, en un ámbito de protección estrictamente nacional.¹⁹

b) Por su parte, la *protección positiva* consiste en la concesión y el ejercicio de derechos que dan a las comunidades los medios necesarios para promover sus conocimientos tradicionales, controlar su utilización y sacar un beneficio económico de su explotación comercial.²⁰

Ello puede lograrse mediante el sistema jurídico de propiedad intelectual vigente, ya sea a través de normas generales, como la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y la Ley Federal del Derecho de Autor, o especiales, como lo han hecho otros países,²¹ que es también la recomendación de la OMPI.²²

¹⁷ Es de ese tenor el artículo 8o., segundo párrafo, de la Ley Harp, que establece: “Tendrán especial protección sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas, sus lugares sagrados y centros ceremoniales, objetos de culto, sistemas simbólicos o cualquier otro que se considere sensible para las comunidades, a fin de garantizar sus formas propias de vida e identidad, así como su supervivencia cultural”.

¹⁸ Como bien lo dice el profesor Miguel Ángel Margáin en una entrevista para el periódico *El Economista*, 4 de marzo de 2022: “La propiedad intelectual es crear, proteger, defender, pero lo más importante es explotarla”. Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/arteseideas/Y-ahora-que-hay-una-ley-como-hacer-valer-los-derechos-colectivos-20220304-0004.html> (consultado el 14 de noviembre de 2022).

¹⁹ Es obvio suponer que así sea, dada la competencia de las autoridades mexicanas. Así expresamente se indica en el artículo 1o.: “La presente Ley es de orden público, interés social y de observancia general en el territorio nacional...”.

²⁰ *Ibidem*, p. 3.

²¹ Es el caso de Panamá, por citar un ejemplo, que ha promulgado la Ley núm. 20, del 26 de junio de 2000, del régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales.

²² *Los conocimientos tradicionales y la necesidad de otorgarles una protección de propiedad intelectual adecuada. Comité de la OMPI sobre la Relación de la Propiedad Intelectual,*

Sin embargo, la protección concreta dada por medio del régimen jurídico nacional no es de aplicación en todos los países, salvo con los que se tienen acuerdos generales²³ o específicos, y ése es uno de los motivos por los que muchos están a favor de la elaboración de uno o varios instrumentos jurídicos internacionales.²⁴

3. *Sujeto titular de esa protección*

En efecto, si lo que se busca es la protección de las obras literarias, artísticas, de arte popular y artesanal de las culturas populares o de los conocimientos y las expresiones de las culturas tradicionales, ello supone la necesidad de incluir dentro de esa protección a quiénes son los beneficiarios primarios de la protección. En ese sentido, existen tres posiciones:

- a) Aquellos que consideran que la titularidad debe ser individual, lo que sugiere que el derecho de propiedad occi-
dental puede ser adaptado para conferir a los individuos (tanto indígenas como no indígenas) derechos exclusivos de propiedad y monopolio con respecto a la cultura. Éste es el espíritu primario que anima a la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y por lo cual se le critica fuertemente como instrumento de protección a las creaciones de los pueblos y comunidades indígenas.²⁵

los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales (documentos presentados por el Grupo de Países de América Latina y el Caribe [GRULAC]). Este documento está disponible en: https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=1664.

²³ México suele incluir en la mayoría de los tratados comerciales que tiene suscritos con otras naciones un capítulo sobre propiedad intelectual y sobre obstáculos técnicos al comercio.

²⁴ En ese sentido, véanse los trabajos del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (CIG) de la OMPI, que pueden consultarse en: <https://www.wipo.int/tk/es/igc/>.

²⁵ En ese sentido, *cfr.* Hernández de la Torre, Jaime y Villaseñor Tinoco, Martha Alicia, “De los derechos de autor y los pueblos originarios”, *Derecho Glo-*

- b) Aquellos que consideran que la titularidad debe ser colectiva, lo que equivale a decir que los titulares son grupos o sociedades, y en este caso en particular el titular sería el pueblo indígena en su conjunto. Ésta es la nueva visión que anima también a la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial al regular figuras como la indicación geográfica,²⁶ la denominación de origen, la marca colectiva y la marca de certificación.
- c) Aquellos que consideran que debe darse una alternativa a la titularidad colectiva, lo que implica reconocer “derechos colectivos indígenas de subgrupos concretos”; es decir, admitir la posibilidad de que algunos individuos posean derechos específicos por formar de un grupo particular dentro de un pueblo: mujeres, adultos mayores, niños, etcétera.²⁷

De todo cuanto hemos dicho, podemos extraer algunas conclusiones parciales: primero, es claro que este marco teórico ha servido para dar sustento tanto a la Ley Harp como a la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y a la Ley Federal del Derecho de Autor; segundo, también es cierto que no existen las divisiones insuperables entre los tres ordenamientos, sino más bien una distinta graduación de intensidad en la aplicación de unos u otros conceptos, finalidades y titulares, y tercero, no puede hallarse en este marco teórico una explicación a la redacción excluyente y discriminatoria del artículo 23 de la Ley Harp, es decir, no se encuentra una respuesta al por qué este ordenamien-

bal. *Estudios sobre Derecho y Justicia*, año 3, núm. 9, julio-octubre de 2018, p. 112, disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/dgedj/v3n9/2448-5136-dgedj-4-10-107.pdf>.

²⁶ Por ejemplo, en el *DOF*, 2 de marzo de 2022, se publicaron las declaraciones de indicación geográfica para sendas comunidades del estado de Oaxaca.

²⁷ Huenchuan Navarro, Sandra, *op. cit.*, p. 90. En el mismo sentido, tanto la OMPI como el IMPI tienen programas específicos para alentar el apoyo a las mujeres emprendedoras. Cfr. https://www.wipo.int/wipo_magazine_digital/es/2023/article_0005.html y <https://mujeresinnovadoras.impi.gob.mx/>.

to no permite que algunos indígenas en lo particular puedan acogerse a la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial o a la Ley Federal del Derecho de Autor y al mismo tiempo aprovecharse de los beneficios que ofrece la Ley Harp.

III. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY HARP

Pero si dentro del marco teórico analizado no puede hallarse una respuesta a la posición discriminatoria del artículo 23 de la Ley Harp, menos puede encontrarse en la exposición de motivos que le dio origen.

En efecto, la exposición de motivos de este ordenamiento es prolija en críticas hacia el actual sistema de propiedad industrial, pues los senadores que presentaron la Iniciativa consideran que “...hasta ahora no ha logrado establecer una protección efectiva para los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales de los pueblos originarios en el mundo...”.²⁸

Más adelante, ellos abundan expresando lo siguiente:

...tal como se encuentran el marco regulatorio nacional y las leyes vigentes en materia de propiedad intelectual, se consideran inadecuadas para reconocer y proteger los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, ya que las nociones “no occidentales” de propiedad intelectual son diferentes de las creencias y usos y costumbres de los pueblos y comunidades originarios.²⁹

La crítica resulta más específica al encarar la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley Federal de Protección a la Propiedad

²⁸ Iniciativa con Proyecto de Decreto que Expide la Ley de Salvaguardia de los Conocimientos, Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos, p. 4, disponible en: *file:///C:/Users/HP/Desktop/respaldo%20marzo%202023/Investigaciones/Libros/Libros%20en%20construcci%C3%B3n/Propiedad%20Intelectual%20Colectiva/Iniciativa%20Ley%20del%20Patrimonio%20Cultural/Inic_MORENA_Indig_Afromexicanos_201118%20(1).pdf*.

²⁹ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

Industrial. Respecto de la primera, se le reprocha el permitir que las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal que no cuenten con autor identificable sean de uso libre.³⁰

Cuando es el turno de analizar la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, los senadores que presentaron la Iniciativa reconocen que

...tradicionalmente se considera la existencia de dos figuras idóneas para la protección de ciertos conocimientos tradicionales: las denominaciones de origen y las marcas colectivas. Sin embargo, estas figuras no están diseñadas para el uso específico de comunidades originarias, las cuales deben cumplir requisitos formalistas basados en derecho occidental para obtener cierto grado de protección. Por lo que concierne a las marcas colectivas, éstas se utilizan comúnmente como una herramienta para promover el conocimiento tradicional, no obstante, el marco jurídico al que están sujetas es el mismo que el régimen de marcas comunes, de modo que no existe un régimen específico sobre los CC.TT. y ECT. En este sentido, las denominaciones de origen, al igual que las indicaciones geográficas, establecen requisitos procedimentales que, sin una política pública que les soporte, difícilmente estarán al alcance de las comunidades originarias.³¹

Después de estas críticas, la exposición de motivos concluye en la necesidad de buscar una

...protección sui géneris que reconozca los derechos correspondientes y brinde cobertura, mecanismos y garantías cabales, para su certera salvaguarda, aspecto tal que se postula como el objeto de la presente Ley.

Países andinos como Ecuador, Colombia, Venezuela y Perú han redireccionado sus esfuerzos hacia este tema. Plantean, además,

³⁰ *Ibidem*, p. 7. Es pertinente afirmar que los artículos relativos de la Ley Federal del Derecho de Autor fueron sustancialmente reformados y actualmente ya no permiten ese “uso libre” que criticaba la exposición de motivos que venimos comentando.

³¹ *Ibidem*, p. 8.

lo inaplazable de esta regulación, argumentando razones generales y específicas. Dentro de las primeras se enlistan, entre otras: protección de un derecho humano fundamental, valor intrínseco del conocimiento tradicional colectivo y respuesta defensiva a los derechos de propiedad intelectual que busca proteger derechos monopólicos sobre el conocimiento. Por su parte, la segunda categoría incluye el valor del conocimiento tradicional como parte de la cosmovisión indígena, y el desarrollo de patentes y otros derechos de propiedad intelectual, a partir de los conocimientos, prácticas e innovaciones indígenas.³²

Como puede advertirse, no existe en la exposición de motivos una explicación al por qué se excluye de sus beneficios a los indígenas particulares cuando deciden utilizar los instrumentos y figuras que dispensa la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial o la Ley Federal del Derecho de Autor.

IV. ¿INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA LEY HARP Y LAS LEYES FEDERALES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DEL DERECHO DE AUTOR?

Si la justificación para la redacción del artículo 23 de la Ley Harp no se encuentra en el marco teórico que la sustenta y tampoco en la exposición de motivos de la misma, habría que preguntar y tratar de responder si ese contenido trae causa en su posible incompatibilidad con la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y la Ley Federal del Derecho de Autor, es decir, si los beneficios que ofrece aquella ley frente a las otras son irreconciliables, incompatibles o excluyentes. Sostenemos que no, y trataremos de demostrarlo.

Para que un ordenamiento pueda calificarse de incompatible, irreconciliable o excluyente con otro u otros, es necesario que la naturaleza jurídica de esos ordenamientos sea, en principio,

³² *Ibidem*, p. 20.

distinta; pero, además, esa aplicación debe resultar en pugna con el otro ordenamiento.

En el caso de la Ley Harp frente a la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y la Ley Federal del Derecho de Autor, no existe tal pugna. Sostenemos que puede darse —sin conflicto jurídico alguno— la aplicación simultánea de la primera con el conjunto de las segundas, por la sencilla razón de que todas tienden a proteger el patrimonio cultural y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.

En el caso que señalamos como ejemplo, o sea, la autorización de uso de la denominación de origen “Lacas de Olinalá” que puede obtener cualquier integrante en lo individual de la comunidad indígena ubicada dentro de esa zona geográfica que acredite elaborar sus productos con esa laca, en nada se opone al objetivo de la Ley Harp.

En efecto, por un lado, la Ley Harp, en su artículo 1o., establece que “tiene por objeto reconocer y garantizar la protección, salvaguardia y el desarrollo del patrimonio cultural y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas”.

Por otro lado, la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, en su artículo 2o., fracción I, indica:

Artículo 2o. Esta Ley tiene por objeto: I. Proteger la propiedad industrial mediante la regulación y otorgamiento de patentes de invención; registros de modelos de utilidad, diseños industriales, esquemas de trazado de circuitos integrados, marcas y avisos comerciales; publicación de nombres comerciales; declaración de protección de denominaciones de origen e indicaciones geográficas...

La Ley Federal del Derecho de Autor es mucho más directa sobre el punto, al indicar lo siguiente:

Artículo 157. La presente Ley protege las obras literarias, artísticas, de arte popular y artesanal, primigenias, colectivas y derivadas de las culturas populares o de las expresiones de las culturas tradicionales, de la composición pluricultural que conforman al Estado Mexicano, en las que se manifiestan elementos de la cultura e identidad de los pueblos y comunidades a que se refiere el artículo 2o. Constitucional, a quienes esta Ley reconoce la titularidad de los derechos.

Entonces, los objetivos de todos estos ordenamientos no sólo no son incompatibles, sino que también pueden considerarse complementarios. Si alguna comunidad indígena logra que el IMPI declare la denominación de origen para parte de su patrimonio cultural y luego los indígenas en lo particular obtienen la autorización de uso de tal denominación de origen para exportar sus productos, en lo individual o en colectivo, ello no debería ser obstáculo para recibir los beneficios que dispensa la Ley Harp.

Además, respecto a la no aplicación de la Ley Harp cuando los individuos integrantes de una comunidad echan mano de las figuras o instituciones que ofrece el derecho de la propiedad intelectual (derecho de la propiedad industrial y derechos de autor), debe decidirse cuál es la interpretación que es compatible o la más compatible con los principios y objetivos que se buscan con la protección del patrimonio cultural de esas comunidades indígenas, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos de esas comunidades. De ello deriva que, con arreglo a la naturaleza de todos los ordenamientos citados, es improcedente decretar la no aplicación de la Ley Harp, en detrimento de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y de la Ley Federal del Derecho de Autor, porque es incompatible con la naturaleza y los fines de la defensa y protección del patrimonio cultural de esos pueblos y de sus integrantes.

La interpretación conforme de los artículos 18 y 23 de la Ley Harp, con el derecho a la seguridad jurídica, conduce a determinar que la renuncia a los beneficios que ofrece esta ley cuando los

individuos utilizan los instrumentos del derecho de la propiedad intelectual es incompatible con su objetivo, porque de permitir esa renuncia se generarían mayores perjuicios a los intereses de esos individuos y de la comunidad misma que los que representa la aplicación exclusiva y excluyente de la Ley Harp, ya que implicaría dejar sin efectos los actos con los cuales ya se hubiere avanzado al acogerse a las figuras de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial o de la Ley Federal del Derecho de Autor, con el consecuente impacto en múltiples relaciones y actos jurídicos derivados de esas figuras.

Al respecto, se tiene en cuenta que si bien es cierto que, por su naturaleza y efectos, las ramas tradicionales del derecho de la propiedad intelectual (derecho de propiedad industrial y derechos de autor) están diseñadas para proteger intereses privados, enfocándose en bienes o derechos determinados, ya que el interés por la materia generalmente se limita a las partes y, por tanto, los perjuicios de su utilización o no sólo recaen en éstos, también es verdad que la evolución de esta disciplina jurídica y sus figuras e institutos ha devenido en el reconocimiento y protección de intereses colectivos y difusos, especialmente del patrimonio cultural de las comunidades indígenas.

Dicho de otra manera, la perspectiva de protección a intereses exclusivamente privados que antaño se tenía del derecho de la propiedad intelectual ha dado paso a la defensa de otros intereses: los colectivos y difusos de estas comunidades.

Del mismo modo, si bien es cierto que la Ley Harp nace con el objetivo de protección de la propiedad intelectual colectiva del patrimonio cultural de las comunidades indígenas, también lo es que esa protección no es más que una nueva rama del derecho de la propiedad intelectual.³³

³³ Sobre el particular, véanse las aportaciones de la profesora Nancy Jazmín Pérez Ramírez: “Patrimonio indígena y propiedad intelectual. Reflexiones desde una perspectiva colectiva”, *Los desafíos del derecho indígena en México*, pp. 74-85, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6785/4.pdf> (consultado el 11 de noviembre de 2022), y *Patrimonio cultural inmaterial y pro-*

Por lo antes dicho, sobre los posibles inconvenientes (que no hay precisión sobre cuáles podrían ser tales inconvenientes) entre la aplicación de la Ley Harp y de las otras leyes señaladas (las de la Propiedad Industrial y del Derecho de Autor), resulta más importante llevar a cabo la protección del patrimonio cultural de las comunidades indígenas a través de varios instrumentos jurídicos y no de uno solo, a fin de alcanzar el objetivo buscado en todos esos ordenamientos.

V. INCONGRUENCIA INTERNA DE LA LEY HARP

Habiendo quedado claro que no existe incompatibilidad de los ordenamientos jurídicos analizados, revisaremos si existe incongruencia interna en la Ley Harp. Estamos convencidos de que sí existe esta incongruencia. Veamos.

Por un lado, en el artículo 18 se indica que el uso, aprovechamiento y comercialización de los elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas que realizan sus integrantes, de manera personal y para su beneficio, no serán materia de esta Ley. Con ello se deja en claro que esta Ley no es aplicable en estos supuestos.

Sin embargo, cuando se interpreta el artículo 23, *a contrario sensu*, puede advertirse que los individuos integrantes de una comunidad indígena sí pueden beneficiarse de las prerrogativas, preceptos, mecanismos e instrumentos de la Ley, siempre y cuando no se sujeten a las disposiciones de la Ley Federal del Derecho de Autor, de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial o del Código Civil que aplique en la localidad de que se trate, según convenga a su derecho.

Esta redacción literalmente quebranta el principio lógico de congruencia, porque una situación no puede “ser” y “no ser” al

piedad intelectual (tesis doctoral), pp. 205-218, disponible en: <http://riaa.uaem.mx/xmlui/bitstream/handle/20.500.12055/1013/PERNMN06T.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 22 de diciembre de 2022).

mismo tiempo. Es decir, no puede “ser” que la redacción del artículo 18 indique que los asuntos individuales de los integrantes de las comunidades no es materia de la Ley y, por el otro, “no ser” que el artículo 23 establezca que esos individuos sí pueden beneficiarse de la Ley, pero lo condicione a que esos individuos no se sujeten a los principios de las leyes de propiedad intelectual.

Ahora, desde el enfoque de la técnica legislativa, también resulta un contrasentido el contenido del artículo 23 de la Ley Harp. Ello es así porque aun cuando el legislador tiene expedita la facultad de establecer una “opción jurídica” para los sujetos de la normativa —acogerse a los beneficios de una ley o de la otra—, la verdad es que esto sólo se da en caso en que los resultados de la aplicación de ambos ordenamientos pudieran resultar en una contradicción.

Por ejemplo, en materia administrativa, ya sea federal o estatal, las leyes de este orden ofrecen la opción de que el particular pueda agotar el recurso de revocación o el juicio de nulidad. Lo anterior es así porque de intentar ambos pudiera darse eventualmente la posibilidad de que las autoridades dicten resoluciones totalmente contradictorias sobre una misma situación.

Sin embargo, en el caso de la Ley Harp con relación a la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial y la Ley Federal del Derecho de Autor, no podría darse lo anterior, sino incluso podría ser más beneficioso.

Por ejemplo, resultaría congruente inscribir en el registro correspondiente las artesanías de Olinalá, de acuerdo con la Ley Harp, y al mismo tiempo obtener, de parte del IMPI, la autorización de uso de la denominación de origen “Lacas de Olinalá” e incluso también, simultáneamente, realizar las gestiones ante el Indautor en términos de los artículos 157 a 161 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

No encontramos en qué casos pudiera existir una resolución contradictoria que se dicte en aplicación a la Ley Harp, con relación a una resolución que se genere con ocasión de la aplicación de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial o a la

Ley Federal del Derecho de Autor para los individuos pertenecientes a una comunidad indígena.

Finalmente, la última de las inconsistencias del artículo 23 que estamos analizando nos lleva a preguntarnos qué tipo de prerrogativas, preceptos, mecanismos o instrumentos podrían recibir los creadores y productores individuales, integrantes de un pueblo o comunidad indígena o afromexicana, cuya actividad esté sustentada en los elementos de su patrimonio cultural, que decidan no sujetarse a las disposiciones de la Ley Federal del Derecho de Autor, de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial o del Código Civil que aplique en la localidad de que se trate.

Si el uso, aprovechamiento y comercialización de los elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas que realizan sus integrantes, de manera personal y para su beneficio —dice el artículo 18—, no es materia de esa Ley, entonces no habría ninguna prerrogativa que pudieran recibir de la Ley Harp en su calidad de individuos.

Pero sí podrían recibir prerrogativas en su calidad de miembros de una comunidad. Siendo así, ¿debemos entender que el artículo 23 establece una especie de sanción para quienes se aprovechan de las figuras jurídicas del derecho de la propiedad intelectual, consistente en privarlos de sus derechos de participación en la toma de decisiones de la comunidad, relativos a estos asuntos? Creemos que esto no podría ser.

VI. EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY HARP FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS (DISCRIMINACIÓN NORMATIVA)

Dentro del marco de discrecionalidad de la que goza el legislador, éste puede ordenar que la ley sea o no aplicable a una situación dada, introduciendo distinciones; pero tal margen de configuración no puede convertirse en arbitrario ni caprichoso. Para que esto no suceda, las restricciones previstas para el aprovechamiento

to de las prerrogativas, preceptos, mecanismos e instrumentos de la Ley Harp deben respetar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

Nuestra posición es que el artículo 23 de la Ley Harp es contrario a los artículos 1o.; 2o., apartado B, en su primer párrafo, y en sus fracciones V y VII, y 28 de la Constitución federal si se interpreta en forma literal; es decir, que restringe injustificadamente a los creadores y productores individuales, integrantes de un pueblo o comunidad indígena o afromexicana, cuya actividad esté sustentada en los elementos de su patrimonio cultural, las prerrogativas de esa Ley, cuando aquéllos, para el aprovechamiento de sus obras, se sujeten a las disposiciones a la Ley Federal del Derecho de Autor, de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial o del Código Civil que aplique en la localidad de que se trate.

El artículo 1o. de la Constitución federal establece, en su primer párrafo, que el ejercicio de los derechos humanos no puede restringirse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución prevé. En su segundo párrafo introduce el principio de la protección más amplia a las personas. En el tercer párrafo estatuye la orden de que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Finalmente, para lo que nos interesa en este estudio, es lo preceptuado en el quinto párrafo, en el que claramente se prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico.

El artículo 2o., apartado B, indica que la Federación, las entidades federativas y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades.

En las fracciones V y VII de este artículo se indica que, para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades tienen la obligación de: “V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos”, y “VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos”.

Finalmente, el artículo 28, párrafo décimo, reconoce los derechos exclusivos por tiempo determinado concedidos a los autores y artistas para la producción y control de sus obras.

Teniendo en mente el contenido de estos artículos, nos queda claro que el artículo 23 de la Ley Harp discrimina a los creadores y productores individuales, integrantes de un pueblo o comunidad indígena o afromexicana, cuya actividad esté sustentada en los elementos de su patrimonio cultural, cuando para el aprovechamiento de sus obras decidan sujetarse a las disposiciones de la Ley Federal del Derecho de Autor, de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial o del Código Civil que aplique en la localidad de que se trate, porque al acogerse a estas disposiciones el propio artículo indica (injustificadamente) que renunciarán a las prerrogativas, preceptos, mecanismos e instrumentos de esa Ley.

Esa restricción del derecho a gozar de las prerrogativas, preceptos, mecanismos e instrumentos de esta Ley es discriminatoria, y no tiene ningún respaldo constitucional, sino que, por el contrario, resulta en una clara violación de los preceptos constitucionales señalados.

Debemos tener presentes los criterios de la Corte respecto de los principios de igualdad y no discriminación:

El principio de igualdad y no discriminación aplica de manera transversal a los demás derechos humanos, y cualquier distinción, restricción, exclusión o preferencia en el ejercicio de dicho derecho que, además, se encuentre basada en alguna de las ca-

tegorías prohibidas, constituye una violación del derecho citado. La discriminación puede operar de manera legal o de hecho, por objeto o resultado (directa o indirecta), o a través de la omisión de adoptar medidas temporales diferenciadas para responder o evitar perpetuar situaciones de discriminación estructural. Además, la discriminación puede tener un efecto único en el tiempo o puede operar también de manera continuada. La mera vigencia de una ley puede discriminar directamente a una persona o grupo de personas, o bien, puede discriminar indirectamente debido a un impacto diferenciado.³⁴

Cualquier tratamiento que resulte discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución es, *per se*, incompatible con ésta. Es contraria toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con algún privilegio, o que, inversamente, por considerarlo inferior, sea tratado con hostilidad o de cualquier forma se le discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Sin embargo, es importante recordar que no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, siendo jurídicamente diferentes la distinción y la discriminación, ya que la primera constituye una diferencia razonable y objetiva, mientras que la segunda constituye una diferencia arbitraria que redundaría en detrimento de los derechos humanos. En igual sentido, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada. No se debe perder de vista, además, que la discriminación tiene como nota característica que el trato diferente afecte el ejercicio de un derecho humano. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.³⁵

³⁴ Registro digital: 2009405, Primera Sala, Décima Época, Tesis: 1a./J. 45/2015 (10a.), *Gaceta del SJF*, libro 19, t. I, junio de 2015, p. 533.

³⁵ Registro digital: 2012594, Pleno, Décima Época, Tesis: P./J. 9/2016 (10a.), *Gaceta del SJF*, libro 34, t. I, septiembre de 2016, p. 112.

VII. EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY HARP Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Por otro lado, asumiendo que el citado artículo 23 de la Ley Harp no fuera contrario a los artículos 1o., 2o. y 28 de la Constitución federal, nos parece que difícilmente podría soportar su contraste con el test de proporcionalidad. Procederemos conforme a las reglas metodológicas que la Suprema Corte de Justicia ha establecido para casos similares.

Fue el caso *Josefina Ricaño Bandala* el que le permitió a la Corte pronunciarse sobre este tema. En un primer pronunciamiento, la Corte parte de la afirmación de que no existen derechos humanos absolutos y que, por ello, conforme al artículo 1o., párrafo primero, de la Constitución, aquéllos pueden restringirse o suspenderse válidamente en los casos y con las condiciones que la misma ley fundamental establece.

En este sentido —continúa diciendo la Corte—, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas en ésta no pueden aplicarse sino conforme a las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas.

Sin embargo —agrega el alto tribunal del país—, la regulación normativa que establezca los supuestos por los cuales se restrinjan o suspendan los derechos humanos no puede ser arbitraria.

En ese contexto —concluye la Corte—, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos citados se concluye que los requisitos para considerar válidas las restricciones de derechos son: *a)* que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales), y *b)* que superen un test de proporcionalidad; esto es, que sean necesarias, que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean

razonables y ponderables en una sociedad democrática (requisitos materiales).³⁶

En el caso concreto, el artículo 23 de la Ley Harp se encuentra precisamente establecido en una ley formal y material, y ésta fue dictada en razón del interés público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica. Sin embargo, sostenemos que este dispositivo no supera el test de proporcionalidad, que es el segundo momento, como adelante veremos.

Ahora bien, dado que estamos revisando una ley y no un acto administrativo, la Corte tiene señalado que el examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas.

En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas *prima facie* o inicialmente por el derecho.

En el caso específico, las conductas cubiertas por el derecho son recibir todas las prerrogativas, preceptos, mecanismos e instrumentos que se otorgan tanto a las comunidades indígenas como a aquellos individuos integrantes de éstas que decidan no echar mano de las figuras del derecho de propiedad intelectual.

Una vez hecho lo anterior —sigue diciendo la Corte—, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección *prima facie* del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justifi-

³⁶ Amparo en revisión 173/2012, 6 de febrero de 2013. Registro digital: 2003975, Primera Sala, Décima Época, Tesis: 1a. CCXV/2013 (10a.), *S7Fy su Gaceta*, libro XXII, t. 1, julio de 2013, p. 557.

cación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho.

Para el supuesto del artículo 23 de la Ley Harp, ésta incide en el ámbito de protección *prima facie* del derecho aludido, pues les niega la posibilidad de acceder a las prerrogativas, preceptos, mecanismos e instrumentos de la Ley por el solo hecho de acogerse a otras leyes, sin que para ello exista una justificación constitucional.

Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado “test de proporcionalidad”.

En este orden de ideas —concluye la Corte—, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales, debe corroborarse lo siguiente: *i)* que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; *ii)* que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; *iii)* que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental, y *iv)* que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada.

En el caso bajo estudio: *i)* el artículo 23 de la Ley Harp no persigue un fin constitucionalmente válido; *ii)* la medida adoptada por el legislador (restringir el derecho a recibir las prerrogativas y demás beneficios de la Ley Harp) no resulta idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional (que en realidad no es en forma explícita o implícita ningún propósito constitucional); *iii)* si lo que el legislador buscaba era evitar resoluciones o actos jurídicos contradictorios dictados en aplicación de la Ley Harp y de otras leyes de propiedad intelectual, así lo hubiera expresado, pero no lo hizo, sino que restringió en forma general los provechos de esa Ley en detrimento de quienes se sujetan a

otras leyes, de manera que, eventualmente, sí pudieron preverse medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental, y *iv*) el grado de realización del fin perseguido es mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada, debido a que el legislador decidió restringir en forma absoluta los beneficios de la Ley Harp a ciertos individuos.

En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o *prima facie*.³⁷

Por otra parte, nos convence la idea de que el artículo 23 de la Ley Harp es una medida regresiva para los derechos económicos, sociales y culturales de los individuos indígenas y de las comunidades a las que pertenecen, pues si el objetivo de estos derechos es ir paulatinamente aumentando los estándares de beneficios, esta medida legislativa no hace sino regresar a estadios ya superados de limitaciones para estos grupos vulnerables. Lo dice muy claramente la Corte:

El deber de no regresividad supone que, una vez alcanzado un determinado nivel de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado está obligado a no dar marcha atrás, de modo que las prestaciones concretas otorgadas en un momento determinado constituyen el nuevo estándar mínimo a partir del cual debe seguirse avanzando hacia la satisfacción plena de esos derechos. Sin embargo, ese deber tampoco es absoluto, por tanto, cuando una medida resulte regresiva en el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales, corresponde al Estado justificar con información suficiente y argumentos pertinentes la necesidad de esa medida. En ese sentido, la constitucionalidad de una medida regresiva en materia de los derechos aludidos depende de que supere un test de proporcionalidad, lo que significa que

³⁷ Amparo en revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015. Registro digital: 2013156, Primera Sala, Décima Época, Tesis: 1a. CCLXIII/2016 (10a.), *Gaceta del SJF*, libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 915.

debe perseguir un fin constitucionalmente válido, además de ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.³⁸

VIII. EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY HARP Y EL TEST DE RAZONABILIDAD

Ya sentado que el citado artículo no supera su contraste con los derechos humanos ni con el test de proporcionalidad, veamos si podría pasar el escrutinio de razonabilidad.

Lo primero es dejar en claro que el test de razonabilidad va más allá de un análisis de ponderación entre fines y medios, pues también cuestiona la legitimidad de tales fines.³⁹ Por eso, como lo dice la Corte:

...para un análisis acabado, resulta imprescindible examinar si el medio afecta, limita, restringe o altera el contenido esencial de otros derechos fundamentales, de acuerdo con la finalidad de máxima eficacia de la Constitución y lograr la armonización de los derechos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo que se opone a entender que los derechos están en conflicto.⁴⁰

En el caso puntual, si el legislador estableció una distinción en el artículo 23 de la Ley Harp que se traduce en la existencia de dos regímenes jurídicos (uno para los individuos de una comunidad indígena que se sujetaron a las leyes de propiedad intelectual

³⁸ Amparo en revisión 566/2015, Miguel Ángel Arce Montiel y otros, 15 de febrero de 2017. Registro digital: 2015133, Primera Sala, Décima Época, Tesis: 1a. CXXVI/2017 (10a.), *Gaceta del SJP*, libro 46, t. I, septiembre de 2017, p. 219.

³⁹ Amparo en revisión 735/2014, 18 de marzo de 2015. Registro digital: 2010493, Primera Sala, Décima Época, Tesis: 1a. CCCLXVIII/2015 (10a.), *Gaceta del SJP*, libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 974.

⁴⁰ Registro digital: 2007923, Primera Sala, Décima Época, Tesis: 1a. CC-CLXXXV/2014 (10a.), *Gaceta del SJP*, libro 12, t. I, noviembre de 2014, p. 719.

y otro para quienes no lo hicieron), esta distinción debe ser razonable para considerarse constitucional.

En este sentido, para mostrar que la distinción no es razonable, debe señalarse que ambos regímenes son equivalentes o semejantes dados los supuestos de hecho regulados por ambos regímenes jurídicos (creación de obras sustentadas en el patrimonio cultural de los pueblos o comunidades a los que pertenecen esos individuos), de tal manera que esa equivalencia muestra la falta de justificación de la distinción.

De esta manera, es clara la discriminación normativa, puesto que a dos supuestos de hecho equivalentes se les regula de forma desigual, sin que exista una justificación razonable para otorgar ese trato diferenciado.

Por todo lo dicho hasta ahora, resulta necesaria la derogación o la expulsión del sistema normativo del artículo 23 de la Ley Harp.

IX. CONCLUSIONES

- 1) El artículo 23 de la Ley Harp no encuentra justificación en el marco teórico que da sustento a la propia ley y tampoco puede hallarse en su exposición de motivos. Es más, de tales instrumentos jurídicos y de su articulado, es claro que esta Ley y las leyes federales de Propiedad Industrial y del Derecho de Autor son compatibles, y podría decirse que hasta complementarias. Sus objetivos son coincidentes.
- 2) El artículo 23 de la Ley Harp se encuentra en pugna con los artículos 1o., 2o. y 28 de la Constitución federal, ya que restringe injustificadamente los derechos de los individuos integrantes de una comunidad indígena a las prerrogativas, preceptos, mecanismos e instrumentos de esa Ley, cuando se sujetan a las leyes de propiedad intelectual, pese a que estas últimas ayudan a mejorar su situación económica y honrar su cultura, y no con la intención de causar detrimento a la comunidad.

- 3) El artículo 23 de la Ley Harp no comulga de los objetivos que esta Ley comparte con las leyes federales de Propiedad Industrial y del Derecho de Autor. Los tres ordenamientos tienen la misma finalidad, que es proteger el patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, de manera que para proteger no es necesario restringir derechos a los propios beneficiarios.
- 4) El artículo 23 de la Ley Harp no supera los test de proporcionalidad y de razonabilidad, pues resulta ser un artículo desconectado con el objetivo de la propia ley y de las leyes de propiedad intelectual. No existiendo justificación constitucional, parece claro que el único mensaje que este dispositivo envía a sus destinatarios es el siguiente: “estas conmigo o contra mí”.

X. FUENTES

AMADOR TELLO, Judith, “Combate a la apropiación cultural: la nueva ley, muy «mercantil»”, *Proceso*, 6 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/reportajes/2022/2/6/combate-la-apropiacion-cultural-la-nueva-ley-muy-mercantil-280439.html> (consultado el 18 de diciembre de 2022).

Discriminación contra los pueblos indígenas. Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Documento de trabajo revisado presentado por la presidenta-relatora, Sra. Erica-Irene Daes, en cumplimiento de la Resolución 1992/33 de la Subcomisión y la Resolución 1993/31 de la Comisión de Derechos Humanos, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/168945?ln=es>.

Discrimination against Indigenous Peoples, Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Revised working paper submitted by the Chairperson Rapporteur, Ms. Erica-Irene Daes, pursuant to Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities resolution 1990/26, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/115292?ln=es>.

HERNÁNDEZ DE LA TORRE, Jaime y VILLASEÑOR TINOCO, Martha Alicia, “De los derechos de autor y los pueblos originarios”,

Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia, año 3, núm. 9, julio-octubre de 2018.

HUENCHUAN NAVARRO, Sandra, “Propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas: objetos y enfoques de protección”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Chile, núm. 8, 2004.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que Expide la Ley de Salvaguardia de los Conocimientos, Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos, disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2018/11/asun_3776528_20181115_1542282653.pdf.

Los conocimientos tradicionales y la necesidad de otorgarles una protección de propiedad intelectual adecuada. Comité de la OMPI sobre la Relación de la Propiedad Intelectual, los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales, 2001, disponible en: https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=1664.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Re-seña núm. 1: “Conocimientos tradicionales y propiedad intelectual”*, OMPI, 2015.

ORTEGA MALDONADO, Juan Manuel y PÉREZ RAMÍREZ, Nancy Jazmín, *Los desafíos del derecho indígena en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022.

PÉREZ RAMÍREZ, Nancy Jazmín, *Patrimonio cultural inmaterial y propiedad intelectual* (tesis doctoral), México, UAEM-Conacyt, 2019.

TRASCENDENCIA SOCIAL DE LAS PATENTES BASADAS EN LA MEDICINA TRADICIONAL

Nancy Jazmín PÉREZ RAMÍREZ*
Juan Manuel ORTEGA MALDONADO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Justificación del sistema de patentes*. III. *¿Qué son y para qué sirven las patentes?* IV. *La medicina tradicional y las patentes*. V. *Patentes basadas en conocimientos médicos tradicionales. Casos paradigmáticos entre las comunidades indígenas y las universidades*. VI. *Conclusiones*. VII. *Fuentes*.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de patentes han sido objeto de un sinnúmero de críticas y reclamos, que ponen en tela de juicio su validez y eficacia. Así, tenemos posiciones que van desde su limitación y equilibrio hasta su abolición, olvidando por completo sus contribuciones históricas en la cultura, la creatividad y, en general, como una pieza indispensable del progreso y desarrollo humano desde la prehistoria hasta la modernidad, pasando por la rueda, la imprenta, la bombilla eléctrica, el teléfono, la penicilina, numerosas vacunas, medicamentos,

* Profesora investigadora de tiempo completo adscrita a la División de Ciencias Sociales y Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Quintana Roo. Correo: nancy.perez@uqroo.edu.mx.

** Profesor investigador de tiempo completo adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Correo: juan.ortegama@uaem.edu.mx.

la televisión, la computadora, e incontables invenciones que han mejorado la calidad y expectativa de vida.

De acuerdo con esta visión, y bajo el amparo de los derechos humanos, la utilización de la medicina tradicional o también denominada “medicina no convencional” suele ser rechazada a través de la patente, perdiendo de vista que los propósitos del sistema de patentes son conceder un monopolio temporal en beneficio del inventor para estimular y seguir invirtiendo en la generación de nuevo conocimiento y después compartirlo con fines sociales.

En la medida en que la medicina tradicional se vuelve más popular en los países industrializados y en los países emergentes, se piensa que las patentes cobran especial relevancia para lograr un sistema de patentes balanceado con miras a democratizar su aprovechamiento entre los sujetos insertos en la cadena industrial.

Para la debida comprensión de lo expresado, este capítulo se encuentra dividido en cinco secciones. Después de la introducción, la primera sección expone y analiza el marco teórico con enfoque social que justifica el sistema de patentes, y del que poco se sabe y habla. La segunda sección describe los alcances de la figura de la patente, sus requisitos de protección y para qué sirve. La tercera sección muestra el creciente interés por el uso de la medicina tradicional a nivel mundial, así como los tropiezos repetitivos de las comunidades para satisfacer las condiciones de patentabilidad. Luego, en la sección cuarta se comparten una serie de casos de patentes relacionadas con conocimientos médicos tradicionales, cuya cotitularidad corresponde a comunidades aborígenes y universidades públicas. Finalmente, la última sección recoge algunas reflexiones sobre la existencia de un régimen de patentes armónico y factible que concibe investigaciones colaborativas entre entes sociales para concretar objetivos y atender situaciones de interés colectivo.

II. JUSTIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PATENTES

Los derechos de propiedad intelectual y sus beneficios económicos son temas bastante polémicos y polarizados. Por varias épocas, las opiniones de autoridades judiciales, profesionistas, doctrinarios, investigadores, académicos y asociaciones plantean la reforma, la limitación o, en su caso, la desaparición del sistema de propiedad intelectual, en virtud de la función monopólica y abusiva frente a los derechos de terceros.

La animadversión se ha actualizado con las negociaciones internacionales de diversos tratados, como el Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), el Transpacific Partnership Agreement (TPP) y el más reciente acuerdo comercial entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), que estipula los más altos estándares de protección a derechos de patentes, marcas, autorales y secretos industriales, provocando una manifiesta oposición social en diversos países, principalmente en las naciones “emergentes”.

De conformidad con esta posición, las patentes han dejado de cumplir el papel de ser promotoras de innovación y, de manera contraria, han revertido sus efectos y desde algunas décadas la bloquean. Entre los aspectos que han contaminado el sistema se encuentran las *patent trolls*, que son firmas de abogados o empresas constituidas específicamente para apropiarse de patentes importantes en el campo tecnológico determinado y presionan el pago de quienes las utilicen, recurriendo a mecanismos judiciales o negociaciones hostiles.¹

Para justificar el sistema de patentes —sin restar valor a su aportación histórica en la vida cotidiana de las personas—, es necesario reflexionar sobre las perspectivas que ayudan a entender su contenido, su funcionamiento y su alcance.

El sistema de patentes encuentra sustento en las corrientes naturalista y utilitarista. Estas teorías clásicas propuestas por el fi-

¹ Jalife Daher, Mauricio, *Propiedad intelectual corporativa*, México, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 59-63.

lósofo liberal John Locke coadyuvan a esclarecer el sentido social de la propiedad intelectual.²

La corriente naturalista, llamada también “individualista”, protege la creatividad y los intereses del inventor para obtener una compensación económica adecuada por el esfuerzo, el tiempo y el dinero en el desarrollo de una invención.

Bajo esta postura, la función de las patentes es ser un incentivo económico que transciende a inventores y empresas, y motiva también a los Estados a obtener una tecnología novedosa y compartirla con la sociedad, pues sin duda los países que investigan, desarrollan y patentan sus resultados son beneficiados en su economía tanto por el mercado nacional como por la explotación de éstos en el extranjero.³

Afirma Locke que existe el derecho natural a tomar los frutos de la cosecha realizada. Del mismo modo, se tiene derecho a recoger los frutos de las invenciones. Este argumento lo fundamenta en el concepto de propiedad y el estado de naturaleza:

Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sean a todos los hombres comunes, cada hombre, empero, tiene una “propiedad” en su misma “persona”. A ella nadie tiene derecho alguno, salvo él mismo. El “trabajo” de su cuerpo y la “obra” de sus manos podemos decir que son propiamente suyos. Cualquier cosa, pues, que él remueva del estado en que la naturaleza le pusiera y dejara, con su trabajo se combina y, por tanto, queda unida a algo que de él es, y así se constituye en su propiedad.⁴

² Fazio, Ariel, “Fundamentos conceptuales de la propiedad intelectual, liberalismo y crítica”, *Ideas y Valores*, Bogotá, vol. 68, núm. 170, mayo-agosto de 2019.

³ China es un ejemplo real de lo que una agenda política bien estructurada de propiedad intelectual puede generar en su economía, ya que de ser una región conocida por su producción de piratería, en los últimos años es territorio de empresas líderes y presentación de patentes.

⁴ Citado por García Uribe, John Camilo, “Propiedad intelectual, patentes y salud: una mirada desde la bioética”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, Bogotá, vol. 21, núm. 2, diciembre de 2021, p. 29.

Esta tesis muestra que el trabajo no sólo permite la apropiación, sino también la utilidad, en la medida en que genera un valor agregado a las cosas en su estado natural, y con ello se contribuye al bien social. Adicionalmente, se puede ceder el control sobre esa propiedad a través de actos contractuales, sin violar derechos de terceros.⁵

Por otro lado, la corriente utilitarista con sentido social busca la generación de tecnología que beneficie a la sociedad, cuya función es servir como un sistema tecnológico.

Es decir, las diferentes oficinas de patentes en el mundo concentran el acervo tecnológico más avanzado y actualizado con el propósito de que sea consultado por el público para propiciar nuevas o mejores investigaciones en determinadas áreas.

Tal como la propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI) lo expone, el sistema de patentes tiene como principal función poner a disposición del público los documentos de patentes a escala mundial para que potencialicen los beneficios de su consulta.⁶

Las búsquedas de información tecnológica resultan de mucha ayuda para los científicos en el momento en que deciden las áreas a investigar, o a medida que avanza su investigación para saber si son susceptibles de protección mediante algunas formas de propiedad intelectual, conocer las tendencias tecnológicas del sector y cuáles son los principales competidores, estimar el valor de las patentes, optimizar los esfuerzos de investigación y desarrollo, y evitar o anticipar conflictos relacionados a los derechos de propiedad intelectual.⁷

Por esos motivos es que cada vez tiene más auge “la teoría contractualista” del sistema de patentes ubicada dentro de la corriente utilitarista. Según esta teoría, la patente es un contra-

⁵ García Uribe, John Camilo, *op. cit.*, p. 29.

⁶ Citado por Almendarez Hernández, Marco Antonio, “Determinantes de las patentes y otras formas de propiedad intelectual de los estados mexicanos”, *Economía, Sociedad y Territorio*, México, vol. XXVIII, núm. 58, 2018, p. 660.

⁷ *Idem.*

to (en sentido metafórico, no técnico-jurídico) entre el inventor o empresario y la sociedad.⁸ Como lo explica el doctor Jalife Daher:

Esta es una visión interesante por cuanto revela al sistema jurídico destinado a su protección como un mecanismo que permite balancear los intereses de las dos partes en la relación, por un lado, el creador como tal, y por la otra la sociedad, de manera que a través de este “contrato” se logran conciliar los intereses de ambos. Si el inventor y el autor no recibieran la exclusiva de explotación, no estarían entonces en la disposición de revelar sus creaciones, las cuales seguramente permanecerían desconocidas.⁹

De modo que la sociedad se encuentra en constante interés para que se genere tecnología y se haga de su conocimiento, y a cambio de ello otorga una contraprestación (monopolio legal) a quien la produzca o dé solución a un problema técnico, pero además que esté dispuesto a hacerla pública.

Si el inventor o titular acepta el ofrecimiento, presentará la solicitud de patente ante la autoridad industrial competente; es justo aquí donde se configura el acuerdo de voluntades, en donde el titular y la sociedad obtienen un provecho recíproco derivado de la relación.

Por virtud del denominado “pacto social”¹⁰ entre el inventor y la colectividad (representada por el poder público), se desvela y describe (hace patente) el contenido de la invención diseñada y, a cambio, el poder público le concede por un tiempo una posición de exclusividad para su explotación económica en el mercado. Así, ambas partes satisfacen sus intereses: el inventor explota en

⁸ Parra Trujillo, Eduardo de la, *Introducción al derecho intelectual*, México, Porrúa-UNAM, 2014, p. 106.

⁹ Jalife Daher, Mauricio, *Derecho mexicano de la propiedad industrial*, México, IPIDECE-Tirant lo Blanch, 2014, p. 32.

¹⁰ Botana Agra, Manuel, “Invención y patente”, en Fernández-Nóvoa, Carlos et al., *Manual de la propiedad industrial*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 103 y 104.

solitario y no se ve sometido a la ley de la competencia, en tanto que la colectividad logra un acceso inmediato al conocimiento de la invención, con la posibilidad de poder explotarla libremente cuando el plazo de protección expire.

Pero además del pacto social se atienden a los intereses generales y difusos del progreso tecnológico, así como los intereses propios del sistema de economía de mercado.

Con respecto al progreso tecnológico, se afirma que el establecimiento de un sistema de protección de las invenciones representa un factor relevante de promoción e impulso de ese progreso, pues de no existir el sistema no se arriesgarían medios y recursos a la generación de nuevas creaciones técnicas. En cuanto a los intereses del sistema económico de libertad de empresa y libre competencia, la concesión de derechos exclusivos estimula la competencia entre empresas; gracias a la obtención de invenciones, las empresas pueden ofrecer productos más perfeccionados, lo que a su vez impulsará a empresas competidoras a concentrar sus esfuerzos en la obtención de otros productos mejorados.¹¹

Así las cosas, el sistema de patentes como vía para la protección jurídica de las invenciones tiene justificación y fundamento sólido. La otra cara de la moneda de la defensa de la patente y sus derechos exclusivos es el dominio público o libre uso, que deja la puerta abierta para que cualquier interesado pueda apropiarse y emplear las diferentes formas de innovación a su beneficio.

En el asunto que nos ocupa entonces, una empresa farmacéutica está en posibilidad de adueñarse de un remedio tradicional para patentarlo como invención, o bien utilizar un recurso genético vegetal para preparar un medicamento que combata alguna enfermedad.

En el siguiente apartado se detallan aspectos esenciales de la figura de la patente como instrumento aceptado universalmente para la tutela de las invenciones.

¹¹ *Idem.*

III. ¿QUÉ SON Y PARA QUÉ SIRVEN LAS PATENTES?

Atendiendo a su vertiente semántica, el vocablo “patente” significa “manifiesto, visible, claro, perceptible”.¹²

Desde el punto de vista del derecho industrial, la palabra “patente” tiene dos acepciones: la primera se refiere al derecho de explotar de forma exclusiva inventos, y la segunda apunta al documento expedido por el Estado para hacer constar tal derecho exclusivo.

La OMPI se decanta por la primera acepción, al explicar que la patente faculta a su titular a decidir si la invención puede ser utilizada por terceros y, en ese caso, ¿de qué forma? Como contrapartida de ese derecho, en el documento de patente publicado, el titular de la patente pone a disposición del público la información técnica relativa a la invención.¹³

En el marco de la Oficina Española de Patentes y Marcas se retoman ambas acepciones, al señalar que una patente es un título que reconoce el derecho de explotar en exclusiva la invención patentada, impidiendo a otros su fabricación, venta o utilización sin consentimiento del titular. Como contrapartida, la patente se pone a disposición del público para general conocimiento.¹⁴

Por otro lado, definiciones doctrinarias de especialistas en la materia, como la del profesor español Pedro Estasén y Cortada, recalcan mayores elementos, al referir que la patente es

...el título jurídico por el que el Estado reconoce a un particular la exclusividad en la explotación de una determinada innovación técnica durante un periodo limitado en el tiempo a cambio de

¹² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid, 2014, disponible en: <https://dle.rae.es/patente>.

¹³ Disponible en: <https://www.wipo.int/patents/es/> (consultado el 7 de septiembre de 2022).

¹⁴ Disponible en: https://www.oepm.es/es/invenciones/patentes_nacionales/ (consultado el 7 de septiembre de 2022).

que su titular la describa de forma suficiente para que un tercero pueda reproducirla y consienta su divulgación.¹⁵

Es decir, el objeto de protección de las patentes son las invenciones¹⁶ que den solución a un problema tecnológico (producto) y el modo novedoso de hacer algo (proceso), otorgando con ello al inventor el derecho exclusivo de comercializar la invención en un territorio determinado por un periodo que suele ser de veinte años, siempre que se paguen las tasas anuales a partir de su concesión.

La vigente Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial —en adelante, LFPPI— no ofrece una definición de patente; sin embargo, prevé los elementos necesarios para su protección. Establece el artículo 48 que serán patentables las invenciones nuevas, resultado de una actividad inventiva y susceptibles de aplicación industrial.

Tales requisitos son contemplados también en las diferentes leyes industriales, a causa de la armonización de los tratados internacionales.

La “novedad” es el primer requisito que se necesita cumplir, mismo que determina si la invención existe o no en algún país del mundo. Es el artículo 45, fracción I, de la LFPPI el que guarda mayor relación con este concepto, pues refiere que “nuevo” es todo aquello que no se encuentre dentro del estado de la técnica. No se excluirá de la patentabilidad cualquier sustancia, compuesto o composición comprendidos en el estado de la técnica, siempre y cuando su utilización sea nueva.

Nótese que la novedad se obtiene *per comparisonem* con el estado de la técnica. Será nuevo lo que no está comprendido en el estado de la técnica, y no es nuevo lo que está incluido. El estado de

¹⁵ Citado por Jalife Daher, Mauricio, *Derecho mexicano...*, cit., p. 167.

¹⁶ El artículo 46 de la LFPPI establece: “se considera invención toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas”.

la técnica es concebido como una categoría global y de conjunto, pues en su constitución entra todo lo que se ha hecho accesible al público, y nada se excluye del mismo, incluso el contenido de las solicitudes de patente.¹⁷

En torno al requerimiento de novedad, el profesor Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano opina algo interesante:

Para las personas no versadas en Derecho de patentes suena extraña la referencia a una invención nueva. ¿Acaso pueden existir invenciones viejas? Parece que la novedad es una característica tan esencial de la invención, que adjetivar de vieja la invención supone incurrir en una verdadera afirmación contradictoria.

Precisamente cuando se habla de una vieja invención, se quiere decir con estas palabras que la invención de que se trata fue realizada o descubierta en el pasado, de forma que constituye ya un conocimiento incorporado al saber común y que nadie puede presentarla en la actualidad con la invención.¹⁸

Dicho en otras palabras, la invención no debe ser conocida en el mundo, ya que es de carácter absoluto o universal. Cualquier conocimiento público de su objeto, así como su utilización en el país que se analiza o en el extranjero, afectan su novedad, ya que habrá sido integrada al banco tecnológico de la humanidad conocido como “estado de la técnica”, cuya naturaleza inventiva puede ser diversa, biológica, física, química, orgánica, productos, procedimientos, etcétera.

Con este requisito se impide recompensar por tecnologías existentes o por problemas resueltos; por el contrario, se premia e incentiva a quienes aportan conocimiento nuevo.

El segundo requisito es la “actividad inventiva”, que alude a la labor intelectual considerable del inventor.

¹⁷ Botana Agra, Manuel, “Invenciones patentables”, en Fernández-Nóvoa, Carlos *et al.*, *Manual de la propiedad industrial*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 119 y 120.

¹⁸ Citado por Ortiz Bahena, Miguel Ángel y Otero Muñoz, Ignacio, *Propiedad intelectual. Simetrías y asimetrías entre el derecho de autor y la propiedad industrial. El caso de México*, México, Porrúa, 2011, p. 243.

Con base en el mismo numeral de la Ley Industrial, fracción II, la actividad inventiva es el proceso creativo cuyos resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma obvia o evidente para un técnico en la materia.

Esta disposición también deriva del concepto “estado de la técnica” para conocer la situación actual de cierta área tecnológica y, a su vez, valorar si la aportación del inventor es de elevado esfuerzo intelectual o, en su caso, es obvia para un experto en la materia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce como requisito para conceder una patente la no obviedad o altura inventiva, al anotar:

Aquella que surge de un proceso creativo que desemboque en una técnica, es decir, de un conjunto de prácticas sucesivas que da lugar a algo nuevo llamado invención, cuyos resultados no se deduzcan de un conjunto de conocimientos hechos públicos mediante la descripción oral o escrita, por la explotación o cualquier medio de difusión o información en el país o en el extranjero y que no sea de evidente conocimiento para un técnico en la materia.¹⁹

Fue Alemania el primer país en resaltar la necesidad de desarrollar un término que manifieste la “altura inventiva”, pese a que su legislación de 1877 únicamente refería la novedad y la explotación industrial como requisitos de patentabilidad.

Lo relevante de este requisito introducido en resoluciones judiciales y en la doctrina alemana es que exige que la invención no sólo no fuera evidente a partir del estado de la técnica, sino que además aportara un progreso técnico.²⁰

De ahí que el otorgamiento de una patente tenga como objetivo promover, impulsar e incentivar el desarrollo de la técnica en beneficio de la humanidad.

¹⁹ Tesis I. 4o.A.727 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, octubre de 2010, p. 2286.

²⁰ *Ibidem*, p. 175.

Dada la dificultad de determinar si un invento cumple con este requisito de actividad inventiva, en la práctica las oficinas de patentes se apoyan en criterios como las ventajas que aporta el invento, los problemas que soluciona, la tardanza en llegar esa tecnología, su importancia dentro de la materia de que se trata, los intentos frustrados previos, su posible acogida en el mercado, la generación de productos imitadores, etcétera.²¹

Por último, el tercer requisito de patentabilidad es la aplicación industrial —o útil—, el cual quedará satisfecho si la invención es empleada en cualquier actividad económica y, por tanto, susceptible de comercializarse y aprovecharse por la sociedad (fin utilitario del sistema de patentes).

La fracción IV del citado precepto señala que la aplicación industrial constituye la posibilidad de que una invención pueda ser producida o utilizada en cualquier rama de la actividad económica para los fines en que se describan en la solicitud.

Estas líneas estipulan con claridad que es suficiente con la mera aptitud de aplicación industrial de la invención, de tal suerte que no es necesario acreditar que ha sido o está siendo objeto de aplicación en cualquier rama de la industria.

Dentro del vocablo “industria” queda comprendida cualquier actividad que tenga por objeto inmediato la manipulación o transformación de elementos y fuerzas de la naturaleza con el fin de satisfacer necesidades y aspiraciones humanas.²²

El profesor español Alberto Bercovitz, por su parte, opina que son patentables las invenciones industriales, es decir, las que son aplicables a la elaboración o transformación de materias primas o de productos obtenidos de éstas.²³

Para Miguel R. Aguiló, el resultado industrial determina la razón de ser de las patentes de invención. Continúa diciendo que las ideas pueden tener un alto valor intelectual, pero mientras no

²¹ Parra Trujillo, Eduardo de la, *op. cit.*, p. 115.

²² Botana Agra, Manuel, “Invenciones...”, *cit.*, pp. 135 y 136.

²³ Citado por Ortiz Bahena, Miguel Ángel y Otero Muñoz, Ignacio, *op. cit.*, p. 251.

sean susceptibles de aprovechamiento industrial no pueden ser patentables.

Añade que en algunas legislaciones excluyen de patentabilidad las invenciones puramente teóricas, entre ellas las de Cuba, México, Venezuela, Guatemala, Perú, Paraguay, Bolivia, Ecuador, Uruguay, Argentina y Chile; en cambio, otras excluyen las ideas mientras no pueden ser explotadas industrialmente, como Cuba y Ecuador.²⁴

Al tenor de estos antecedentes, la patente es la figura de la propiedad intelectual más importante de defensa de productos y procesos basados en conocimientos médicos tradicionales —y en general conocimientos asociados a los recursos biológicos y genéticos—, ya que concede por tiempo limitado a su propietario el ejercicio de derechos exclusivos sobre la invención, ya sea para explotarla él mismo, transmitirla o conservarla y controlar su uso a terceros a través de licencias. Es decir, estos derechos impiden o autorizan la fabricación, utilización, venta, oferta en venta e importación de la invención por parte de otras personas.

De ahí que se tenga la necesidad de que los conocimientos se expresen como invenciones en las solicitudes de patente y se indique en oraciones lo que se desea proteger (reivindicaciones).

La oficina de patentes de cada país determina entonces si la invención cumple con los requisitos legales (examen de forma) y las condiciones de patentabilidad (examen de fondo); es decir, la novedad mundial, la actividad inventiva y la aplicación industrial, lo cual veremos es complicado, pero posible.

IV. LA MEDICINA TRADICIONAL Y LAS PATENTES

Dada la potencialidad de todas las formas de medicina tradicional utilizadas milenariamente por comunidades autóctonas para mantener la salud, prevenir y tratar enfermedades, en particular enfermedades crónicas, como los dolores de cabeza y espalda, la

²⁴ *Ibidem*, p. 252.

ansiedad, la depresión, el VIH y determinados tipos de cáncer;²⁵ éstas son cada día más recurrentes entre la población que se encuentra fuera de su cultura.

Su creciente popularidad en los últimos años ha llamado la atención tanto de la comunidad médica como de los organismos gubernamentales, las farmacéuticas, los medios de comunicación y el público en general.

En Estados Unidos, esta tendencia se documentó con una encuesta cuyos resultados indicaron que entre 1990 y 1997 había aumentado de 33.8 a 42.1% el uso de hierbas medicinales, masajes, megavitaminas, grupos de autoayuda, remedios folklóricos, terapia de energía y homeopatía. Pero el fenómeno no es exclusivo de la región estadounidense, pues también del 10% de la población de Dinamarca en 1987, 33% de Finlandia en 1982, 49% de Australia en 1993 y 15% de Canadá en 1995, aunando a países europeos como Reino Unido.²⁶

Según la Organización Mundial de la Salud —en adelante, OMS—, se puede definir a la medicina tradicional como la suma total de conocimientos, aptitudes y prácticas basados en teorías, creencias y experiencias indígenas de las diferentes culturas, sean o no explicables, utilizados para el mantenimiento de la salud, así como para la prevención, el diagnóstico, la mejora o el tratamiento de enfermedades físicas o mentales.²⁷

Bajo esta concepción se incluyen, desde luego, los recursos alimentarios,²⁸ los productos derivados de vegetales y cono-

²⁵ Por ejemplo, tenemos a los calanolidos, compuestos derivados del látex de los árboles de *Calophyllum* de la selva tropical de Malasia.

²⁶ Organización Panamericana de la Salud, “Aumento del uso de medicinas alternativas en los Estados Unidos”, *Revista Panamericana de Salud Pública*, Washington, vol. 5, núm. 1, 1999, disponible en: <https://scielosp.org/article/rpsp/1999.v5n1/38-39/es/>.

²⁷ Organización Mundial de la Salud, *Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2013-2024*, Hong Kong, 2013, p. 15, disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/95008/9789243506098_spa.pdf?c=1 (consultado el 11 de septiembre de 2022).

²⁸ La Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos ha otorgado varias patentes a investigadores de ese país sobre conocimientos tradicionales adquiri-

cimientos,²⁹ las composiciones y extractos naturales,³⁰ los métodos de preparación, producción y extracción herbarios,³¹ así como las prácticas y médicos profesionales.

Sobre este último punto es relevante decir que las visitas a profesionales de medicinas complementarias, como acupunturistas, quiroprácticos y naturópatas, también han ido en aumento rápidamente. Así, en Australia incrementaron en más del 30% entre 1995 y 2005, y en China ascendieron a 907 millones en 2009, lo que representa el 18% de todas las visitas médicas.³²

Por otro lado, “tradicional” alude a que los conocimientos, aptitudes y prácticas se crean de una manera que reflejan las tradiciones de la comunidad; a menudo, son intergeneracionales y se crean y se transmiten de forma colectiva; por lo tanto, “tradicional” no significa necesariamente “antiguo”.³³

dos en países en desarrollo; por ejemplo, tenemos a la patente núm. 5.304.718 sobre la quinoa concedida a investigadores de la Universidad del Estado de Colorado. María Correa, Carlos, “Protección de los sistemas de medicina tradicional, patentamiento y promoción de las plantas medicinales”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, núm. 2, 2001, p. 143.

²⁹ El caso de Ayahuasca (*Banisteriopsis caapi*), planta nativa de los bosques tropicales del Amazonas que miles de indígenas de la región usan en sus ceremonias religiosas y curativas, cuya patente fue concedida a un ciudadano estadounidense y posteriormente fue revocada. *Idem*.

³⁰ La patente US 4178372 para el gel aloe vera hipoalergénico estabilizado, la patente US 4725438 para un ungüento de aloe vera, y la patente US 4696819 sobre material anoréxico extraído de las hojas de coca. *Ibidem*, p. 146.

³¹ Varios productos de la medicina tradicional se obtienen mediante procesos de fraccionamiento o purificación, entre ellos los basados en recursos naturales, como la preparación de un medicamento para la reparación de la piel (ES 2010217), el procedimiento para la preparación de cápsulas de gelatina dura que contiene extractos de hierbas chinas (EP 0530833) o el proceso para la extracción de un ingrediente activo del *anacardium occidentale*. *Ibidem*, p. 147.

³² Organización Mundial de la Salud, *op. cit.*, p. 26.

³³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *La propiedad intelectual y los conocimientos médicos tradicionales*, Ginebra, 2015, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_6.pdf (consultado el 11 de septiembre de 2022).

Hoy muchos medicamentos y vacunas se basan en recursos naturales y conocimientos médicos tradicionales, lo que conlleva una alta demanda comercial y científica.

En países de África y Asia, gran parte de la población depende de la medicina tradicional, aun para el cuidado primario de la salud. Igualmente, en países en vías de desarrollo, entre el 70% y 80% de la población ha utilizado alguna forma de medicina alternativa o complementaria.³⁴

Ante este panorama, este tipo de atención representa una alternativa importante, que da respuesta a las necesidades de atención a la salud en diferentes países de América Latina y marca el inicio para que la medicina tradicional sea parte de todos los sistemas oficiales de salud.

La resolución de la Asamblea Mundial de la Salud sobre medicina tradicional en este punto es relevante, ya que estipula que la OMS debe colaborar activamente con otras organizaciones del sistema de Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales para el reconocimiento, el uso racional y la protección de la medicina tradicional.

Existe incluso la estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2014-2023, cuyo objetivo es prestar apoyo a los Estados miembros en dos aspectos: primero, para que aprovechen el potencial de la medicina tradicional a la salud, el bienestar y la atención de salud centrada en las personas, y, segundo, para su utilización segura y eficaz a través de la reglamentación y la investigación, así como la incorporación de productos, profesionales y prácticas en los sistemas de salud.³⁵

En algunos lugares, mediante programas concretos se ha intentado introducir a la medicina tradicional en la provisión de los servicios de salud; una muestra de ello es la práctica que realizan las parteras en 42 países del orbe. En estos países, las parteras han sido entrenadas para incorporar sus servicios en

³⁴ *Idem.*

³⁵ Organización Mundial de la Salud, *op. cit.*, p. 11.

sus sistemas nacionales de salud, aunque sólo en diecisiete se ha logrado.³⁶

También la Declaración de Beijing y la Estrategia Mundial y Plan de Acción sobre Salud Pública, Innovación y Propiedad Intelectual³⁷ son instrumentos que instan a ejecutar un programa de inicio rápido con objeto de apoyar la investigación y el desarrollo, así como promover el establecimiento de normas para el uso apropiado, seguro y eficaz de la medicina tradicional.

Resulta muy interesante decir que de los marcos reguladores de la medicina tradicional se identifican tres grandes tendencias: a) integración, b) coexistencia, y c) tolerancia.³⁸ China es un ejemplo que se debe seguir, porque el derecho de patentes protege los productos y procesos basados en medicina tradicional, aunado a que los médicos tradicionales son reconocidos y su trabajo es oficialmente regulado, compartiendo decisión clínica con los médicos formados bajo el modelo biomédico científico en instituciones públicas de salud.

En países como India, Pakistán, Birmania y Bangladesh sólo se ha logrado un grado de coexistencia con la medicina oficial a partir de un marco jurídico bien establecido, y, por último, existen países donde la práctica de la medicina tradicional es tolerada, pues no existe un marco regulatorio, pero se ejerce cotidianamente. Éste es el caso de Malasia, Malí y de gran cantidad de naciones latinoamericanas.

³⁶ Nigenda, Gustavo *et al.*, “La práctica de la medicina tradicional en América Latina y el Caribe: el dilema entre regulación y tolerancia”, *Salud Pública de México*, Cuernavaca (México), vol. 43, núm. 1, enero-febrero de 2001, disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342001000100006#nota1.

³⁷ Organización Mundial del Comercio, *Información sobre propiedad intelectual: OMS, OMPI, OMC. Chapter II: El contexto normativo para la actuación en materia de innovación y acceso*, Ginebra, 2013, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trilatweb_s/ch2d_trilat_web_13_s.htm (consultado el 14 de septiembre de 2022).

³⁸ Nigenda, Gustavo *et al.*, *op. cit.*

Ahora bien, hablando de las dificultades prácticas a las que se enfrentan los poseedores de conocimientos médicos tradicionales para satisfacer las condiciones de patentabilidad, éstas se hallan en la “novedad” y la “actividad inventiva”.

Como se mencionó en el tema previo, el requisito de novedad se mide a nivel mundial, de modo que para la mayoría de los países la información que está en el “estado del arte” o “estado de la técnica” constituye un obstáculo para obtener una patente.

Por eso, es muy importante que la comunidad no divulgue los conocimientos tradicionales sin previas negociaciones y acuerdos de confidencialidad. La divulgación de la invención en otro país o la puesta a disposición pública mediante su uso destruyen la condición de novedad.

No obstante, esta regla tiene atenuaciones en el propio Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y en diferentes legislaciones industriales. Por ejemplo, en México la LFP-PI dispone un plazo de gracia de doce meses previos³⁹ a la fecha de presentación de la solicitud para dar a conocer la invención por el inventor, su causahabiente o un tercero, sin afectar la novedad; así lo establece el artículo 52:

No se considerará como parte del estado de la técnica para la solicitud, la divulgación de la materia que sea objeto de la misma, realizada por el inventor o su causahabiente de forma directa o indirectamente, o en su caso, un tercero que haya obtenido dicha información de cualquiera de éstos, de forma directa o indirecta, y dentro de los doce meses previos a la fecha de presentación de la solicitud, o en su caso, de la prioridad reconocida.

En relación con los conocimientos médicos tradicionales, si bien es probable que hayan sido empleados durante generaciones, incluso recopilados y publicados por historiadores, antropólogos, biólogos y científicos, también pueden suscitarse situaciones en

³⁹ En naciones desarrolladas como Alemania, Austria, Bélgica, China, Francia, Irlanda, Noruega, Suiza, Reino Unido, entre otros, el plazo es sólo de seis meses.

donde no se merme la novedad, por tratarse de conocimientos o prácticas no revelados, como los saberes de propiedades curativas de plantas, los hueseros, las comadronas o las herboristas, que pueden generar nuevos conocimientos.

Asimismo, cabe la posibilidad de patentar en países que han incorporado el criterio de novedad relativa, como Estados Unidos, donde se prohíbe el patentamiento de conocimientos médicos tradicionales publicados por escrito (documentados) en Estados Unidos o en otro país, pero no se afectará su novedad cuando hayan sido utilizados públicamente.⁴⁰

Precisamente, debido al requisito de novedad relativa, la Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos ha otorgado varias patentes a investigadores o firmas de ese país sobre materiales genéticos o conocimientos tradicionales adquiridos en países de desarrollo.⁴¹

En México hay muchos ejemplos de apropiación o biopiratería de recursos naturales. De los más conocidos destacan el tepezcohuite de Chiapas, planta indicada y confirmada experimentalmente para tratar quemaduras por sus propiedades antibióticas y cicatrizantes,⁴² y el caso de seis farmacéuticas norteamericanas en torno al barbasco, planta trepadora originaria de Veracruz, Tabasco y Puebla, y de cuyo tallo se extraen las sapogeninas esteroidales para preparar las píldoras anticonceptivas.⁴³

Adicionalmente, para obtener una patente es necesario satisfacer el requisito de la actividad inventiva o, dicho en otras pala-

⁴⁰ Artículo 102 de la Ley de Patentes.

⁴¹ Citado por María Correa, Carlos, *op. cit.*, p. 143.

⁴² UNAM, *Atlas de las plantas de la medicina tradicional mexicana*, disponible en: <http://www.medicinatradicionalmexicana.unam.mx/apmtm/termino.php?l=3&t=tepezcohuite> (consultado el 27 de septiembre de 2022).

⁴³ Alarcón Lavín, Roberto Rafael, “La biopiratería de los recursos de la medicina indígena tradicional en el estado Chiapas, México —el caso ICBG-Maya—”, *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, San Cristóbal de las Casas (México), vol. 5, núm. 10, julio-diciembre de 2010, disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-41152010000200151 (consultado el 18 de octubre de 2022).

bras, que la invención no sea obvia. Este requerimiento también puede resultar problemático al momento de reconocer de qué forma el recurso como se encuentra en la naturaleza es distinto a lo que ya existe en el estado de la técnica.

En este contexto, cabe mencionar que habitualmente los medicamentos derivados de productos naturales suponen una composición, modificación o purificación, procesos que pueden ser considerados como novedad y actividad inventiva, de tal suerte que dichos medicamentos cumplen con las condiciones legales para la protección de una patente.

La no obviedad de la invención suele examinarse según el alcance, contenido y discrepancias respecto del estado del arte, o bien enfocándose en el resultado para resolver un problema técnico.

El análisis objetivo de problema-solución se emplea en Europa y demás países, mientras que en Estados Unidos se examina el arte previo.

Obsérvese, pues, que en las oficinas de patentes no hay una regla única para determinar la novedad y la actividad inventiva de la invención ni la manera de hacerlo. Algunas leyes de patentes disponen que la oficina de patentes revise minuciosamente cada solicitud de patente para determinar el cumplimiento de tales requisitos; pero en otros países la oficina de patentes no examina la novedad o la actividad inventiva.⁴⁴

V. PATENTES BASADAS EN CONOCIMIENTOS MÉDICOS TRADICIONALES. CASOS PARADIGMÁTICOS ENTRE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y LAS UNIVERSIDADES

Después de exponer la estructura del régimen patentario es momento de evidenciar que la figura de la patente es, desde nuestra

⁴⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Proteja y promueva su cultura. Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales*, Ginebra, 2019, p. 34.

opinión y lógica, una alternativa viable para que las comunidades indígenas realicen proyectos de investigación en conjunto con las universidades.

Complementario al esquema internacional establecido en el Convenio sobre Diversidad Biológica y el Protocolo de Nagoya, que prohíben el uso de recursos genéticos si no hay autorización de la comunidad, así como la exigencia de un acuerdo sobre la distribución justa y equitativa de los beneficios que proveen tales recursos, se han identificado varias ventajas del uso de la patente para una comunidad indígena, destacando las siguientes:⁴⁵

- a) Protege en contra de la biopiratería.
- b) Confirma con documento escrito el estado de la técnica de conocimientos comunitarios ancestrales.
- c) Da credibilidad científica a la tecnología patentada.
- d) El dueño o titular puede ser el inventor —si no ha transferido la titularidad a otro ente—, una comunidad o empresa.
- e) Con la patente se pueden negociar acuerdos con compañías, teniendo como base la propiedad intelectual.
- f) Los acuerdos ayudan a traer beneficios económicos para la comunidad.

Ahora bien, detengámonos en revisar tres ejemplos paradigmáticos que vislumbran el trabajo colaborativo entre comunidades indígenas y universidades públicas para obtener patentes basadas en conocimientos ancestrales y potencializar sus usos médicos.

⁴⁵ Goldstein, Jorge A., “¿Cómo pueden las patentes de invención ser útiles para los pueblos indígenas y las comunidades locales?”, ponencia al Webinar: “Cómo promover y proteger su cultura: patentes en la OMPI”, Ginebra, 30 de noviembre de 2021.

1. *Caso de la comunidad Jarlmadangah Burru
y la Universidad de Griffith en Australia:
planta marjala*⁴⁶

Las propiedades medicinales de la *marjala* (nombre científico: *Barringtonia acutangula*) para aliviar el dolor son bien conocidos por la comunidad aborigen de los *Jarlmadangah Burru*.

Cuando el cazador de cocodrilos John Watson, anciano de esta comunidad, fue atacado y extirpado uno de sus dedos por dicho animal, como remedio para calmar su dolor se aplicó en su herida un trozo de la corteza de *marjala*, lo que le permitió acudir al hospital.

A partir de este evento se despertó el interés de la comunidad para explotar comercialmente y sacar beneficio económico de las plantas de género *Barringtonia*, llevándola a firmar un convenio con la Universidad de Griffith.

En 2004, la sociedad aborigen y la Universidad presentaron ante la Oficina de Patentes de Australia la solicitud de la invención “Compuestos analgésicos novedosos, extractos de estos y métodos de preparación”, misma que les fue concedida.

2. *Caso de la sociedad aborigen Chuulangun
y la Universidad de Australia del Sur:
arbustos medicinales*⁴⁷

Derivado de un proyecto de investigación en conjunto entre la sociedad aborigen *Chuulangun* y la Universidad de Australia del Sur para estudiar las propiedades farmacológicas de arbustos y plantas medicinales, descubrieron que ciertos compuestos se pueden usar para tratar la inflamación.

Entonces, presentaron una solicitud de patente sobre la invención “Compuestos antiinflamatorios”, la cual les fue otorga-

⁴⁶ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 37.

da, resaltando que uno de los inventores es David Claudie, un anciano de la comunidad que aprendió de su familia las propiedades medicinales de las plantas de la región.

Gracias a la cotitularidad de la patente entre la sociedad aborígen *Chuulangun* y la Universidad de Australia del Sur, pueden decidir cómo comercializar los compuestos y compartir los beneficios generados.

3. Caso de la Universidad Veracruzana y los médicos indígenas tradicionales: árbol *Croton draco*

La Universidad Veracruzana, junto con médicos indígenas tradicionales, echaron a andar una investigación que se consolidaría en 2021 con la obtención de la patente de invención “Uso y composición de *Croton draco* variedad *draco* Schltdl & Cham (*Euphorbiaceae*) con actividad antitumoral”.

Todo comienza en 1999, cuando un grupo de médicos tradicionales solicitan a la Facultad de Ciencias Biológicas y Agropecuarias de dicha Universidad un estudio taxonómico de algunas especies medicinales empleadas, entre ellas *Croton draco*,⁴⁸ por considerarla con alto valor cultural y medicinal.

Tras muchas investigaciones multidisciplinarias iniciadas en 2007 en materia etnobotánica, ecología, citotoxicidad, fitoquímica y actividad biológica, así como varios trabajos de tesis sobre el efecto antitumoral del extracto o látex del árbol en algunas líneas celulares de cáncer de pulmón y mama, se ingresó la solicitud de patente en 2016 ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI).

La especialista en biotecnología de plantas Feliza Ramón Farías, quien encabezó el proyecto de investigación, expresó la relevancia del proyecto para la Universidad, porque es la prime-

⁴⁸ Es un árbol que pertenece a la familia de las nochebuenas y el árbol del hule; puede alcanzar hasta veinte metros de altura; es abundante en zonas tropicales, como Xalapa.

ra patente relacionada con plantas medicinales que vincula a un grupo de médicos tradicionales, recalcando:⁴⁹

Con esto no sólo se hace vinculación, sino que responde a las necesidades de un sector de la población, cuyo conocimiento necesita ser protegido para evitar de alguna manera la biopiratería, al mismo tiempo que se aprovecha un recurso vegetal, nativo, poco conocido, pero que representa un gran potencial biotecnológico.

Como resultado del trabajo colaborativo entre los médicos indígenas tradicionales y el equipo científico de la Universidad, se puede permitir o prohibir que cualquier empresa o persona se apropie y mercantilice deliberadamente productos derivados de la planta *Croton draco*, pues carecen de los derechos exclusivos que otorga la patente.

Otro logro obtenido con posterioridad es que *Croton draco* se encuentra en el documento llamado “Farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos” (FEUM),⁵⁰ requisito obligatorio por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris) para la comercialización eficaz y segura de medicamentos y demás insumos de la salud.

Entonces, el siguiente paso será decidir la forma de explotación directa o mediante terceros, es decir, dar continuidad a la transferencia de la nueva tecnología a través del licenciamiento o transmisión de derechos dirigidos a recompensar a todas las partes interesadas.

De otro modo, hubiera sido casi imposible para los médicos tradicionales demostrar los efectos antitumorales de la planta *Croton draco*, reduciendo su campo de aprovechamiento a la pro-

⁴⁹ Cortés Pérez, Paola, “UV obtiene primera patente relacionada con uso de plantas medicinales”, *Universo. Sistema de Noticias de la UV*, 5 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.uv.mx/prensa/ciencia/uv-obtiene-primera-patente-relacionada-con-uso-de-plantas-medicinales/> (consultado el 21 de octubre de 2022).

⁵⁰ Disponible en: <https://www.gob.mx/cofepris/acciones-y-programas/farmacopea-de-los-estados-unidos-mexicanos> (consultado el 7 de diciembre de 2022).

ducción de champú y jabón para eliminar piojos, pinturas o ungüentos para el dolor, la cicatrización y evitar infecciones.

VI. CONCLUSIONES

Las patentes son títulos de propiedad que otorga el Estado para controlar de forma exclusiva y territorial la explotación o utilización de invenciones por una vigencia limitada; transcurrido este plazo, serán de dominio público.

Gracias a este instrumento legal, los nuevos productos y procesos desarrollados son colocados en mercados locales y mundiales con garantía de pertinencia, seguridad y eficacia.

El incremento en el uso de la medicina tradicional por la población de Latinoamérica, Asia, África, Europa, Estados Unidos y Canadá, ya sea de manera complementaria a la medicina moderna o como alternativa a ésta, representa una oportunidad para promover mayor conocimiento de la estructura, alcance y emprendimiento de un sistema de patentes equilibrado y con efectos sociales positivos para todas y todos.

Un ecosistema de patentes equilibrado implica seguir innovando, e involucra no sólo la toma de decisiones del gobierno y de los laboratorios trasnacionales como ha sido cíclico, sino también de la participación directa de los inventores, la comunidad científica, las empresas, los centros de investigación, las universidades y, desde luego, las comunidades indígenas y demás actores sociales.

Los proyectos e investigaciones desarrollados por universidades públicas y comunidades indígenas asociadas con conocimientos médicos tradicionales para el tratamiento de cáncer, diabetes, Alzheimer, hipertensión, colesterol y muchos otros padecimientos humanos contribuyen de forma decisiva en el fortalecimiento de un sistema de patentes armónico y encauzado al cumplimiento de funciones sociales y atención de necesidades comunes a largo plazo. Apuntemos las reveladas a partir de este estudio:

- a) Rescate de los recursos y valor de la biodiversidad.
- b) Reconocimiento científico de saberes y prácticas ancestrales en virtud de acreditar los requisitos de patentabilidad: novedad, actividad inventiva y aplicación industrial.
- c) Certificación de las propiedades de conocimientos tradicionales para tratamientos médicos.
- d) Oportunidad de seleccionar y conquistar mercados en los que potencialmente la invención resulte de interés.
- e) Participación directa de las comunidades o pueblos poseedores de recursos y saberes tradicionales en todo el proceso para la generación de una nueva tecnología desde su investigación, patentamiento, acuerdos, explotación y distribución de ganancias derivadas.
- f) Propiciar sistemas de salud asequibles para la población mundial, especialmente para aquellas personas que con dificultad pueden acceder a la atención de sanitaria tradicional.
- g) Reconfiguración de la función social y humanista de la Universidad a través de la vinculación y acompañamiento comunitario.
- h) Cumplimiento de fines académicos como la fructificación del conocimiento y de la innovación productiva.
- i) Impugnación de solicitudes de patente basadas en saberes médicos tradicionales, así como la nulidad de patentes provechosas e ilegales.
- j) Desarrollo económico y competitividad local, regional y mundial.

VII. FUENTES

ALARCÓN LAVÍN, Roberto Rafael, “La biopiratería de los recursos de la medicina indígena tradicional en el estado Chiapas, México —el caso ICBG-Maya—”, *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, San Cristóbal de las Casas (México), vol. 5, núm. 10, julio-diciembre de 2010.

- ALMENDAREZ HERNÁNDEZ, Marco Antonio, “Determinantes de las patentes y otras formas de propiedad intelectual de los estados mexicanos”, *Economía, Sociedad y Territorio*, México, vol. XX-VIII, núm. 58, 2018.
- CORTÉS PÉREZ, Paola, “UV obtiene primera patente relacionada con uso de plantas medicinales”, *Universo. Sistema de Noticias de la UV*, 5 de agosto de 2021, disponible en: <https://www.uv.mx/prensa/ciencia/uv-obtiene-primer-patente-relacionada-con-uso-de-plantas-medicinales/> (consultado el 21 de octubre de 2022).
- FAZIO, Ariel, “Fundamentos conceptuales de la propiedad intelectual, liberalismo y crítica”, *Ideas y Valores*, Bogotá, vol. 68, núm. 170, mayo-agosto de 2019.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos *et al.*, *Manual de la propiedad industrial*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- GARCÍA URIBE, John Camilo, “Propiedad intelectual, patentes y salud: una mirada desde la bioética”, *Revista Latinoamericana de Bioética*, Bogotá, vol. 21, núm. 2, diciembre de 2021.
- GOLDSTEIN, Jorge A., “¿Cómo pueden las patentes de invención ser útiles para los pueblos indígenas y las comunidades locales?”, Webinar: “Cómo promover y proteger su cultura: patentes en la OMPI”, Ginebra, 30 de noviembre de 2021.
- JALIFE DAHER, Mauricio, *Derecho mexicano de la propiedad industrial*, México, IPIDEC-Tirant lo Blanch, 2014.
- JALIFE DAHER, Mauricio, *Propiedad intelectual corporativa*, México, Tirant lo Blanch, 2022.
- MARÍA CORREA, Carlos, “Protección de los sistemas de medicina tradicional, patentamiento y promoción de las plantas medicinales”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, núm. 2, 2001.
- NIGENDA, Gustavo *et al.*, “La práctica de la medicina tradicional en América Latina y el Caribe: el dilema entre regulación y tolerancia”, *Salud Pública de México*, Cuernavaca (México), vol. 43, núm. 1, enero-febrero de 2001.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Información sobre propiedad intelectual: OMS, OMPI, OMC. Chapter II: El contexto nor-*

mativo para la actuación en materia de innovación y acceso, Ginebra, 2013.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *La propiedad intelectual y los conocimientos médicos tradicionales*, Ginebra, 2015.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Proteja y promueva su cultura. Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales*, Ginebra, 2019.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2013-2024*, Hong Kong, 2013.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “Aumento del uso de medicinas alternativas en los Estados Unidos”, *Revista Panamericana de Salud Pública*, Washington, vol. 5, núm. 1, 1999.

ORTIZ BAHENA, Miguel Ángel y OTERO MUÑOZ, Ignacio, *Propiedad intelectual. Simetrías y asimetrías entre el derecho de autor y la propiedad industrial. El caso de México*, México, Porrúa, 2011.

PARRA TRUJILLO, Eduardo de la, *Introducción al derecho intelectual*, México, Porrúa-UNAM, 2014.

LA PROTECCIÓN CONTRA LA APROPIACIÓN CULTURAL A LA LUZ DE LA “LEY HARP” EN MÉXICO

Carolina AGUILAR RAMOS*

Víctor Alfonso ZERTUCHE COBOS**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Generalidades de la apropiación cultural del patrimonio indígena*. III. *Dimensiones normativas de los derechos humanos culturales y de propiedad intelectual*. IV. *Contexto y contenido de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas*. V. *Análisis de los alcances jurídicos de la legislación en la materia*. VI. *Conclusiones*. VII. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

A tres décadas del reconocimiento constitucional de los pueblos y comunidades indígenas, así como del inicio de una larga lucha por el reconocimiento de sus derechos humanos individuales y colectivos, hasta antes de 2020 no existía en México un marco jurídico específico que garantizara las expresiones y manifestaciones culturales tradicionales, tales como los textiles, los bordados y los tejidos

* Profesora investigadora de tiempo completo en la Escuela Superior de Actopan de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Correo institucional: carolina_aguilar@uaeh.edu.mx.

** Profesor investigador de tiempo completo en la Escuela Superior de Actopan de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Correo institucional: victor_zertuche@uaeh.edu.mx.

del sector artesanal como parte de su patrimonio cultural inmaterial o vivo. Lo anterior desencadenó, sobre todo en la última década, en un fenómeno de plagio o apropiación cultural indebida por diseñadoras extranjeras y nacionales, con fines meramente lucrativos y de explotación.

Lo que ha ocurrido, sobre todo en las dos últimas décadas, es que casi de manera paralela tanto a nivel internacional como nacional se ha estado reconociendo en diversos instrumentos a los derechos humanos culturales, entre ellos el patrimonio cultural, así como la propiedad intelectual de éstos. De manera específica en el caso de México, en los últimos cinco años a partir de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI) de 2016, que reconoció tanto el patrimonio cultural material e inmaterial de carácter colectivo como la propiedad intelectual colectiva, de la mano de múltiples casos de apropiación cultural que se han evidenciado, se ha legislado de manera importante en esos ámbitos; de una forma particular, se encuentra la nueva Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas de enero de 2022, mejor conocida popularmente como “Ley Harp”.

En virtud de ello, este capítulo está centrado en analizar el contexto y el contenido de dicha Ley, así como los alcances que vislumbra la normativa en cuanto a la protección contra la apropiación cultural de los textiles de las comunidades indígenas y afromexicanas. Para ello, comenzaremos por revisar algunas generalidades sobre la apropiación cultural del patrimonio indígena, así como las dimensiones normativas tanto internacionales como nacionales sobre el reconocimiento de los derechos humanos culturales y de propiedad intelectual.

II. GENERALIDADES DE LA APROPIACIÓN CULTURAL DEL PATRIMONIO INDÍGENA

A la par de los procesos de dominación y colonización del que fueron objeto los indígenas desde el siglo XVI, así como de las

políticas de negación o intento de incorporación e integración a la cultura dominante mestiza que caracterizó al Estado mexicano durante los siglos XIX y XX, de forma directa¹ e indirecta, una diversidad de comunidades de pueblos originarios han resistido a esos embates, condición a partir de la cual actualmente México cuenta con una amplia diversidad cultural, étnica, lingüística y biocultural patente en sus 68 pueblos indígenas.²

El contraste entre dicha negación y la resistencia de los indígenas, sobre todo durante los últimos dos siglos, dio lugar para que finalmente en 1992 se reconociera constitucionalmente la diversidad cultural y étnica en México, como una nación pluricultural. A partir de ese momento, surgió una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado, caracterizado por un proceso de lucha por el reconocimiento de los derechos humanos indígenas enmarcado en tres periodos: de mediados de 1980 a 2001; de 2001 a 2011, y de 2011 a la fecha. Este último periodo se caracteriza particularmente porque el espacio de disputa dentro del derecho estatal se ha dado en sede judicial,³ lo que ha propiciado que diversas comunidades indígenas a lo largo del país se encuentren en procesos de reivindicación del autogobierno municipal y comunitario en el marco del ejercicio de su libre determinación y autonomía.

Lo paradójico de este proceso de reconocimiento es que en la actualidad perduren ciertas prácticas de neocolonización en contra de las comunidades indígenas, tales como el “extractivismo”

¹ “Los jamás conquistados. Los mixes: el pueblo indígena que jamás fue conquistado”, *Más de México*, abril de 2016, disponible en: <https://masdemx.com/2016/04/los-mixes-pueblo-indigena-jamas-fue-conquistado/>.

² Actualmente, 23.2 millones de personas se autoadscriben como indígenas, lo que equivale al 19.4% de la población total. Véase INEGI, *Comunicado de prensa*, núm. 430/2022, 8 de agosto de 2022, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_PueblosInd22.pdf.

³ Aragón Andrade, Orlando, “El trabajo de coteorización en la antropología jurídica militante. Experiencias desde las luchas por el autogobierno indígena en México”, *Inflexiones. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2020, pp. 75-106.

de su patrimonio y la “apropiación de sus creaciones y conocimientos culturales”,⁴ particularmente textiles, bordados, tejidos o diseños tradicionales. Eso responde particularmente a la falta de un marco jurídico específico que reconozca, garantice y proteja el patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas, a través del cual pueda evitarse el saqueo, el robo, el plagio o la apropiación de saberes, conocimientos, prácticas, creaciones o expresiones culturales tradicionales. En ese sentido, el patrimonio de los pueblos indígenas se ha venido reconociendo en dos grandes grupos: el patrimonio biocultural⁵ y el patrimonio cultural.

En cuanto al primero, ha sido definido como “la herencia ancestral que los pueblos han generado y acumulado”⁶ a partir de su “diversidad cultural y lingüística y la biodiversidad”, mediada por la participación de “actores sociales a través de la aplicación de conocimientos, prácticas, saberes y rituales sobre los múltiples ecosistemas presentes”,⁷ implicando un proceso de coevolución con los ecosistemas.⁸ Asimismo, de acuerdo con Villamar, dicho patrimonio representa la relación estrecha entre los pueblos con todos los seres y elementos de la naturaleza, tierras y territorios, así como los seres no naturales que participan en la estructura, organización y funcionamiento del mundo.⁹

⁴ Vázquez, Sócrates y Cojtí, Avexnim, “Apropiación cultural, otra forma de extractivismo en las comunidades indígenas”, *Cultural Survival*, diciembre de 2020, disponible en: <https://www.culturalsurvival.org/news/apropiacion-cultural-otra-forma-de-extractivismo-en-las-comunidades-indigenas>.

⁵ Luque, Diana, “¿Qué es el patrimonio biocultural?”, *Red Temática Conacyt*, disponible en: <https://patrimoniobiocultural.com/patrimoniobiocultural/>.

⁶ Argueta Villamar, Arturo, “Patrimonio biocultural y regiones de esperanza”, *Diálogos Ambientales*, México, año 1, núm. 1, julio-diciembre de 2020, pp. 12-16.

⁷ Ortiz Espejel, Benjamín y Vieira de Carvalho, Aline, “Patrimonio biocultural: un saludo de México”, *Habitus Goiânia*, vol. 19, núm. 1, junio-julio de 2021, pp. 122-128, disponible en: <https://patrimoniobiocultural.com/subidas/2022/03/9025-34670-1-PB.pdf>.

⁸ Centro Mexicano de Derecho Ambiental, *Derechos humanos y patrimonio biocultural*, México, 2017, p. 17.

⁹ Argueta Villamar, Arturo, *op. cit.*, p. 12.

Por otra parte, el patrimonio cultural tiene dos vías de manifestación: el material y el inmaterial. El primero tiene que ver con monumentos, conjuntos y lugares. Por su parte, el segundo se define como las “representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas” de las comunidades indígenas, y se manifiesta, entre otros ámbitos, en las “técnicas artesanales tradicionales”;¹⁰ dentro de éste se catalogan las artesanías indígenas, tales como bordados, tejidos, diseños y patrones de los textiles tradicionales. Frente a dicho patrimonio inmaterial o vivo de los indígenas, recientemente y con mayor frecuencia se han suscitado numerosos casos de apropiación cultural, que a su vez puede clasificarse en apropiación consentida o debida y la apropiación indebida.

La primera implica una relación consentida entre el sector artesanal y el del diseño en México para la producción y comercialización de textiles, que se traduce en el trabajo conjunto entre ambos sectores; sin embargo, aunque obtienen un “beneficio en común”, en la mayoría de los casos “se torna en un capricho y una simulación de colaboración que termina por acentuar y evidenciar la diferencia de privilegios entre ambos mundos”, siendo pocos casos en donde se procura “establecer un diálogo horizontal entre el mundo del diseñador y el del artesano”.¹¹

En cuanto a la segunda, esto es, la apropiación cultural indebida, negativa o no consentida —este término se gestó en la cultura del litigio estadounidense—, se trata de “una manifestación más de los abusos que los grupos culturales hegemónicos ejercen sobre poblaciones o grupos culturales oprimidos”,¹² lo

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), “Patrimonio cultural material e inmaterial” (artículo 1o., CPPMCN, 1972; artículo 2o., párrafos 1 y 2, CSPCI, 2003), disponible en: <https://ich.unesco.org/es/convenci%C3%B3n>.

¹¹ Martínez González, Mercedes *et al.*, “De arriba hacia abajo: reflexiones sobre la regulación de las relaciones entre artesanos y diseñadores en México”, *KePes*, Colombia, año 19, núm. 26, julio-diciembre de 2022, pp. 157-189, disponible en: <https://doi.org/10.17151/kepes.2022.19.26.6>.

¹² Aguilar Gil, Yásnaya Elena, “El Estado mexicano como apropiador cultural”, *Agora*, México, julio de 2018, pp. 130-133, disponible en: <https://www.>

cual ocurre al tomar sin su consentimiento elementos concretos de su patrimonio cultural para sacar provecho económico, sin que se reconozca a los creadores, modificando sus significados originales y vendiéndose como un nuevo producto, es decir, se trata de un robo o plagio del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades indígenas.

Dicho plagio “es quizá el caso más extremo de apropiación cultural”, en virtud de que “la opresión se traduce en explotación económica y se inserta así dentro de la lógica de explotación capitalista”.¹³ En el mismo sentido, Vásquez y Cojtí equiparan a la apropiación cultural con “otras formas de extractivismo en los territorios indígenas, donde... [la] industria de la moda... explota un recurso [cultural] impactando la vida de las comunidades que han protegido o que viven de dicho recurso”.¹⁴

A título ilustrativo, recopilamos algunos de los casos más visibles de apropiación cultural indebida de textiles indígenas por diseñadoras de moda extranjeras y nacionales en la última década, a saber: la blusa tradicional de la comunidad mixe de Tlahuitoltepec, Oaxaca, y los tejidos geométricos y diseños del pueblo purépecha de Michoacán, por la francesa Isabel Marant en 2015 y 2020, respectivamente; los bordados de la comunidad otomí de Tenango de Doria, Hidalgo, así como los bordados florales del istmo de Tehuantepec, Oaxaca, y el diseño del sara-pe de Saltillo, Coahuila, por Carolina Herrera en 2019; en este mismo año, Louis Vuitton también se apropió de un diseño de bordado de Tenango de Doria, Hidalgo;¹⁵ finalmente, uno de los casos más recientes se dio en agosto de 2022, tras la acusación de Colectivas Texturas de Oaxaca por plagio y mutilación de

revistadelainiversidad.mx/articles/0bb50a13-2ad8-40e3-99725f35dd35184f/el-estado-mexicano-como-apropiador-cultural.

¹³ *Idem.*

¹⁴ Vásquez, Sócrates y Cojtí, Avexnim, *op. cit.*

¹⁵ Holgado Lázaro, Sandra, “Apropiación cultural. Los 10 casos más relevantes”, *EOB. Fashion, Luxury & Retail*, marzo de 2021, disponible en: <https://enriqueortegaburgos.com/apropiacion-cultural-los-10-casos-mas-relevantes/>.

sus diseños textiles por la presidenta del Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), Ivette Morán, para su marca de ropa “Moravy”.¹⁶

Frente a estos casos, se generaron reacciones distintas, que a continuación las enunciaremos. En el caso de Tlahuitoltepec, la reacción provino desde la comunidad vulnerada, en donde las autoridades comunitarias solicitaron a la diseñadora Marant que reconociera el plagio y compensara los daños; de igual manera, le externaron la invitación a visitar la comunidad e interactuar directamente con las artesanas, convocatoria sobre la cual la diseñadora no manifestó ningún tipo de pronunciamiento al respecto.¹⁷

Por otra parte, en los casos de plagio ocurridos durante 2019 y 2020, la reacción provino desde el Estado, puesto que la acusación directa por apropiación cultural fue a cargo de la titular de la Secretaría de Cultura del Gobierno Federal en contra de los diseñadores, solicitándoles el reconocimiento público del uso no consentido de los diseños tradicionales con fines comerciales. Al respecto, uno de ellos refirió que se trató de un homenaje por la admiración y respeto a la riqueza cultural de México; otro argumentó que tenía una relación de colaboración con los artesanos, y la última se disculpó, pero no reconoció públicamente la comisión del plagio.¹⁸

Por último, en cuanto al caso más reciente de apropiación, la reacción también provino desde el Estado, puesto que fue el Congreso local de Oaxaca quien emitió un punto de acuerdo condenando el uso, aprovechamiento y comercialización del patrimonio cultural, exhortando al gobernador Murat a garantizar el respeto y la remuneración justa por el uso y comercialización

¹⁶ Véase “«Ivette, recortar no es diseñar»: artesanas oaxaqueñas denuncian plagio de la marca creada por esposa del gobernador”, *El Sol de México*, 22 de agosto de 2022, disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/circulos/moda/artesanas-de-oaxaca-denuncian-plagio-de-la-marca-creada-por-esposa-del-gobernador-ivette-moran-8769979.html>.

¹⁷ Holgado Lázaro, Sandra, *op. cit.*

¹⁸ *Idem.*

de los textiles tradicionales.¹⁹ En este sentido, resulta evidente que todos los asuntos coinciden en agotarse en denuncias públicas y reacciones institucionales, cuyos efectos no resultan trascendentes al no tratarse de reparaciones integrales y mucho menos concluyen en medidas de no repetición.

Es conveniente acotar que este fenómeno incierto se fomenta particularmente porque las técnicas artesanales tradicionales, personificadas en su mayoría por el trabajo de las mujeres, no estaban hasta antes de 2020 reconocidas dentro del margen de la propiedad intelectual, modelo que antepone las creaciones individuales sobre los derechos de sectores culturales.²⁰ Siendo así, el sector artesanal indígena apuesta por establecer diálogos horizontales con los diseñadores para evitar el saqueo continuo de su patrimonio cultural y busca la construcción de “espacios donde las expresiones culturales no se apropien desde una banalidad que las descontextualiza”, beneficiando “injustamente a quienes tienen más medios para explotar los mercados globales”, ya que el fin que se intenta alcanzar no es solamente la retribución económica, sino sobre todo “ser incluidos de forma más directa al producir las prendas”.²¹

III. DIMENSIONES NORMATIVAS DE LOS DERECHOS HUMANOS CULTURALES Y DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En los ámbitos internacional y nacional, podemos ubicar distintas dimensiones sobre el reconocimiento de los derechos humanos

¹⁹ Matías, Pedro, “Reprenden a Murat y su esposa por usar patrimonio cultural de Oaxaca en el Mercedes-Benz Fashion Week”, *Proceso*, 17 de agosto de 2022, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/nacional/2022/8/17/reprenden-murat-su-esposa-por-usar-patrimonio-cultural-de-oaxaca-en-el-mercedes-benz-fashion-week-291725.html>.

²⁰ Ibarra Rojas, Lucero, “De musas, impostoras y tejedoras: la propiedad intelectual desde una perspectiva feminista”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. XXXIV, núm. 2, diciembre de 2021, pp. 73-93, disponible en: [HTTP://DX.DOI.ORG/10.4067/S0718-09502021000200073](http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000200073).

²¹ Martínez González, Mercedes *et al.*, *op. cit.*, pp. 168, 175, 182 y 183.

culturales de los pueblos y comunidades indígenas y afro mexicanas. A nivel internacional, ubicamos tres dimensiones: la primera de ellas parte de los instrumentos generales que buscan salvaguardar los derechos culturales como derechos humanos colectivos, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, los cuales garantizan, entre otros, los derechos culturales, el desarrollo cultural, la participación en la vida cultural, así como la conservación y difusión de la cultura.

En la segunda dimensión se encuentran los instrumentos específicos que han reconocido como parte de los derechos culturales al patrimonio cultural, tanto material como inmaterial. Por un lado, está la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (CPPMCN) de 1972, que reconoció y definió el patrimonio cultural, limitándose sólo al material, como los monumentos, conjuntos y lugares arquitectónicos y arqueológicos; por otro lado, no fue hasta 2003 cuando se aprobó la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (CSPCI),²² que definió y clasificó al patrimonio cultural inmaterial tal como lo referimos en el apartado anterior.

En la tercera dimensión internacional se ubican los instrumentos particulares que garantizan la preservación de los derechos culturales como derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, entre ellos el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, especialmente lo que dispone en su numeral 23 sobre la artesanía relacionada con la economía de subsistencia, que deberá reconocerse como factor importante del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico; también se encuentra la Declaración

²² Esta Convención tiene como antecedentes principales tanto la Recomendación para la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular de 1989 como la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de 2001.

de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) de 2007, que en su artículo 31 reconoce tanto el patrimonio cultural material e inmaterial como el patrimonio biocultural, así como la propiedad intelectual de dicho patrimonio; finalmente, tenemos a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI) de 2016, que en sus artículos 13 y 28 reconoce literalmente el patrimonio cultural tangible e intangible de carácter colectivo, así como la propiedad intelectual colectiva.²³

Como puede observarse en estas dimensiones, el reconocimiento de los derechos humanos culturales, en particular el patrimonio cultural inmaterial, es relativamente reciente, y aún más actual es su adopción por los instrumentos específicos sobre pueblos indígenas, misma que ha caminado a la par con el reconocimiento del derecho de propiedad intelectual colectiva en los mismos instrumentos. Lo anterior ayuda a comprender por qué se ha hecho patente el fenómeno de la apropiación cultural indebida en las últimas décadas, sobre todo en el marco de la globalización neoliberal. Ahora, por lo que respecta al ámbito nacional, en un mismo ejercicio de análisis normativo sobre los derechos culturales indígenas, también identificamos tres dimensiones sobre el reconocimiento de estos derechos.

La primera de ellas corresponde a la denominada Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas de 1972, la cual reconoció por primera ocasión a nivel nacional el patrimonio cultural material, sin adentrarse al fondo de los alcances de la cultura como prerrogativa fundamental; en esta misma dimensión ubicamos la reforma constitucional de 2009 al

²³ La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, entre los que se encuentran aquellos asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales y las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales y científicas, así como el patrimonio cultural material e inmaterial y los conocimientos y utilidades de semillas, plantas medicinales, flora y fauna. Véase el artículo 28 de la DADPI de 2016.

artículo 4o. de la carta magna, mediante la cual se adicionó el párrafo duodécimo, que reconoce como derecho humano el acceso a la cultura y el ejercicio de los derechos culturales; es hasta 2017 cuando se crea la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, misma que reconoce los derechos culturales colectivos, como el patrimonio cultural material e inmaterial, para garantizar sus intereses morales y patrimoniales por razón de sus derechos de propiedad intelectual.

La segunda dimensión tiene que ver particularmente con el reconocimiento constitucional de los indígenas y afromexicanos, así como sus derechos colectivos. El proceso partió en 1992, con la reforma al artículo 4o. constitucional, con el reconocimiento de la pluriculturalidad; luego, en 2001, con la reforma al artículo 2o. constitucional se reconocieron las categorías de pueblos y comunidades indígenas, así como los derechos de libre determinación, autonomía y autogobierno, en función de los cuales pueden decidir sus formas internas de organización cultural, así como preservar y enriquecer todos los elementos que constituyen su cultura e identidad; en 2019, se reconoció en el apartado C del mismo artículo 2o. constitucional a los pueblos y comunidades afromexicanas²⁴ como parte de la composición pluricultural; finalmente, en esta dimensión también habrá que considerar la Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) de 2018, la cual configuró al INPI como la autoridad encargada de los asuntos relacionados con los pueblos indígenas y afromexicanos para garantizar la implementación y protección de sus derechos humanos, tales como el patrimonio cultural material e inmaterial y la propiedad intelectual colectiva.

²⁴ Son quienes descienden de las personas provenientes del continente africano que llegaron al territorio nacional durante el régimen colonial. Con este reconocimiento se subsana, de alguna manera, una deuda histórica que se tenía con ellos, ya que constituye uno de los sectores con mayor grado de exclusión en el país y representan más del 2% de la población total. Véase INEGI, “Población afromexicana o afrodescendiente”, *Cuéntame de México*, 2020, disponible en: <https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/afromexicanos.aspx?tema=P>.

Por último, en la tercera dimensión ubicamos particularmente a la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996, que hasta 2019 contemplaba un capítulo titulado “De las culturas populares”, en el cual reconocía el arte popular o artesanal desarrollado por las comunidades indígenas contra su deformación, pero cuyo uso o utilización era libre o de dominio público; no obstante, los alcances de dicho ordenamiento implicaban que los derechos morales, es decir, aquellos relacionados con el origen de sus expresiones culturales,²⁵ eran considerados de dominio público y, por lo tanto, las comunidades no contaban con los elementos jurídicos para demandar beneficios económicos.²⁶

Con estas dimensiones, lo mismo que ha ocurrido a nivel internacional, a partir de esos instrumentos, en México ha sido en los últimos cinco años en donde se ha comenzado a reconocer el patrimonio cultural inmaterial y la propiedad intelectual colectiva del sector artesanal. Sin embargo, de estas tres dimensiones a nivel nacional, en las últimas décadas y hasta antes de 2019, solamente la tercera en sentido estricto era la más próxima para evitar el plagio o la apropiación cultural indebida, pero tampoco garantizó dichas expresiones culturales por la limitación al reconocimiento únicamente como derechos morales y no económicos, motivo por el cual, tal como ya lo referimos, a la par con nuevos procesos de globalización neoliberal, en la segunda década del siglo XXI se han evidenciado múltiples casos de apropiación cultural indebida.

En esta tesitura de los últimos cinco años, así como por los diversos casos de apropiación cultural denunciados, sumando también a los instrumentos internacionales más recientes, en 2019 se impulsaron dos importantes iniciativas: una de reforma y otra de ley, con el fin de garantizar la no apropiación cultural indebida del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas. La primera fue en torno a la Ley Federal del

²⁵ Ibarra Rojas, Lucero, “Autores indígenas en México”, *Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, España, vol. 4, núm. 2, 2010, pp. 24-38.

²⁶ Martínez González, Mercedes *et al.*, *op. cit.*, p. 174.

Derecho de Autor, y la segunda, una nueva ley que se aprobó y se publicó recientemente en 2022, y que será materia de los siguientes apartados.

Por lo que toca a la primera iniciativa, dicha reforma se aprobó y se publicó en enero de 2020, y contempla cambios significativos, a saber: el capítulo reformado quedó como “De las culturas populares y de las expresiones culturales tradicionales”, y establece que protege el arte popular y artesanal original y colectivo que se derive de las expresiones y manifestaciones culturales tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, reconociéndoles la titularidad de esos derechos; refiere también que estarán protegidas contra su explotación sin la autorización por escrito del pueblo o comunidad titular, así como contra su deformación, con objeto de causar demérito a la expresión tradicional o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o pueblo al cual pertenece.

Asimismo, fue derogado el artículo que establecía que el arte popular y artesanal era de dominio libre y público, puesto que ahora al reconocerse como propiedad intelectual colectiva, el uso de ella estará sujeto a las mismas limitaciones que sobre derechos de autor establece esta Ley. Con esta reforma, se funda el primer eslabón para brindar certeza jurídica a las comunidades indígenas y afromexicanas, al contar con elementos que permitan restringir la apropiación cultural de sus expresiones culturales, y con ello pueda trazarse una nueva relación mucho “más horizontal entre personas que crean desde distintas formas: la artesanía y el diseño”.²⁷

De manera que, con base en lo anteriormente expuesto, se concluye en un primer momento que el reconocimiento de los derechos humanos culturales no es nuevo, aunque sí son más recientes las interpretaciones respecto del patrimonio cultural inmaterial, así como la adopción de instrumentos normativos específicos para evitar el aprovechamiento indebido de las expresiones culturales indígenas. En suma, ello permite aseverar que la anuencia

²⁷ *Ibidem*, p. 161.

del fenómeno de apropiación cultural en los últimos años, en el marco de la globalización neoliberal, fue uno de los factores que impulsaron el ánimo de reglamentar la protección del patrimonio cultural y biocultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.

IV. CONTEXTO Y CONTENIDO DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFROMEXICANAS

Los parámetros de convencionalidad que atienden al nuevo paradigma de supremacía normativa, nacidos desde la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, así como los múltiples casos de violaciones sistemáticas a los derechos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas, han sido el parteaguas de las modificaciones legislativas sobre el derecho indígena, situación que ha motivado la defensa de sus prerrogativas, tanto en el ámbito judicial como no jurisdiccional.

En el caso particular de los derechos culturales y la protección de las expresiones tradicionales de estas comunidades, es menester destacar dos circunstancias *sine qua non* en el abordaje de este tema, que a continuación enunciamos. En primer término, es importante señalar que la composición pluricultural nacional no sólo constriñe a los pueblos indígenas, sino también contempla a los pueblos equiparables y a la población perteneciente a los barrios históricos que se ubican en distintos puntos del país, lo que posiciona a México en el octavo sitio a nivel mundial de los Estados más diversos²⁸ y con asentamientos sociales de distintos orígenes con manifestaciones propias, que se traducen en un sen-

²⁸ Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial de la Ciudad de México, “La riqueza de los pueblos indígenas”, disponible en: https://paot.org.mx/centro/ine-semarnat/informe02/estadisticas_2000/compendio_2000/01dim_social/01_07_Grupos_indigenas/data_indigenas/RecuadroI.7.1.htm.

tido de identidad con su territorio, en la administración interna de sus recursos, la proliferación de prácticas colectivas con carácter cultural simbólico, así como con la celebración de consensos por medio de sus formas internas de organización.

Por otra parte, el segundo aspecto a considerar es que, dada la amplitud de sectores sociales hoy inmersos en lo que se define como “diversidad cultural nacional”, en un inicio el Estado mexicano intentó abordar elementos de la protección a la diversidad en distintas disposiciones normativas, tales como la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas,²⁹ la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación,³⁰ la Ley General de Salud,³¹ la Ley General de Educación³² y la Ley de Planeación,³³ sin que estos contenidos resultaran en la panacea del tema.

En virtud de ello, y a partir de los planteamientos expresados en los apartados anteriores, se generaron una serie de intentos normativos de regulación de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas,³⁴ que se estancaron en las mesas del Legislativo federal. Tal fue el caso de la iniciativa de Ley General de Salvaguardia de los Elementos de la Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos, norma que veló por promover el respeto al conocimiento, cultura e identidad

²⁹ Reconoce y protege los derechos lingüísticos individuales y colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y de los pueblos indoamericanos.

³⁰ Busca garantizar el derecho a la igualdad y combatir cualquier acto discriminatorio en razón de origen étnico o condición social.

³¹ Atiende al reconocimiento de la medicina tradicional y el respeto a los usos y costumbres indígenas en la atención médica.

³² Reconoce la pluralidad lingüística de la nación y el respeto y promoción de estos derechos mediante la enseñanza.

³³ Regula las actividades de política social y cultural en atención a los fines del Estado por cuanto hace al desarrollo económico.

³⁴ Tales intentos normativos fueron la iniciativa de Ley General de Protección a los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas de 2004, las reformas en materia penal relativas a los delitos de propiedad industrial de 2016, así como los últimos cambios a la Ley Federal del Derecho de Autor de 2018, señalados en el apartado anterior.

del patrimonio cultural inmaterial y evitar su apropiación indebida por terceros.

Empero, no fue hasta enero de 2022 cuando se aprobaron con algunos cambios los planteamientos establecidos en la Ley General de Salvaguardia, bajo la denominación actual de Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, popularmente conocida como “Ley Harp”.³⁵

A continuación, resumiremos el contenido de esta Ley, que será objeto de análisis para aterrizar en una crítica propositiva, intención principal de este apartado.

1. *Reconocimiento del derecho de propiedad intelectual colectiva indígena*

La disposición en comento parte de reconocer en el numeral 3o. a la propiedad del patrimonio cultural como un derecho real de naturaleza colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, que recae sobre los saberes, conocimientos, manifestaciones y expresiones culturales tradicionales.

En el mismo sentido, la Ley estipula que el ejercicio de este derecho no requiere el agotamiento de procesos administrativos, pues se trata de una prerrogativa de carácter inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable sobre el que se reconoce la legitimidad procesal activa para su protección ante usos no consentidos a cargo de terceros.

Bajo esa tesitura, el sentido colectivo de los derechos de propiedad intelectual en esta norma está previsto también ante aquellos casos en los que la propiedad pertenezca a dos o más comunidades, supuesto en el cual se requiere el consenso generalizado para autorizar el aprovechamiento.

³⁵ Esta denominación se atribuye a la senadora Susana Harp Iturribarria, quien presentó en 2018 la iniciativa para su promulgación bajo el nombre de Ley de Salvaguardia de los Conocimientos, Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos.

Asimismo, el ordenamiento prevé la creación de un Registro Nacional del Patrimonio Cultural, cuyo objetivo es contar con un catálogo de los elementos culturales de las comunidades, documentado de la mano de especialistas, investigadores de instituciones académicas y representantes indígenas para conformar lo que la Ley denomina “el comité de expertos”.

De igual manera, se establecen los principios sobre los cuales deben versar las actuaciones de las instituciones y autoridades involucradas en casos de apropiación, tales como la igualdad de género, la no discriminación, la igualdad de la libre determinación, la libre expresión de las ideas, el pluralismo jurídico, la interculturalidad y el respeto a la diversidad cultural.

2. Definición y pautas acerca del uso, goce, disfrute y aprovechamiento del patrimonio cultural y su utilización por terceros

La Ley plantea elementos mínimos a considerarse en el contenido de un contrato o convenio para gestar las autorizaciones con terceros, componentes que en sí coinciden con las cláusulas genéricas de los contratos civiles, tales como las partes, el objeto, las contraprestaciones pactadas, la vigencia y los mecanismos de solución de controversias.

En este mismo orden de ideas, la norma señala que dicho acuerdo deberá celebrarse ante la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional de Protección y el Instituto Nacional de Pueblos Indígenas, a efecto de darle validez.

Con relación al uso y aprovechamiento, se expresa que éste deberá tener una vigencia de cinco años, que podrán prorrogarse previa autorización. En este mismo sentido, se prevé que dichos permisos sean declarados nulos ante la concurrencia de dos supuestos: el primero implica pretender autorizar a título individual sin contar con el aval colectivo, y el segundo atiende a la imposibilidad de transmitir de forma definitiva los derechos.

3. *Establecimiento de sanciones por apropiación del patrimonio cultural*

El artículo 3o. de dicha Ley señala dos hipótesis, que se tipifican como apropiación indebida: en primer lugar, cuando una persona física o moral, ya sea nacional o extranjera, se apropie para sí o para un tercero de uno o más elementos del patrimonio cultural sin contar con la autorización de la comunidad, o bien cuando existiendo la autorización se realicen actos como propietario en detrimento de la dignidad e integridad de la comunidad, mismos que pueden encuadrar en la reproducción, copia o imitación.

De igual manera, el ordenamiento equipara al aprovechamiento indebido a la comisión de un delito, señalando inclusive los elementos del tipo penal, tales como la reproducción con fines de lucro, distribución o comercialización y difusión de los elementos del patrimonio cultural declarados inaccesibles al aprovechamiento, ilícito cuya pena se enmarca en la Ley con una temporalidad de dos a ocho años de prisión y una multa de 500 a 15,000 UMAS.

Asimismo, la Ley establece un título acerca de los mecanismos alternos de solución de controversias, que prevé la conciliación en caso de existir diferencias entre dos o más comunidades que gocen de la propiedad de un mismo elemento. No obstante, el énfasis particular que aborda la norma es la presentación de una queja³⁶ ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor (Indautor) para obtener la restitución, el pago, la compensación, la reposición o, en su caso, la reparación de daños.

Por último, se estipulan algunas consideraciones adicionales, tales como el respeto a las formas de gobierno interno, el acom-

³⁶ En términos generales, el proceso previsto es bastante similar a un proceso ordinario civil, ya que se dicta por medio de autos la admisión de pruebas; la ejecución de medidas precautorias; la realización de una audiencia de ley, con el requisito previo de agotar la etapa de conciliación —de no llegar a un acuerdo, se continúa con el proceso—; el desahogo de pruebas; los alegatos, y el cierre de audiencia para dictar una resolución.

pañamiento de intérpretes en los procesos, la definición de elementos que no serán objeto de aprovechamiento por terceros, así como las facilidades estatales por circunstancias económicas para la elaboración de peritajes científicos requeridos para la materia probatoria en estos conflictos.

V. ANÁLISIS DE LOS ALCANCES JURÍDICOS DE LA LEGISLACIÓN EN LA MATERIA

Es indispensable mencionar el gran sentido de responsabilidad que de manera implícita adopta cualquier norma que pretenda reglamentar temas de incidencia colectiva indígena, pues ha quedado demostrado que las prerrogativas y libertades de los pueblos y comunidades indígenas, equiparables y afroamericanas se encuentran ubicadas en el nivel más alto del sistema de derechos constitucionales, así como son parte del sistema internacional de los derechos humanos.³⁷

De conformidad con el contexto que se ha abordado en el transcurso de las páginas de este trabajo, se han evidenciado un cúmulo de casos ilustrativos, iniciativas y reformas legislativas nacionales, así como dimensiones y contextos temporales de la gestación de ordenamientos internacionales que han tratado de revertir los daños generados por factores globales, económicos y neoliberales, característicos de estas últimas décadas.

Quienes suscribimos esta investigación consideramos que esta Ley no es la excepción, ya que a pesar de identificarse ciertas áreas de oportunidad, reconocemos el valor moral y jurídico que tiene esta norma en razón de velar por la tutela de los derechos inmersos del patrimonio colectivo que nace de la diversidad cultural mexicana.

En atención al contenido, referimos que la Ley toca dos temas que hasta la fecha no se han consumado y que a continua-

³⁷ Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 178.

ción abordamos. Uno atiende a la Ley General de Consulta de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, disposición sobre la cual no se tienen avances por parte del Senado, lo que se traduce en uno de los grandes temas pendientes a nivel nacional en materia de consulta indígena. El segundo corresponde a que tampoco se ha publicado el reglamento de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, así como los estatutos del Sistema de Protección, órgano competente para la celebración de los convenios de aprovechamiento.

Con respecto a la celebración de contratos con terceros para la definición del uso, aprovechamiento o comercialización de los elementos del patrimonio cultural, destacamos que, si bien se requiere formalizar en procesos por escrito el tema de la retribución justa y equitativa de los beneficios generados por esa autorización, también es obligado recordar que las normas deben atender por proyectar su contenido a la realidad del público a quien se dirige. Ello significa que las comunidades indígenas y afromexicanas no están exentas de abusos “justificados” por dichos acuerdos, debido a múltiples factores, que influyen de manera directa con esta relación contractual, tales como la diferencia de idioma, el factor económico, la falta de acompañamiento jurídico y no asistencial, así como posibles represiones o amenazas por parte de empresas con alto poder adquisitivo.

Si bien la libertad contractual implica que las partes se sujeten a los términos y condiciones pactados, que serán vinculantes, también el derecho civil prevé principios en el sistema de contrarios, como la equidad y la buena fe en su celebración.³⁸ En el mismo sentido, consideramos que esta Ley no profundiza acerca de la nulidad de los acuerdos en casos de explotación injustificada de un contratante por razones de inexperiencia o

³⁸ Castrillón y Luna, Víctor, “La libertad contractual”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, núm. 250, julio-diciembre de 2008, pp. 155-181.

ignorancia de cuestiones legales, ya que sólo hace referencia a la nulidad en casos de titularidad individual y ante la transmisión definitiva.

En otro orden de ideas, se identifica que la Ley no distingue entre los elementos materiales, inmateriales y bioculturales del patrimonio, lo que permite intuir que no está enfocada a la protección de los conocimientos simbólicos que tienen estas comunidades con sus ecosistemas basados en la relación hombre-naturaleza, es decir, el patrimonio biocultural.

Este último, cuyo concepto se abordó en el tercer subtema del presente trabajo, es resultado del arraigo del conocimiento de la biodiversidad de los pueblos basados en la unión de lo natural con lo cultural, siendo imposible observarse de manera aislada con el resto de los componentes del patrimonio cultural, ya que se trata de un eslabón entre lo material y lo espiritual.

Lo anterior es importante, debido a que en la actualidad el comercio internacional ha aumentado dramáticamente los casos de biopiratería de los recursos biogenéticos tradicionales de los bosques y las selvas que forman parte de la cultura indígena.³⁹ Recordemos que las comunidades son víctimas de despojo de sus recursos naturales y plantas medicinales, como sucede con la modificación de las semillas nativas reconocidas como reservas genéticas, que son la base de la autonomía alimentaria de estos pueblos y que, por diversas disposiciones del T-MEC,⁴⁰ suelen ser aprovechadas dentro de un mercado transnacional de semillas.

Por lo anterior, sugerimos que la parte biocultural se incluya de manera textual en el contexto de la norma analizada, ya que si bien se cuenta con una legislación estatal que prevé la tutela

³⁹ Boege, Eckart, *Acercas del concepto de diversidad y patrimonio biocultural de los pueblos originarios y comunidad equiparable*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2021, p. 81.

⁴⁰ Cortez Bacilio, Marcos, “Resistencia contra el despojo de las semillas en México”, *Desinformémonos*, 12 de octubre de 2022, disponible en: <https://desinformemos.org/resistencia-contra-el-despojo-de-las-semillas-en-mexico/>.

del aspecto natural del patrimonio,⁴¹ es necesaria la inclusión del tema en la Ley Federal para evitar posibles interpretaciones restrictivas y lagunas jurídicas.

En referencia a la creación del Registro Nacional, externamos nuestra postura de que la idea no es nueva, ya que actualmente existe el Inventario del Patrimonio Cultural Inmaterial del Sistema de Información Cultural de la Secretaría de Cultura, que cuenta con 319 recursos registrados, entre los que destacan tradiciones, usos, rituales y saberes culinarios.⁴² Sin embargo, debemos resaltar que en ninguno de los registros se aborda de manera clara el proceso de inscripción ni se cuenta con evidencia acerca de la participación de las comunidades en su elaboración.⁴³

Es por ello que consideramos que, para hacer garante el derecho a la cultura de estas comunidades, resulta innecesario contar con un catálogo de elementos reconocidos, ya que este derecho no implica un trámite administrativo previo para ostentarse como titular de los derechos de propiedad sobre sus tradiciones, recursos naturales ni cualquier tipo de expresión cultural.

Respecto de las medidas de solución alternas ante la apropiación de elementos del patrimonio cultural, sostenemos, acorde a la evidencia casuística, que la mayoría de los casos de apropiación cultural han sido “resueltos de palabra” o, en el mejor de los casos, en una “conciliación simulada”, sin que sean consideradas las diferencias de los sujetos involucrados para hablar de una eficacia en la aplicación del método, así como de una solución equitativa.

⁴¹ Un ejemplo de lo anterior está plasmado en la Ley de Patrimonio Cultural, Natural y Biocultural de la Ciudad de México, publicada en la *Gaceta Oficial* el 29 de octubre de 2020.

⁴² El Inventario del Patrimonio Cultural Inmaterial se encuentra disponible en: <https://sic.cultura.gob.mx/index.php?table=fpintangible>.

⁴³ CNDH, *Recomendación General*, núm. 35, “Sobre la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de la República mexicana”, 28 de enero de 2019, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-general-352019>.

Ante esta situación, la Ley establece a la queja como disyuntiva, aun cuando se trata de un proceso de naturaleza administrativa con alcances traducidos en la reparación del daño a través de sanciones pecuniarias. Dicho en otras palabras, la finalidad de la queja se resume en multas para los terceros que se apropien de elementos culturales. En consecuencia, si consideramos la capacidad financiera de una empresa extranjera que se apropia de elementos del patrimonio de determinada población indígena, limitar la sanción al pago por ese ilícito no satisface realmente las pretensiones del colectivo indígena, y mucho menos revierte el grado de afectación generado por esa apropiación no consentida.

En un tercer intento, la Ley tipifica a la apropiación indebida como delito, sin que ello implique su reconocimiento en la materia adjetiva penal, por lo que esta conducta no se encuentra estipulada en los códigos penales. Lo anterior no sólo se traduce en una imposibilidad de aplicación, sino además en un problema de literalidad, ya que la norma establece el delito de “apropiación indebida”, conducta que *a contrario sensu* puede dar pauta a pensar que hay una apropiación legítima, por lo que la redacción de la Ley no parece ser la correcta.

En consecuencia, consideramos que la Ley carece de un medio eficaz para lograr la reparación integral. Mucho menos responde a contemplar medidas preventivas que busquen evitar las afectaciones a los derechos colectivos culturales de las comunidades indígenas y afromexicanas. En atención a esta omisión, valdría la pena reflexionar en la viabilidad de instaurar un juicio especial para la apropiación cultural que realmente responda a las necesidades de estos colectivos y sea culturalmente adecuado. Al respecto, opinamos que puede tomarse como modelo el ejercicio jurídico por el que se implementaron salas de justicia indígena en Oaxaca,⁴⁴ o bien los ejemplos del derecho internacional, como el

⁴⁴ En Oaxaca, el Tribunal Superior de Justicia, en conjunto con el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI), firmaron en julio de 2020 un conve-

caso de los fideicomisos en Costa Rica o los pagos monetarios y no monetarios de Brasil como medidas preventivas.⁴⁵

VI. CONCLUSIONES

La composición pluricultural de la nación, resultado de los procesos colonizadores y la resistencia de la conservación de las instituciones sociales, es un concepto cuyo alcance se hace extensivo a los pueblos y comunidades indígenas, equiparables y afromexicanas.

Esta diversidad cultural, manifiesta en el cúmulo de tradiciones, ritos, arte y dinámicas de conservación de los recursos naturales que se transmiten de generación en generación, comenzó a ser reconocida a través de diversos instrumentos convencionales en las últimas décadas con el objetivo de evitar la proliferación de casos sobre apropiación cultural de estas comunidades.

En razón de ello, este trabajo sistematizó los momentos legislativos más importantes en el tema, que constituyen las denominadas dimensiones acerca de los derechos culturales, tanto en sede internacional como nacional, en función de contextualizar cuáles son los elementos que componen el patrimonio cultural y en qué medida éstos se encuentran tutelados por la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, publicada en enero de 2022.

Como fue asentado en párrafos anteriores, lograr abarcar todas las aristas relativas a la defensa de derechos colectivos indí-

nio de coordinación para el fortalecimiento de los sistemas normativos indígenas y la jurisdicción en dichas comunidades. Véase INPI, “Firma de convenio de coordinación para el fortalecimiento de los sistemas normativos indígenas”, disponible en: <https://www.gob.mx/inpi/es/articulos/sala-de-justicia-indigena-un-paso-historico-en-mexico-adelfo-regino>.

⁴⁵ Los pagos no monetarios consisten en programas de protección de conocimientos, capacitación de recursos humanos y licenciamiento de productos de propiedad intelectual. Véase Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, *Análisis de derecho comparado de la protección de las expresiones y conocimientos tradicionales*, Colombia, 2017, p. 33.

genas en una ley no es una tarea sencilla. Habida cuenta de la complejidad de la labor, quienes suscribimos este estudio consideramos necesario repensar acerca de la eficacia de las medidas administrativas y penales (sin estar tipificadas como tal en la materia adjetiva correspondiente) establecidas en el ordenamiento objeto de análisis en contrapartida de las posibles medidas jurisdiccionales más *ad hoc* para el amparo de las manifestaciones culturales, principalmente debido a que los procesos de autorización para el aprovechamiento de tales derechos se desenvuelven en planos de notoria desigualdad entre los sujetos involucrados.

En el mismo sentido, manifestamos la necesidad de ponderar por soluciones con mayor impacto para los trasgresores de estos derechos, partiendo de la premisa de que, con mayor frecuencia, se trata de empresas con alto poder adquisitivo. De igual manera, apostamos por el establecimiento de medidas jurídicas, y no de naturaleza asistencial, que velen por alcanzar una reparación integral a quienes resulten víctimas de dichos actos ilícitos.

Por último, no queremos dejar de externar el reconocimiento al esfuerzo de reglamentar la protección del patrimonio cultural, así como reconocer los límites a los que se enfrenta materialmente la disposición normativa, ya que no podría dar respuesta a ciertas situaciones implícitas en el ejercicio de autodeterminación de los pueblos, tales como la fijación de montos o costos de sus productos finales, el cálculo de los porcentajes de ganancias posteriores a la venta, así como aquellos conflictos que se decidan resolver al margen de la ley en apego a los sistemas internos de organización de los pueblos y comunidades indígenas.

VII. FUENTES DE CONSULTA

Libros

BOEGE, Eckart, *Acerca del concepto de diversidad y patrimonio biocultural de los pueblos originarios y comunidad equiparable*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2021.

CENTRO MEXICANO DE DERECHO AMBIENTAL, *Derechos humanos y patrimonio biocultural*, México, 2017.

CENTRO REGIONAL PARA EL FOMENTO DEL LIBRO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Análisis de derecho comparado de la protección de las expresiones y conocimientos tradicionales*, Colombia, 2017.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

Revistas

ARAGÓN ANDRADE, Orlando, “El trabajo de coteorización en la antropología jurídica militante. Experiencias desde las luchas por el autogobierno indígena en México”, *Inflexiones. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2020.

ARGUETA VILLAMAR, Arturo, “Patrimonio biocultural y regiones de esperanza”, *Diálogos Ambientales*, año 1, núm. 1, julio-diciembre de 2020.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor, “La libertad contractual”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, núm. 250, julio-diciembre de 2008.

IBARRA ROJAS, Lucero, “Autores indígenas en México”, *Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, España, vol. 4, núm. 2, 2010.

IBARRA ROJAS, Lucero, “De musas, impostoras y tejedoras: la propiedad intelectual desde una perspectiva feminista”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Chile, vol. XXXIV, núm. 2, diciembre de 2021.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Mercedes *et al.*, “De arriba hacia abajo: reflexiones sobre la regulación de las relaciones entre artesanos y diseñadores en México”, *Kepes*, Colombia, año 19, núm. 26, julio-diciembre de 2022.

ORTIZ ESPEJEL, Benjamín y VIEIRA DE CARVALHO, Aline, “Patrimonio biocultural: un saludo de México”, *Habitus Goiânia*, vol. 19, núm. 1, 2021.

Fuentes de Internet y notas periodísticas

AGUILAR GIL, Yásnaya Elena, “El Estado mexicano como apropiador cultural”, *Ágora*, México, julio de 2018, disponible en: <https://www.revistadelauniversidad.mx/articles/0bb50a13-2ad8-40e3-99725f35dd35184f/el-estado-mexicano-como-apropiador-cultural>.

CNDH, *Recomendación General*, núm. 35, “Sobre la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de la República mexicana”, 28 de enero de 2019, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-general-352019>.

CORTEZ BACILIO, Marcos, “Resistencia contra el despojo de las semillas en México”, *Desinformémonos*, 12 de octubre de 2022, disponible en: <https://desinformemonos.org/resistencia-contr-el-despojo-de-las-semillas-en-mexico/>.

HOLGADO LÁZARO, Sandra, “Apropiación cultural. Los 10 casos más relevantes”, *EOB. Fashion, Luxury & Retail*, marzo de 2021, disponible en: <https://enriqueortegaburgos.com/apropiacion-cultural-lo-s-10-casos-mas-relevantes/>.

INEGI, *Comunicado de prensa*, núm. 430/2022, 8 de agosto de 2022, disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_PueblosInd22.pdf.

INEGI, “Población afromexicana o afrodescendiente”, *Cuéntame de México*, 2020, disponible en: <https://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/afromexicanos.aspx?tema=P>.

INPI, “Firma de convenio de coordinación para el fortalecimiento de los sistemas normativos indígenas”, disponible en: <https://www.gob.mx/inpi/es/articulos/sala-de-justicia-indigena-un-paso-historico-en-mexico-adelfo-regino>.

“«Ivette, recortar no es diseñar»: artesanas oaxaqueñas denuncian plagio de la marca creada por esposa del gobernador”, *El Sol de México*, 22 de agosto de 2022, disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/circulos/moda/artesanas-de-oaxaca-denuncian-plagio-de-la-marca-creada-por-esposa-del-gobernador-ivette-moran-8769979.html>.

LUQUE, Diana, “¿Qué es el patrimonio biocultural?”, *Red Temática Conacyt*, disponible en: <https://patrimoniobiocultural.com/patrimonio-biocultural/>.

Más de México, “Los jamás conquistados. Los mixes: el pueblo indígena que jamás fue conquistado”, abril de 2016, disponible en: <https://masdemx.com/2016/04/los-mixes-pueblo-indigena-jamas-fue-conquistado/>.

MATÍAS, Pedro, “Reprenden a Murat y su esposa por usar patrimonio cultural de Oaxaca en el Mercedes-Benz Fashion Week”, *Proceso*, 17 de agosto de 2022, disponible en: <https://www.proceso.com.mx/nacional/2022/8/17/reprenden-murat-su-esposa-por-usar-patrimonio-cultural-de-oaxaca-en-el-mercedes-benz-fashion-week-291725.html>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO), “Patrimonio cultural material e inmaterial” (artículo 1o., CPPMCN, 1972; artículo 2o., párrafos 1 y 2, CSPCI, 2003), disponible en: <https://ich.unesco.org/es/convenci%C3%B3n>.

PROCURADURÍA AMBIENTAL Y DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO, “La riqueza de los pueblos indígenas”, disponible en: https://paot.org.mx/centro/inesemarnat/informe02/estadisticas_2000/compendio_2000/01dim_social/01_07_Grupos_indigenas/data_indigenas/RecuadroI.7.1.htm.

VÁSQUEZ, Sócrates y COJTÍ, Avexnim, “Apropiación cultural, otra forma de extractivismo en las comunidades indígenas”, *Cultural Survival*, diciembre de 2020, disponible en: <https://www.culturalsurvival.org/news/apropiacion-cultural-otra-forma-de-extractivismo-en-las-comunidades-indigenas>.

RELACIÓN INTERDEPENDIENTE ENTRE DIVERSAS CATEGORÍAS ESENCIALES DEL DERECHO CULTURAL. DERECHO DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL, DERECHO AUTORAL Y DERECHO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

Erika FLORES DÉLEON*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco teórico y conceptual*.
III. *Ámbito de regulación internacional, constitucional y legal
del derecho del patrimonio cultural inmaterial, del derecho de
autor y del derecho de los pueblos originarios*. IV. *Conclusiones
y recomendaciones*. V. *Fuentes*.

I. INTRODUCCIÓN

Con base en el marco teórico y conceptual suscrito desde la jurídica dogmática para adentrarnos al objeto de estudio relacionado con el derecho cultural, a saber: el quehacer cultural, y dada la relación existente entre el derecho del patrimonio cultural inmaterial, el derecho de autor y el derecho de los pueblos originarios, todas ellas categorías esenciales del derecho cultural, a las que nos adentraremos en su análisis normativo tanto en el ámbito internacional como constitucional y legal, en el presente trabajo esta-

* Doctora en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesora en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y en la Universidad La Salle Cuernavaca. Correo: erikafloresdeleon@gmail.com.

blecemos el marco jurídico internacional, así como constitucional y legal vigente en México, en aras de observar la complejidad jurídica ante la que se enfrentan los legisladores para garantizar de manera efectiva los derechos que asisten a los pueblos originarios en su conjunto, así como la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones.

Asimismo, tomando como punto de inflexión el nuevo paradigma constitucional de los derechos culturales en México posterior a 2011 y el marco teórico del constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, compilaremos los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes para el Estado mexicano, realizaremos un análisis del marco jurídico constitucional desde 1917 hasta 2022 y finalizaremos con la relación de normas de rango legal que regulan, ya sea de manera directa o indirecta, los derechos de los pueblos y comunidades originarias tanto en su vertiente objetiva como subjetiva.

Por último, arrojaremos las conclusiones, así como las pertinentes recomendaciones en la materia.

II. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

El primer paso que debe establecerse desde el ámbito jurídico dogmático es la construcción operativa de conceptos que coadyuven a la estandarización y sistematización del derecho cultural —nueva especialidad de la ciencia jurídica cuyo objeto de estudio es el quehacer cultural—, en aras de comenzar a forjar bases científicas sólidas para su desarrollo y expansión, por ser una disciplina emergente y soslayada por siglos.

Así las cosas, debemos entender por “derecho cultural” o “derechos culturales *lato sensu*” aquel sistema normativo compuesto por un conjunto de disposiciones contenidas en instrumentos jurídicos que regulan el quehacer cultural, entendido este último como aquella actividad humana dirigida a estimular la creatividad, el intelecto y la identidad, como condición *sine qua non* a la adquisición de herramientas que coadyuvan al libre de-

sarrollo de la personalidad, en el marco de la diversidad de la expresiones culturales.¹

Consideramos relevante la presente precisión terminológica, ya que utilizaremos indistintamente los términos “derecho cultural” y “derechos culturales” para denotar el sistema normativo —o *corpus iuris* en materia cultural— que nos ocupa. Pero deben ser diferenciados de otros términos subyacentes al derecho cultural, como lo son los “derechos culturales *stricto sensu*”, pues refiere al derecho de los pueblos originarios en relación con diversos aspectos del “derecho el patrimonio cultural inmaterial”.

A título de introducción a la materia, cabe decir que, desde el ámbito semántico y estrictamente jurídico, el “derecho de los pueblos originarios”² en estrecho vínculo con el “derecho del patrimonio cultural inmaterial” deben ser entendidos como el conjunto de disposiciones jurídicas que hacen reales y efectivos los derechos a la autonomía y libre determinación, al uso de las lenguas originarias, a los usos y costumbres³ (excepto aquellas que

¹ Flores Déleon, Erika, *Introducción al derecho cultural*, Barcelona, Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, 2018, t. I, p. 23.

² No utilizamos la voz “indígena”, por ser un término de origen colonial que encierra un contenido racista y sólo abarca a las comunidades originarias en países colonizados. Utilizamos su sinónimo “originario” que, según establece la Real Academia Española, es toda persona “que trae su origen de algún lugar”, a sabiendas de que la mayoría de los países contemporáneos fueron creados para agrupar una vastedad de identidades culturales para convivir en un mismo espacio territorial bajo el influjo de una cultura común. Es bien sabido que desde la creación de los Estados naciones en los siglos XVIII y XIX comienza a vislumbrarse un escenario de lucha de los grupos no dominantes por preservar las diferencias culturales. *Cfr. Derechos de las minorías: normas internacionales y orientaciones para su aplicación*, Nueva York-Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2010, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf.

³ En virtud de la Observación General 21, como todo derecho, el derecho cultural tiene limitaciones para su ejercicio. Es por ello que toda práctica, ya sea por costumbre o tradición, que violente los derechos humanos es totalmente contraria a derecho y, por ende, el Estado puede prohibirla instrumentando el criterio de proporcionalidad, lo que significa adoptar la medida que suponga

transgredan las disposiciones emanadas del derecho internacional de los derechos humanos) —base fundamental de la identidad, tanto individual como colectiva—, entre otros derechos consagrados en instrumentos jurídicos internacionales, tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), entre otros.⁴

En este sentido, de la Observación General 21 de 2009, que desarrolla el derecho contenido en el artículo 15 del PIDESC, de toda persona a acceder, contribuir y participar en la vida cultural, se desprende que los derechos culturales, además, comprenden el derecho que conlleva la obligación de los Estados partes de reconocer, respetar y proteger la cultura de las minorías como componente esencial de su propia identidad.

Además, debemos precisar que, teniendo como marco referencial los instrumentos mencionados en el párrafo precedente, el “derecho de los pueblos originarios”, como categoría esencial del derecho cultural, no sólo corresponde a los derechos de las comunidades originarias situadas en países colonizados, sino también a los afrodescendientes y minorías étnicas.

La característica y denominador común de todo pueblo originario es contar con instituciones propias, historia, derecho, lenguas y tradiciones ancestrales preexistentes a la creación del Estado nación, así como susceptibles de ser diferenciadas de otros de pueblos con identidades culturales propias.

la menor restricción posible del conjunto de medidas posibles existentes. *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1.a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/GC/21/Rev.1, C.19.

⁴ Flores Déleon, Erika, *Introducción...*, *cit.*, p. 22.

Por otro lado, la UNESCO define a los derechos culturales en el mismo sentido que la Observación General 21, es decir, los derechos que corresponden a toda persona a acceder, participar y contribuir en la vida cultural. Empero, al no señalar qué se debe entender por “vida cultural” y, a su vez, al definir “cultura” con un enfoque antropológico,⁵ consideramos relevante

⁵ La cultura: a) es “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias” (Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, preámbulo, quinto párrafo); b) es, “por su propia naturaleza, un fenómeno social, el resultado de la creación común de los hombres y de la acción que ejercen unos sobre otros... que no se limita al acceso a las obras de arte y a las humanidades, sino que es a la vez la adquisición de conocimientos, exigencia de un modo de vida, necesidad de comunicación” (UNESCO, Recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural, 1976, “Recomendación de Nairobi”, preámbulo, quinto párrafo, apartados a y c); c) “abarca los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo” (Declaración de Friburgo sobre los Derechos Culturales, artículo 2o. [definiciones], apartado a); d) es “la suma total de las actividades y productos materiales y espirituales de un determinado grupo social que lo distingue de otros grupos similares, y un sistema de valores y símbolos, así como un conjunto de prácticas que un grupo cultural específico reproduce a lo largo del tiempo y que otorga a los individuos los distintivos y significados necesarios para actuar y relacionarse socialmente a lo largo de la vida” (Stavenhagen, Rodolpho, “Cultural Rights: A Social Science Perspective”, en Niec, H. [coord.], *Cultural Rights and Wrongs: A Collection of Essays in Commemoration of the 50th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, París-Leicester, UNESCO Publishing-Institute of Art and Law). Cfr. nota 12 en p. 3 de la Observación General 21.

El Comité considera que la cultura, para efectos de la aplicación del párrafo 1.a) del artículo 15, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales los individuos, los grupos y las comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia,

construir un concepto que elimine toda vaguedad conceptual y permita la sistematización del derecho cultural, en general, así como de la cultura⁶ y demás categorías que conforman el sistema jurídico cultural.

El derecho cultural, al ser parte inherente del sistema universal de las Naciones Unidas, así como un sistema normativo, debe ser estudiado, regulado e instrumentado de una forma sistemática, *ergo*, a la luz de los principios sobre los que se vertebran los derechos y libertades fundamentales, a saber: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.⁷

Particularmente, hacemos énfasis en el principio de indivisibilidad, el cual refiere a la integralidad de los derechos, ya que un derecho se respeta y se garantiza de forma íntegra o, por el contrario, se viola, pues no se pueden respetar o garantizar los derechos a medias, ya que ello supondría una violación a los mismos.

Las nueve categorías esenciales o dimensiones del derecho cultural, es decir, aquellas que conforman el universo o ecosistema cultural, son las siguientes: derecho de la educación; derecho de la cultura; derecho del patrimonio cultural, material e inmaterial; derecho autorial; derecho de los medios de comunicación y nuevas tecnologías; derecho de los pueblos originarios; derecho artesanal; derecho de los símbolos nacionales e identitarios, y derecho de la diversidad cultural.⁸

y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades (III.13, p. 4).

⁶ “El derecho de la cultura, como categoría esencial del Derecho Cultural, engloba todas las proposiciones prescriptivas (disposiciones jurídicas contenidas en normas que regulan el quehacer cultural) que hacen reales y efectivos tanto el derecho como la libertad artística y científica. El derecho de la cultura corresponde a una categoría esencial del Derecho Cultural (corpus iuris cultural u ordenamiento jurídico en materia cultural)”. *Cfr.* Flores Déleon, Erika, *Introducción...*, *cit.*, p. 20.

⁷ *Ibidem*, pp. 34-51.

⁸ *Ibidem*, pp. 52-62.

Cada categoría está en intrínseca relación con el bien jurídico que tutela y cuyo núcleo esencial debe ser garantizado de forma efectiva por todo Estado que ha suscrito tratados internacionales en materia de derechos humanos. Empero, cabe aclarar que no son compartimientos estancos, por lo que existen relaciones e interacciones entre cada una de ellas.

En cuanto a los bienes jurídicos tutelados por las categorías que nos proponemos, son los siguientes:

1. *Derecho del patrimonio cultural*

Consta de dos vertientes: la tangible⁹ y la intangible. Para efectos de nuestro objeto de estudio, nos centraremos en el estudio del derecho del patrimonio cultural inmaterial, el cual corresponde al compendio normativo que regula el conocimiento universal originario resguardado en las lenguas, cosmovisiones, tradiciones, usos y costumbres (siempre que no transgredan los derechos humanos inviolables de las personas), así como su desarrollo y salvaguardia, componentes esenciales de identidad. En cuanto a su transmisión, es principalmente por medio de picto e ideogramas, simbología y la oralidad.

2. *Derecho autoral*

Éste protege los derechos morales y materiales de autores, intérpretes y ejecutantes; productores de fonogramas y videogramas; organismos de radiodifusión, y bases de datos y programas de cómputo. Regula las sociedades de gestión colectiva, así como de los derechos relativos a la propiedad intelectual comu-

⁹ Para Sánchez Cordero, el patrimonio cultural tangible (o material) tutela el conocimiento universal resguardado en bienes culturales, fósiles, documentos, archivos, monumentos y zonas arqueológicas, artísticos e históricos, tanto los existentes en zonas terrestres como en zonas marítimas, así como los museos y recintos que los contienen. Véase Sánchez Cordero, Jorge Antonio, *Patrimonio cultural. Ensayos de cultura y derecho*, México, UNAM, 2013.

nitaria contra la explotación sin su consentimiento de elementos propios de su identidad. Establece términos para que cesen los derechos patrimoniales del autor —no siendo así los morales, ya que éstos son imprescriptibles— y pasen a disfrute público, gratuito y universal.

3. *Derecho de los pueblos originarios*

Entendido como el conjunto normativo que establece la relación jurídica existente entre el Estado y las comunidades originarias en el marco de la nación multicultural, la plurinacionalidad, la interculturalidad¹⁰ y los mecanismos para la proclamación de

¹⁰ La Convención de la UNESCO sobre la Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales establece la definición de “interculturalidad”, a saber: “presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas”.

“Lo «intercultural» responde a la necesaria coexistencia en el Estado de las diversas culturas con espacios jurídicos y políticos suficientes para que todas mantengan sus peculiaridades e identidades sin que, en las tradicionalmente dominadas, continúe una situación de desventaja con relación a la blanco mestiza”. Cfr. Malo González, Claudio, *Cultura e interculturalidad*, p. 4.

“«Intercultural» es un desafío de sociedades multiculturales, donde es urgente impulsar procesos de intercambio, mediante acuerdos y consensos sociales, políticos y comunicativos, que permitan construir espacios de encuentro y diálogo, alianzas entre seres y saberes, sentidos y prácticas distintas, plantear objetivos comunes a corto, mediano y largo plazo en condiciones de equidad”. Cfr. Lozano Vallejo, Ruth, *Interculturalidad. Desafío y proceso en construcción. Manual de capacitación*, Perú, Servicios de Comunicación Intercultural, 2005, p. 31, disponible en: <http://www.servindi.org/pdf/manual2.pdf> (consultado el 20 de octubre de 2022).

Asimismo, a título de ejemplo, expondremos el término y paradigma de la “interculturalidad” como antitético al paradigma dominante en México desde tiempos de la Colonia hasta nuestros días: el “indigenismo”. Para José del Val, el paradigma del “indigenismo” contribuye a la idea de nación que está detrás de él, o sea, un Estado nación homogéneo en donde no hay cabida a la diversidad. Cfr. Val, José del (coord.), *Documentos fundamentales del indigenismo en México*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 2014, p. 78.

Uno de los grandes precursores del indigenismo en México fue Antonio Caso, creador del Instituto Nacional Indigenista en 1948, como cristalización de la culminación de una época en donde fue constante la producción de ins-

la autonomía y la libre determinación de las comunidades originarias, consideradas aquellas que detentan una lengua originaria, una historia propia, un derecho consuetudinario y unas tradiciones, usos y costumbres diferentes a la identidad artificiosa nacional, estimados por la comunidad internacional como patrimonio común de la humanidad.¹¹

El enfoque epistemológico suscrito para el análisis de las categorías enunciadas corresponde a la teoría del garantismo constitucional de Luigi Ferrajoli y la teoría de la interculturalidad crítica de Catherine Walsh.

Respecto a la primera, como es bien sabido,

...los derechos fundamentales necesitan ser garantizados para poder ser efectivos. De nada sirve tener derechos si no se asegura su protección en caso de ser vulnerados. La efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento formal, de su constitucionalización, como de la existencia de mecanismos jurídicos capaces de protegerlos.¹²

tuciones de orden “indigenista” por los poderes de la nación con el ánimo de incorporar al “indio” a la “civilización”, o lo que es lo mismo “mexicanizar al indio”, paulatinamente incluso al sistema económico del país. *Ibidem*, pp. 50-64 y 279, 280 y 291.

¹¹ Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127162s.pdf> (consultado el 20 de octubre de 2022).

¹² Queralt Jiménez, Argelia, “Garantías de los derechos y libertades”, en Díaz Crego, María *et al.* (coords.), *Esquemas de derecho constitucional*, 3a. ed., Valencia, Tirant lo Blach, 2012, t. XXII, p. 265.

Asimismo, “la palabra «garantía» proviene del vocablo anglosajón *warranty*, o *warrantie*, que significa la acción de asegurar, proteger, defender, certeza o salvaguardar... el término «garantía» se usa como sinónimo de protección jurídico-política de un derecho o un principio y se proclama su vigencia desde el punto de vista constitucional... Para garantizar el cumplimiento de los derechos contenidos en las normas jurídicas es necesario que existan elementos en la realidad social, que perfeccionen el derecho al permitir su eficacia”. *Cfr.* Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, México, UNAM, 2010, p. 26.

Bajo esta premisa, el “garantismo”¹³ tiene su origen en la teoría del garantismo penal,¹⁴ en donde Ferrajoli alude a las condiciones que debe cumplir la jurisdicción penal en el marco del debido proceso.¹⁵ No obstante, dicha teoría ha evolucionado hacia el “garantismo constitucional”, en el entendido de que todos los derechos fundamentales deben estar reconocidos en la Constitución, pero no basta con ser proclamados en el texto fundamental, sino que deben contar con mecanismos de tutela, tanto de orden primario o legal como de orden secundario o jurisdiccional. Será en el mecanismo de garantía de orden primario en el que realizaremos la presente investigación.

Con relación a la segunda, a la luz de la teoría de la interculturalidad crítica de Catherine Walch, la voz “intercultural” debe ser entendida como el tránsito de la resistencia a la insurgencia, consistente en nuevos planteamientos, articulaciones y construcciones distintas que alienten un cambio radical y descolonizador que acabe con el modelo de Estado monocultural, en el entendido de que bajo esta teoría se pretende diseñar un nuevo modelo en pro del respeto a la ancestralidad y en beneficio de las generaciones tanto presentes como futuras.¹⁶ En efecto, con dicha teoría queda

¹³ Sobre la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli, consúltese Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

¹⁴ La transformación del derecho procesal penal en México ya es una realidad tras la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2008.

Para ahondar en el garantismo penal, véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1998, y Ferrajoli, Luigi, *Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vols. I-III.

Para comprender la aplicación del garantismo penal en México y los retos a los que se enfrenta la justicia penal, véase Zamora Grant, José, *La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio*, México, UNAM-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014, pp. 38-59.

¹⁵ Para comprender el debido proceso como derecho humano, véase García Ramírez, Sergio, *El debido proceso, criterios de la jurisprudencia interamericana*, 2a. ed., México, Porrúa, 2014.

¹⁶ Walsh, Catherine, “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, *Tabula Rasa*, Bogotá,

ampliamente justificada la refundación del Estado nación mexicano hacia el tránsito de una organización tanto política como territorial bajo los nuevos modelos de Estado plurinacional.

Por último, se debe mencionar la imperiosa necesidad de garantizar la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones, incluido el propio derecho que, analizado desde la interculturalidad, es objeto de crítica por ser, en esencia, monocultural. Un Estado que reconoce en el texto constitucional la pluriculturalidad, así como la diversidad y los derechos humanos como fuente de legitimidad del poder, se autoimpone la tarea de reconstrucción estructural desde la interculturalidad, donde sean efectivos los derechos proclamados en el texto constitucional con miras a derribar las estructuras del poder hegemónico monocultural vigente y proclamar un Estado plurinacional (constitucionalismo intercultural) en aras de conquistar el pluralismo ideológico, jurídico, económico, político y social.

III. ÁMBITO DE REGULACIÓN INTERNACIONAL, CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL, DEL DERECHO DE AUTOR Y DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

El marco jurídico del patrimonio cultural inmaterial relativo al ámbito internacional y constitucional es el siguiente: 1) en el ámbito internacional, la Convención de la UNESCO sobre la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Intangible,¹⁷ adoptada en París el 17 de octubre de 2003; el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas

núm. 9, julio-diciembre de 2008, pp. 131-152, disponible en: <http://www.revistabularasa.org/numero-9/08walsh.pdf> (consultado el 20 de octubre de 2022).

¹⁷ Aprobación Senado: 13 de octubre de 2005. Publicación: *DOF*. Aprobación: 29 de noviembre de 2005. Vinculación de México: 14 de diciembre de 2005 (adhesión). Entrada en vigor internacional: 20 de abril de 2006. Entrada en vigor para México: 20 de abril de 2006. Publicación: *DOF*. Promulgación: 28 de marzo de 2006.

y Tribales en Países Independientes de la OIT, adoptado en Ginebra en 1989,¹⁸ y la Convención UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005, publicada en el *DOF* el 26 de febrero de 2007;¹⁹ 2) en el ámbito constitucional, los artículos 2o. y 4o. constitucionales en relación con el inciso Ñ de la fracción XXIX del artículo 73 constitucional.

Cabe aseverar que la carta magna, desde su promulgación en 1917 hasta 1992, obvió la existencia, el reconocimiento y el valor del patrimonio cultural inmaterial.

No fue hasta el 28 de enero de 1992 cuando se publicó en el *DOF* el Decreto por el que se reforma el artículo 4o. constitucional, donde se adicionó un primer párrafo para reconocer de manera implícita los derechos culturales de los pueblos originarios —que serán reconocidos explícitamente hasta la reforma de 2001— para consagrar que México es una nación multicultural, y que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social.²⁰

¹⁸ Aprobación Senado: 11 de julio de 1990. Publicación: *DOF*. Aprobación: 3 de agosto de 1990. Vinculación de México: 5 de septiembre de 1990 (ratificación). Entrada en vigor internacional: 5 de septiembre de 1991. Entrada en vigor para México: 5 de septiembre de 1991. Publicación: *DOF*. Promulgación: 24 de enero de 1991.

¹⁹ Clase de instrumento: tratado internacional. Fecha de firma: 20 de octubre de 2005. Fecha de entrada en vigor internacional: 18 de marzo de 2007. Vinculación de México: 5 de julio de 2006 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 18 de marzo de 2007. *DOF*: 26 de febrero de 2007.

²⁰ El Decreto introdujo un párrafo primero al artículo 4o. constitucional, al tenor: “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción de Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la Ley”. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_121_28ene92_ima.pdf (consultado el 20 de octubre de 2022).

El 14 de agosto de 2001 se publicó en el *DOF* una reforma constitucional que determina un avance significativo en el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos originarios —aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al inicio de la colonización—, y que además conservan sus propias instituciones “jurídicas”,²¹ económicas, sociales, políticas y culturales, o parte de ellas.²² El párrafo primero²³ nos recuerda que el reconocer la diversidad cultural no implica la fragmentación del Estado, sino más bien reconoce la unidad en la diversidad.²⁴

Con esta reforma se comienza a emprender un camino hacia la autonomía y la libre determinación de los pueblos originarios para la salvaguarda y difusión del patrimonio cultural inmaterial,²⁵ y así preservar y enriquecer las²⁶ lenguas, los conocimientos y todos los elementos que constituyan²⁷ cultura e iden-

²¹ Cabe resaltar que en la redacción del artículo 2o. también deben incluirse las instituciones jurídicas. Nuestro derecho hegemónico monocultural vigente no reconoce el pluralismo jurídico, y las prácticas jurídicas diferentes a la eurocéntrica son consideradas como usos y costumbres (véase párrafo cuarto del artículo en comento), o como normas, procedimientos y prácticas tradicionales (véase fracción A.III y A.VII, segundo párrafo).

²² El artículo 2o., segundo párrafo, reza lo siguiente: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. En la última reforma de 2019 se adiciona el inciso C para reconocer a los pueblos y comunidades afroamericanas.

²³ La Nación mexicana es única e indivisible.

²⁴ Del mismo modo, en el artículo 2o., párrafos cuarto y quinto, fracción A, *in fine*, se enfatiza de manera reiterante que jurídicamente los pueblos originarios quedan vinculados a la Constitución general de la República.

²⁵ Para elaborar políticas públicas y modificar legislación que afecte a dichas comunidades, se requiere inexorablemente del trabajo conjunto entre los sujetos colectivos afectados por las mismas y las autoridades.

²⁶ Observe cómo la utilización del pronombre posesivo en tercera persona del plural “sus” los denota algo ajeno o externo a la propia nación.

²⁷ *Idem*.

tividad²⁸ —artículo 2o., fracción A.IV—; conservar y mejorar el hábitat, así como preservar la integridad de las²⁹ tierras³⁰ —artículo 2o., fracción A.V—; salvaguardar los usos y costumbres, las formas de convivencia y las instituciones económicas, sociales, políticas y culturales, así como el asentamiento físico y las condiciones etnolingüísticas —artículo 2o., párrafos segundo, cuarto y quinto, y fracción A.I—; respetar sus procedimientos y prácticas tradicionales —artículo 2o. A.III—; reconocer su medicina tradicional y nutrición —artículo 2o. B.III—.

Cabe recordar en este epígrafe las reformas constitucionales llevadas a cabo en abril de 2009 —adición al artículo 4o. y nueva fracción XXIX-Ñ al artículo 73—,³¹ en donde, por un lado, se reconoce el ejercicio de los derechos culturales como sistema normativo y el pleno respeto a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones, así como a la libertad creativa, y, por el otro, se conmina al legislador para que elabore una ley que establezca las bases de coordinación entre los tres niveles de gobierno en la materia.

Por lo que respecta al patrimonio cultural inmaterial, la reforma de 2009 hace énfasis en dos cuestiones ya vigentes desde 2001: por un lado, el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos originarios, en donde a través de su ejercicio se pretende la conservación, preservación, acrecentamiento y valoración de las lenguas, tradiciones y demás elementos que conforman el patrimonio cultural inmaterial de la nación pluricultural mexicana; por otro lado, el pleno respeto a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones, lo cual supuso una de las mayores transformaciones en la manera de concebir al Estado nacional en cuanto a lo cultural, ya que a partir de ahora finaliza la

²⁸ Debiendo entender identidad pluricultural de la nación, ya no es posible hablar más de identidad nacional.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Esto es en el entendido de que sin territorio no hay población.

³¹ También debemos mencionar la adición al artículo 73, fracción XXV, en cuanto a derechos de autor y conexos, que comentaremos en el epígrafe correspondiente.

dominación de un modelo cultural hegemónico dominante, y así permitir que emerjan otros modelos culturales convergentes,³² sin olvidar que la libertad creativa es el motor que genera la creación y las expresiones culturales, procesos vitales en la existencia humana tanto en lo individual como en lo colectivo.

En cuanto al derecho autoral, la compilación de instrumentos ratificados por México en esta materia es la siguiente: el Acta de París del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas;³³ la Convención sobre Propiedad Literaria y Artística;³⁴ la Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas,³⁵ que re-

³² Sánchez Cordero, Jorge A., *op. cit.*, nota 176 en p. 64; Stavenhagen, Rodolfo, “Derechos culturales, el punto de vista de las ciencias sociales”, en Niec, Halina (dir.), *¿A favor o en contra de los derechos culturales? Los derechos culturales en perspectiva*, UNESCO, 2001, p. 29.

³³ El Acta de París del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas se adoptó el 9 de septiembre de 1886 y completó en París el 4 de mayo de 1896; se revisó en Berlín el 13 de noviembre de 1908; se completó en Berna el 20 de marzo de 1914; se revisó en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en París el 24 de julio de 1971, y se enmendó el 28 de septiembre de 1979. Además, este tratado incluye un anexo, en donde figuran disposiciones especiales concernientes a los países en desarrollo.

Este Convenio reforma el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967. Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 24 de julio de 1971. Fecha de entrada en vigor internacional: 10 de octubre de 1974. Vinculación de México: 11 de septiembre de 1974 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 17 de diciembre de 1974. *DOF*: 24 de enero de 1975.

³⁴ La Convención sobre Propiedad Literaria y Artística fue adoptada en Buenos Aires el 11 de agosto de 1910 y revisada en La Habana el 18 de febrero de 1928.

Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 11 de agosto de 1910. Fecha de entrada en vigor internacional: conforme a su ratificación. Vinculación de México: 23 de enero de 1964 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 23 de abril de 1964. *DOF*: 23 de abril de 1964.

³⁵ La Convención fue auspiciada por la Organización de los Estados Americanos. Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 22 de junio de 1946. Fecha de entrada en vigor internacional: 14 de abril de 1947. Vinculación

emplaza a la Convención sobre Propiedad Literaria y Artística suscrita en Buenos Aires en 1910 y su revisión; el artículo 15.1.c) del PIDESC³⁶ y el artículo 14.1.c) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁷ (Protocolo de San Salvador), que también consagran el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora la persona.

Asimismo, tenemos a la Convención Universal sobre Derecho de Autor,³⁸ que fue adoptada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952 y, a su vez, revisada en París el 24 de julio de 1971; la Convención Internacional sobre la Protección a los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión,³⁹ la cual se adoptó en Roma el 26 de octubre de 1961; también el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no

de México: 26 de mayo de 1947 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 26 de mayo de 1947. *DOF*: 24 de octubre de 1947.

³⁶ Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 16 de diciembre de 1966. Lugar: Nueva York. Fecha de entrada en vigor internacional: 3 de enero de 1976. Vinculación de México: 23 de marzo de 1981 (adhesión). Fecha de entrada en vigor para México: 23 de junio de 1981. *DOF*: 12 de mayo de 1981.

³⁷ Aprobación: 17 de noviembre de 1988. Lugar: San Salvador, El Salvador. Por: el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor general: 16 de noviembre de 1999. Aprobación del Senado: 12 de diciembre de 1995. Vinculación y entrada en vigor para México: 16 de abril de 1996 (ratificación). *DOF*: 1o. de septiembre de 1998.

³⁸ Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 24 de julio de 1971. Fecha de entrada en vigor internacional: 10 de julio de 1974. Vinculación de México: 31 de julio de 1975 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 31 de octubre de 1975. *DOF*: 9 de marzo de 1976.

³⁹ Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 26 de octubre de 1961. Fecha de entrada en vigor internacional: 18 de mayo de 1964. Vinculación de México: 17 de febrero de 1964 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 18 de mayo de 1964. *DOF*: 27 de mayo de 1964.

Autorizada de sus Fonogramas,⁴⁰ y el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual,⁴¹ que fue firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

Gracias a este organismo internacional con sede en Ginebra, se ha mejorado la protección de la propiedad intelectual y se han armonizado las legislaciones nacionales en la materia. Asimismo, se ha convertido en un ente asesor técnico-jurídico en aras de alcanzar, por parte de los Estados contratantes, el conocimiento y aprehensión de la materia para la aplicación y efectividad de los instrumentos jurídicos que protegen la propiedad intelectual.

De igual forma, se encuentran el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor;⁴² el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas,⁴³ el cual fue adoptado en Ginebra en 1996, y el Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales.⁴⁴

⁴⁰ Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 29 de octubre de 1971. Fecha de entrada en vigor internacional: 18 de abril de 1973. Vinculación de México: 11 de septiembre de 1973 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 21 de diciembre de 1973. *DOF*: 8 de febrero de 1974.

⁴¹ Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 14 de julio de 1967. Vinculación de México: 14 de marzo de 1975 (ratificación). *DOF*: 8 de julio de 1975.

⁴² Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 20 de diciembre de 1996. Fecha de entrada en vigor internacional: 6 de marzo de 2002. Vinculación de México: 18 de mayo de 2000 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 6 de marzo de 2002. *DOF*: 15 de marzo de 2002.

⁴³ Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 20 de diciembre de 1996. Aprobado por el Senado: 28 de abril de 1999. Instrumento de ratificación firmado por el presidente: 3 de septiembre de 1999. Depósito del instrumento ante el director general de la UNESCO: 17 de noviembre de 1999. *DOF*: 27 de mayo de 2002.

⁴⁴ Clase de instrumento: tratado internacional. Adopción: 20 de abril de 1989. Fecha de entrada en vigor internacional: 27 de febrero de 1991. Vinculación de México: 9 de octubre de 1990 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 27 de febrero de 1991. *DOF*: 9 de agosto de 1991.

Asimismo, son de destacar los compromisos vinculantes bilaterales en materia autoral, tales como la Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Francesa para la Protección de los Derechos de Autor de la Obras Musicales de sus Nacionales; el Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Dinamarca para la Protección Mutua de las Obras de sus Autores, Compositores y Artistas; el Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania para la Protección de los Derechos de Autor de las Obras Musicales de sus Nacionales.

En cuanto al ámbito constitucional del derecho autoral, desde 1917 quedan reconocidos los privilegios de los artistas y autores —e inventores— a gozar de los derechos morales y patrimoniales de sus obras —e inventos—. Dicho reconocimiento ha permanecido en el mismo artículo 28 constitucional y ha sido preservada su redacción original, al tenor: “Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”.

Como bien sabemos, el pasado 30 de abril de 2009 fue publicado en el *DOF* el Decreto que reforma y adiciona los artículos 4o. y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para efectos de abordar el derecho autoral, haremos mención a la adición de un párrafo noveno al artículo 4o. —actualmente enmarcado en el párrafo decimosegundo—, que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

De igual modo, debemos señalar al respecto la adición a la fracción XXV del artículo 73 *in fine*, que establece: “es competencia de la Federación el legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma”.

Por lo que atañe a esta reforma constitucional, podemos aseverar que el ejercicio del derecho autoral cobra mayor tutela al consagrarse en el texto constitucional que toda persona tiene derecho al ejercicio de sus derechos culturales (artículo 4o. constitucional), además de quedar establecido en el artículo 73, fracción XXV, *in fine*, que la competencia para regular dicha materia es de la Federación, cuestión que hasta entonces no estaba reconocido en el texto constitucional, pero sí en el texto legal de 1928. Concretamente, el artículo 1280 del Código Civil Federal establecía que las disposiciones contenidas en el título octavo del libro segundo son federales y reglamentarias del artículo 4o.⁴⁵ y 28 de la Constitución general de la República.

En lo relativo al derecho internacional de los derechos de los pueblos originarios como categoría esencial del derecho cultural, señalamos a los siguientes instrumentos ratificados por México: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966;⁴⁶ el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de la OIT;⁴⁷

⁴⁵ La versión original del artículo 4o. se mantuvo hasta la primera reforma publicada el 31 de diciembre de 1974: “Artículo 4o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. La ley deerminará (*sic*) en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo, y las autoridades que han de expedirlo”.

⁴⁶ Decreto por el que se aprueba el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, publicado en el *DOF* el 9 de enero de 1981.

⁴⁷ Depositario: OIT. Aprobada en la fecha: 26 de junio de 1957. Lugar: Ginebra, Suiza. Entrada en vigor general: 2 de junio de 1959. Aprobación del

adoptado en Suiza en 1957 y, a su vez, revisado y sustituido en 1989 por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes;⁴⁸ el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe,⁴⁹ suscrito en Madrid en 1992; la Convención Internacional sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales⁵⁰ de 2005.

Por otro lado, la Carta de las Naciones Unidas,⁵¹ la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,⁵² el Convenio sobre la Eliminación de To-

Senado: 26 de diciembre de 1958. Vinculación de México: 1o. de junio de 1959 (ratificación). Entrada en vigor para México: 1o. de junio de 1960. *DOF*: 7 de julio de 1960 y 17 de febrero de 1959.

⁴⁸ Clase de instrumento: tratado internacional. Fecha de firma: 27 de junio de 1989. Fecha de entrada en vigor internacional: 5 de septiembre de 1991. Vinculación de México: 5 de septiembre de 1990 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 5 de septiembre de 1991. *DOF*: 24 de enero de 1991.

⁴⁹ Clase de instrumento: tratado internacional. Fecha de firma: 24 de julio de 1992. Fecha de entrada en vigor internacional: 4 de agosto de 1993. Vinculación de México: 12 de julio de 1993 (ratificación). Fecha de entrada en vigor para México: 4 de agosto de 1993. *DOF*: 25 de octubre de 1993.

⁵⁰ Esta Convención se adoptó en París, el 20 de octubre de 2005, en el marco de la UNESCO. Fue publicada en la segunda sección del *DOF*, el 26 de febrero de 2007. Se aprobó por dicha Cámara el 27 de abril de 2006, según decreto publicado en el *DOF* del 2 de junio del propio año. Los Estados Unidos Mexicanos formularon la siguiente reserva para aplicar e interpretar el artículo 20 de la Convención:

“a) La implementación de esta Convención se hará de manera armónica y compatible con otros tratados internacionales, especialmente con el Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y otros tratados comerciales internacionales.

b) Con relación al párrafo primero, México reconoce que esta Convención no está subordinada a otros tratados, ni otros tratados estarán subordinados a esta Convención.

c) Sobre el inciso b) del párrafo primero, México no prejuzga su posición en futuras negociaciones de tratados internacionales”.

⁵¹ Artículos 1o. y 45 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁵² Firma de México: 1o. de noviembre de 1966. Aprobación del Senado: 6 diciembre de 1973. Publicación: *DOF*. Aprobación: 27 de mayo de 1974. Fe de erratas: 18 de junio de 1974. Vinculación de México: 20 de febrero de 1975

das las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Convenio sobre los Derechos del Niño, así como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, también contienen disposiciones relativas a los derechos de los pueblos y comunidades originarias.

Cabe mencionar otros instrumentos jurídicos internacionales no vinculantes para el Estado mexicano,⁵³ como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, mismos que dan cuenta del reconocimiento tardío de los derechos de los pueblos y comunidades originarias preexistentes a la creación del Estado nación.

En cuanto al ámbito constitucional, la carta magna, desde su promulgación en 1917 hasta 1992, había obviado tanto el reconocimiento como la existencia de los pueblos originarios y sus derechos inalienables.

No fue hasta el 28 de enero de 1992 cuando se publicó en el *DOF* el Decreto por el que se reforma el artículo 4o. constitucional, donde se adicionó un primer párrafo para reconocer, de manera implícita, los derechos culturales de los pueblos originarios, así como para consagrar que México es una nación multicultural.⁵⁴

(ratificación). Entrada en vigor internacional: 4 de enero de 1969. Entrada en vigor para México: 20 de marzo de 1975. Publicación: *DOF*. Promulgación: 13 de junio de 1975. Cuenta con una enmienda al artículo 8o. adoptada durante la Decimocuarta Reunión de los Estados Parte de la Convención, celebrada en Nueva York, el 15 de enero de 1992, la cual México aceptó el 16 de septiembre de 1996, pero que no había entrado en vigor hasta diciembre de 2011.

⁵³ Empero, sí es vinculante para la Ciudad de México en virtud de la nueva norma fundamental capitalina.

⁵⁴ El Decreto introdujo un párrafo primero al artículo 4o. constitucional, al tenor: “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción de Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la Ley”.

El 14 de agosto de 2001 se culmina la reforma de 1992, donde se deroga el párrafo primero del artículo 4o. y se reconocen de manera explícita en el artículo 2o. a los derechos culturales tanto de los pueblos originarios como de toda comunidad equiparable a ellos.⁵⁵ Asimismo, esta reforma que comentaremos a continuación comienza con un primer párrafo, que enfatiza que el reconocer la diversidad cultural⁵⁶ no implica la fragmentación del Estado, sino más bien reconoce la unidad en la diversidad.⁵⁷ El párrafo quinto y el numeral A reconocen el derecho a la libre determinación y autonomía, y, por ende, al autogobierno, lo cual supone el permitir que se apliquen otros sistemas jurídicos dentro del Estado para solucionar controversias internas en la comunidad, si y sólo si se respetan los derechos fundamentales y el pacto federal.

A través de la reforma en comento, también se reconoce el derecho a elegir a sus propias autoridades; a preservar su identidad, lenguas y conocimientos ancestrales; a ser reconocidos como pueblos o comunidades; al uso y disfrute preferente de los recursos insertos en sus tierras (excepto aquellos declarados como estratégicos por la Constitución); a elegir a quienes los representen ante las autoridades municipales, entre otros derechos incluidos en el apartado A del artículo en comento.

⁵⁵ El último párrafo del artículo 2o. constitucional señalaba: “Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley”.

Cabe recordar que era obligación primordial del Estado en materia de educación pública, según rezaban las fracciones I y II del artículo 11 de la Ley Orgánica de Educación Pública de 1942, el sostener campañas nacionales y permanentes para la alfabetización y cultura elemental de la población adulta iletrada, la incorporación a la vida económica y social del país de los núcleos indígenas y campesinos de desarrollo cultural rudimentario, así como la asimilación al medio nacional de los extranjeros residentes en el país.

⁵⁶ “La Nación mexicana es única e indivisible”.

⁵⁷ Del mismo modo, en el artículo 2o., párrafos cuarto y quinto, fracción A, *in fine*, se enfatiza de manera reiterante que jurídicamente los pueblos originarios quedan vinculados a la Constitución general de la República.

Del mismo modo, en aras de garantizar la efectividad de estos derechos, el precepto constitucional objeto de análisis, en su apartado B, conmina a toda autoridad a impulsar el desarrollo basado en la educación —bilingüe e intercultural—; a fomentar la medicina tradicional en el servicio de salubridad; a favorecer las comunicaciones y telecomunicaciones, y a consultarles en la elaboración de los planes nacionales, estatales y municipales de desarrollo.

El 30 de abril de 2009 se publicó la tercera reforma en materia de derechos culturales. Se adicionó un párrafo al artículo 4o. constitucional para consagrar el reconocimiento de éstos como sistema normativo autónomo, así como el derecho al ejercicio y pleno goce de los mismos, en donde quedan incluidos, por ende, los derechos de los pueblos originarios —o derechos culturales *stricto sensu*—. Asimismo, se adiciona un puntual reconocimiento de la diversidad cultural en todas sus manifestaciones, así como de la libertad creativa. En efecto, ya no sólo se reconoce a México como una nación pluricultural, sino que al plasmar expresamente en el texto fundamental la diversidad cultural en el artículo 4o. constitucional debemos entender que el derecho cultural abarca el derecho de los pueblos originarios, así como otras categorías a las que hemos hecho mención en párrafos precedentes.⁵⁸

Otra reforma que cabe mencionar es la del artículo 2o. publicada en el *DOF* el 9 de agosto de 2019, donde se adiciona el inciso C, que reconoce a los pueblos y comunidades afromexicanas y establece la obligación del Estado de garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social.

La legislación relativa a las categorías esenciales del derecho cultural objeto de la presente investigación es la siguiente: Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas; Ley General de los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas; Ley del Insti-

⁵⁸ No haremos mención a la reforma constitucional publicada el 29 de enero de 2016, debido a que no supone una modificación sustancial a los derechos culturales, y únicamente cambia la naturaleza de la capital de México a una entidad federativa denominada “Ciudad de México”.

tuto Nacional de los Pueblos Indígenas; algunas disposiciones relativas a la materia objeto de estudio en la nueva Ley General de Educación; Ley Orgánica del INAH; Ley General de Cultura y Derechos Culturales; Ley Federal de Derechos de Autor; Ley de Premios, Estímulos y Recompensas; Código Federal de Procedimientos Civiles; Código Penal Federal; Código Federal de Procedimientos Penales; Ley Federal de Defensoría Pública; Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente; Ley General de Vida Silvestre; Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable; Ley de Desarrollo Rural Sustentable; Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados; Ley Agraria; Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; Ley del Instituto Mexicano de la Juventud; Ley de Asistencia Social; Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación; Ley General de Salud; Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; Ley de Planeación; Ley Minera; Ley de Vivienda; Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, entre otras.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como hemos apuntado, la materia cultural estudiada desde la disciplina jurídica a la luz de los principios sobre los que se vertebran los derechos humanos es relativamente reciente. La metodología empleada de categorizar y sistematizar el derecho cultural, así como de establecer los bienes jurídicos protegidos, lo es aún más.

En el presente trabajo hemos considerado relevante no sólo establecer marcos teóricos garantistas para la adecuada regulación de la materia, sino también marcos conceptuales que permitan operar ésta y, de este modo, compilar el conjunto de instrumentos jurídicos culturales, así como de disposiciones jurídicas contenidas en instrumentos jurídicos que, a pesar de que no regulan la materia cultural, sí contienen preceptos en torno a ésta, en aras de observar la vasta producción normativa que integra el ordenamiento jurídico cultural en las tres dimensiones jurídicas

culturales objeto de nuestra investigación: derecho del patrimonio cultural inmaterial, derecho de autor y derecho de los pueblos originarios.

Así las cosas, tras el ejercicio de compilación realizado, hemos podido observar que la dispersión normativa y la falta de armonización de las disposiciones vigentes en el ámbito doméstico son una tarea pendiente por completar por los legisladores.

El derecho del patrimonio cultural inmaterial carece de regulación específica, ya que ésta se encuentra en diversas normas, que dan más relevancia a la lengua, y menos a la historia o la transmisión oral de conocimiento, entre otros elementos propios identidad.

Con relación al estudio de la normatividad internacional y constitucional del derecho autoral, hemos podido observar que esta categoría esencial del derecho cultural nace y se desarrolla para proteger a artistas y ejecutantes, productores de fonogramas, entre otros, no para fines de cultura popular ni expresiones culturales tradicionales.

En cuanto al derecho de los pueblos originarios, la autonomía y la libre determinación no se han cristalizado en el marco del constitucionalismo actual, ya que la forma de organización política y territorial de México es contraria a los modelos de interculturalidad proclamados a nivel internacional, donde en el territorio de cada comunidad confluyan sus propias instituciones y se haga uso de manera cooficial de las lenguas originarias, puesto que, en efecto, ni la Constitución ni las leyes reconocen las lenguas originarias como cooficiales, por lo cual esta laguna debe ser colmada por los legisladores, así como la obligatoriedad del Estado de publicar en el *DOF* toda la normatividad vigente en el marco de la pluriculturalidad, en general, y la diversidad lingüística, en particular.

Otro aspecto a considerar por el Legislativo es la necesidad de reconocer en pleno rango de igualdad las identidades propias de cada comunidad, ya que el derecho actual inhibe el propio desarrollo de dichas identidades, fomentando en todo momento

la identidad nacional, lo cual contraviene el libre desarrollo de la personalidad.

Observamos muchos retos ante los que se enfrenta el Estado mexicano en términos de garantizar de manera adecuada los derechos culturales, entendidos como parte inherente al sistema universal de los derechos humanos. Al no contar con definiciones oficiales que hagan operativa la materia cultural, desde la academia nos hemos dado a la tarea de sistematizar esta disciplina de la ciencia jurídica a la luz de los estándares internacionales y los principios sobre los que se vertebran los derechos humanos.

Siendo la misma Constitución un objeto cultural, por ser una obra humana, un producto intelectual, cuyos orígenes distan mucho de reconocer la diversidad cultural como fuente de riqueza y baluarte a preservar, las reformas constitucionales más recientes de 2009 en materia cultural y la de 2011 en materia de derechos humanos obligan a repensar nuestro derecho positivo por caracterizarse de ser monocultural y transitar hacia un derecho intercultural.

V. FUENTES

- ÁNGULO, Geofredo, *Teoría contemporánea de los derechos humanos. Elementos para una reconstrucción sistémica*, España, E. Dykinson, 2015.
- ASUAGA, Carolina (coord.), *El derecho de la cultura como nueva especialidad jurídica. Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas y derecho*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- BECERRA, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, México, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta, 2014.
- FLORES DELEÓN, Erika, *Derecho cultural. Un estudio comparado entre México, España, Argentina y Bolivia*, Barcelona, Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, 2019, t. III.
- FLORES DELEÓN, Erika, *El nuevo paradigma constitucional de los derechos culturales*, Barcelona, Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, 2019, t. IV.
- FLORES DELEÓN, Erika, *Introducción al derecho cultural*, Barcelona, Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, 2018, t. I.
- FLORES DELEÓN, Erika, *Los derechos culturales en la Ciudad de México*, Barcelona, Instituto Internacional de Derecho Cultural y Desarrollo Sustentable, 2018, t. II.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Garantías de los derechos y libertades”, en GÓMEZ, Itziar (coord.), *Esquemas de derecho constitucional*, 3a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, t. XXII.

PROPIEDAD INTELECTUAL COLECTIVA: A PROPÓSITO DE LA MERCANTILIZACIÓN DE LOS TEJIDOS HUIPILES MEXICANOS

Lizeth Juliana GARCÍA ATRA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Propiedad intelectual. Aspectos preliminares*. III. *México y el arte textil huipil. Consideraciones generales*. IV. *Tejidos huipiles: una forma de mercantilización de la cultura*. V. *El caso concreto*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización ha contribuido de manera significativa en la divulgación de información cultural (prácticas, tradiciones, manifestaciones artísticas, etcétera) de diversos grupos étnicos, como lo son los pueblos indígenas en México.

Sin embargo, a raíz de la mercantilización de todas estas expresiones, vienen sucediendo dinámicas de apropiación cultural sobre éstas por parte de emporios económicos transnacionales que distorsionan su ancestral significado al ubicarlas como bienes producidos masivamente; esto es, disponibles para el consumo colectivo, por estar de “moda”.

Dentro del escenario planteado, vale la pena indagar acerca de cuáles son los mecanismos existentes para garantizar la protec-

* Maestra en derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y doctoranda en derecho y globalización por la misma institución. Correo: lizethjuliana_523@hotmail.com.

ción de la propiedad intelectual colectiva de los grupos indígenas mexicanos, comenzando por definir —justamente— en qué consiste esta clase de propiedad intelectual, cuáles son las principales disposiciones normativas que la regulan tanto a nivel local como internacional, y cuál es su relación con el patrimonio cultural de dichos pueblos, haciendo una aproximación a aquél desde el concepto de “artesanía” —particularmente la de carácter textil—.

Un ejemplo de lo anterior es la confección de los tejidos huipiles, que manufacturan los pueblos aborígenes arraigados, por ejemplo, en Oaxaca, Yucatán o Chiapas, resultando de vital importancia no sólo para la conservación, sino también para la difusión de sus cosmovisiones (religión, creencias, modos de organización social, etcétera) y, en general, de todos los valores, símbolos y significados que las representan; asimismo, la elaboración de estos tejidos constituye una actividad económica principal para las comunidades.

Por todo lo anterior, resulta de vital importancia efectuar una revisión sobre los instrumentos, y no sólo de carácter jurídico, sino también políticos y sociales existentes, dirigidos a la preservación de tales creaciones, indagando si resultan suficientes para hacer frente a la cosificación como meras mercancías que sufre esta clase de artesanías, o si, por el contrario, se hace imperativo abogar por la construcción de nuevos mecanismos capaces de asegurar que seguirán conservándose de manera fiel a su sentido originario.

II. PROPIEDAD INTELECTUAL. ASPECTOS PRELIMINARES

Antes de proceder con el estudio de la problemática que se advierte en el introito de este escrito, valdría la pena cuestionar qué es la propiedad intelectual. Conforme a lo expuesto por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la propiedad intelectual está relacionada con las creaciones que tienen origen en la mente, entiéndase obras artísticas y literarias, invenciones,

nombres, símbolos o imágenes que son empleados en el comercio. El grueso de la legislación de los países protege esta propiedad a través del derecho de autor y marcas o las patentes; éstas favorecen la obtención de ganancias y reconocimientos en virtud de las creaciones o invenciones, y se pretende el fomento de un escenario en el que se posibiliten la innovación y la creatividad.¹

Reviste de importancia la conceptualización —para los fines de esta disertación— de la propiedad intelectual colectiva. Se entiende que esta propiedad tiene como finalidad el transferir derechos exclusivos a pueblos originarios a los que se les reconoce su condición como tal, y a los que se les debe proteger sus creaciones intelectuales; tanto la propiedad intelectual como la colectiva tienen como factor en común al hombre como creador y a las necesidades como componente que sustenta las creaciones de éste.²

El régimen de la propiedad intelectual colectiva está conexo al conocimiento tradicional y a la necesidad de reproducción cultural y social de los colectivos indígenas; se entiende que a través de la titularidad colectiva se garantiza la supervivencia de su cosmovisión.³

Aunado a lo anterior, en la propiedad intelectual colectiva las creaciones atienden al devenir sociocultural de los pueblos indígenas. En ese contexto resulta complejo establecer el o los creadores que se hicieron partícipes en la generación de este conocimiento tradicional; mientras que en la propiedad intelectual *per se* impor-

¹ OMPI, *¿Qué es la propiedad intelectual?*, disponible en: <https://www.wipo.int/about-ip/es/> (consultado el 12 de mayo de 2022).

² Salazar, Daniel, *La propiedad intelectual colectiva en el derecho constitucional contemporáneo: una visión crítica desde la cosmovisión indígena andina*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.

³ Senado de la República, “Iniciativa con Proyecto de Decreto que expide la Ley de Salvaguardia de los Conocimientos, Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos”, disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/86118#:~:text=El%20r%C3%A9gimen%20propiedad%20intelectual%20colectiva,la%20supervivencia%20de%20su%20cosmovisi%C3%B3n (consultado el 13 de mayo de 2022).

ta el concepto comercial y económico, en la propiedad intelectual colectiva no se prioriza la intención mercantilista en su creación.⁴

Interesa relieves que en algunas normas de realidades comparadas se pretende la protección de este tipo de propiedad. Un ejemplo idóneo de lo expuesto es la Constitución Política boliviana, que se refiere a la garantía de protección de esta propiedad por conducto del sistema de registro; específicamente, en el artículo 102 de esta norma se dispone que el Estado tendrá a su cargo la protección y registro de la propiedad intelectual, colectiva e individual de descubrimientos y obras de autores, compositores, *artistas*, científicos e inventores.⁵

Pese a esta previsión normativa, el tratamiento de la propiedad intelectual colectiva es reciente; hasta hace poco se incrementó el interés por surtir análisis en torno a los derechos que, en términos de exclusividad, correspondían a colectivos como los indígenas y, concretamente, se buscó la preservación y protección de sus creaciones.⁶

Referido el caso boliviano (y su ineludible carácter pluricultural), se tiene que en Colombia la Ley 23 de 1982⁷ —relativa a los derechos de autor— enuncia que el arte indígena integra el patrimonio cultural; a la par, la Ley 397 de 1997⁸ establece que el Estado está en la obligación de garantizar los derechos de autor colectivos de grupos étnicos, con miras a la preservación de sus usos, costumbres, tradiciones, lenguas y saberes.

⁴ Salazar, Daniel, *La propiedad intelectual colectiva en el derecho constitucional contemporáneo...*, cit.

⁵ OAS, Constitución Política del Estado, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf (consultado el 13 de mayo de 2022).

⁶ Salazar, Daniel, *Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales indígenas. Bases para un proyecto de decisión andina*, Saarbrücken, Editorial Académica Española, 2011, p. 76.

⁷ Senado de la República, Ley 23 de 1982, disponible en: <http://derecho.deautor.gov.co/documents/10181/182597/23.pdf/a97b8750-8451-4529-ab87-bb82160dd226>.

⁸ Colombia, Ley 397 de 1997, disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0397_1997.html.

En ambas disposiciones normativas se advierte un trato diferencial en cuanto al ámbito cultural de los pueblos indígenas: la primera se refiere a éstos como parte integrante del patrimonio cultural, mientras que la segunda obliga al Estado a que garantice la propiedad intelectual colectiva de los mismos. Fue justamente en este trato diferencial en el que, conforme a lo expuesto por Salazar,⁹ se justifica el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural contenida en la Constitución Política de Colombia, que data de 1991; posteriormente, se expide la Ley 191 de 1995, que se refirió a la necesaria protección del conocimiento tradicional, a la biodiversidad y a la participación de las comunidades involucradas.¹⁰

No obstante, esa idea de propiedad intelectual en la práctica se ha visto más bien traducida en la protección de monopolios, contraviniendo el ideal de protección de los conocimientos y la transmisión por generaciones de la tradición oral por parte de los colectivos indígenas, por lo que, reiterando lo dicho por Salazar, esta propiedad intelectual parece pensarse bajo lógicas que no tienen correspondencia con la cosmovisión indígena.¹¹

Hecha esta consideración, es importante entender qué comprende ese espectro de protección de la propiedad intelectual colectiva indígena; esto supone, a la par, el entendimiento de la categoría conceptual “artesanía” para los fines de este escrito.

Aclarado este punto, tenemos que al hablar de artesanía se hace referencia a productos artesanales, de artesanos, obras creativas de tradición o de artesanía tradicional-artística; otros se refieren a ésta como una obra que es producida por parte de los artesanos, ya sea a mano o empleando para el efecto medios mecánicos o herramientas manuales, siendo —en todo caso— la mano del artesano fundamental para el logro del producto defini-

⁹ Salazar, Daniel, *La propiedad intelectual colectiva en el derecho constitucional contemporáneo...*, cit.

¹⁰ Senado de la República, Ley 191 de 1995, disponible en: http://www.creg.gov.co/html/Ncompila/hldocs/Documentos/Energia/docs/ley_0191_1995.htm.

¹¹ *Idem*.

tivo. También ha sido definida como el conjunto de expresiones o representaciones de la cultura del artesano, obras elaboradas con diversas materias primas que ostentan algunas características que las hacen diferentes, ya sean artísticas, estéticas, utilitarias, creativas, tradicionales, funcionales, decorativas o simbólicas.¹²

Esta artesanía tradicional precisa de determinadas capacidades, técnicas y conocimientos tradicionales y específicos, que son transmitidos generacionalmente; a su turno, los productos artesanales pueden ser constitutivos de expresiones tradicionales culturales por conducto de su diseño, estilo y apariencia, y muchos pueden plasmar conocimientos tradicionales.¹³

Tanto conocimientos tradicionales como expresiones culturales son parte de los denominados activos sociales, históricos y culturales de las comunidades, que los desarrollan y mantienen; también tienen un alcance económico en la medida en que pueden ser potencialmente utilizados y comerciados con miras a la generación de ingresos y el impulso del desarrollo económico. No obstante, estas técnicas de tradición y diseño han sido expuestas a imitaciones y apropiaciones ilegales, abaratando la venta de la mercancía tradicional y el estándar de calidad que tienen los productos genuinos.¹⁴

A este hecho se le suma el desconocimiento, por parte de muchos artesanos, de que están en posibilidades de emplear los derechos que se desprenden de la protección de la propiedad intelectual colectiva para la promoción de sus intereses y de las artesanías tradicionales con miras a hacer frente a esas adaptaciones y reproducciones indebidas o el uso inadecuado de su reputación y estilo.

Una vez considerados estos aspectos frente a las artesanías en la dimensión de la propiedad intelectual colectiva, interesa conocer cuál es la realidad de los colectivos indígenas dedicados a

¹² WIPO, *Propiedad intelectual y la artesanía tradicional*, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_5.pdf.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Idem*.

los tejidos huipiles. En todo caso, para proceder con este análisis resulta imperioso hacer una aproximación a esta forma de arte.

III. MÉXICO Y EL ARTE TEXTIL HUIPIL. CONSIDERACIONES GENERALES

Hechas las consideraciones que anteceden, es fundamental entender en qué consiste el arte textil huipil. Para todos los efectos, es oportuno señalar que la palabra “huipil” tiene origen en la palabra náhuatl *huipilli*, y se traduce, materialmente, como vestido bordado o blusa.¹⁵ Pese a que en la actualidad se sigue empleando el corte básico para la confección, esto es, con un lienzo de tela que se dobla a la mitad (y que tiene una abertura en los brazos y la cabeza), hay otras versiones más detalladas que se usan con fines ceremoniales.¹⁶

Es importante señalar que en la Antigüedad las mujeres no empleaban algo para cubrir el pecho, razón por la que el huipil se hizo común en las blusas para ocultar ciertas regiones corporales que eran consideradas “vergonzosas” por los españoles; de hecho, eran producidas con telar de cintura, algodón, y en ocasiones se utilizaba lana, mezclando fibras específicas.¹⁷ Además, el huipil tuvo una evolución ostensible gracias al empleo de telar de pedales y el brocado (se aclara que, sin perjuicio de que varios huipiles parecen elaborados a mano, en el grueso de las oportunidades se emplea el precitado brocado, dejando que sea manual sólo el bocamangas y el remate del cuello).¹⁸

Las niñas aprendieron a bordar y tejer para la confección de sus prendas y para la creación de artesanías locales, y pese a que

¹⁵ City Express, “El huipil: símbolos y representaciones indígenas”, disponible en: <https://www.cityexpress.com/blog/huipil-simbolos-representaciones-indigenas>.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ MxCity, “Huipil: el vestido adornado más tradicional y hermoso de la Antigüedad”, disponible en: <https://mxcity.mx/2022/08/huipil-el-vestido-adornado-mas-tradicional-y-hermoso-de-la-antiguedad/>.

¹⁸ *Idem*.

era común emplearlas antiguamente en todo momento, en la actualidad suelen emplearse en momentos especiales. Se aclara que los trajes en los que se emplea este tejido pueden llegar a los pies o a las rodillas, aunque actualmente no usan pelo de conejo o plumas para su adorno.¹⁹

Por lo regular, este tejido emplea seda o lana en telares de cintura; se procede a decorarlo con animales, figuras geométricas o flores, que son combinadas con sendos colores. Las estampas que se emplean para el efecto cambian dependiendo del estado. Básicamente, a través de este tejido se pretende la representación de significados y metáforas de orden social, religioso y cultural. Aunado a lo anterior, para los tejedores, los puntos cardinales son determinantes dentro de la simbología huipil; en efecto, el este es representado con el color rojo (reflejando la guerra, la vida y el sol); el oeste, con el color negro (símbolo de tierra y muerte); el norte, con el color blanco (la paz, el agua y la luz), y el sur, con el color amarillo (representando la cosecha, el trabajo y el fuego).²⁰

Ahora bien, es importante señalar que, previa a la conquista española, el arte textil mexicano tuvo un desarrollo importante. Las técnicas empleadas eran complejas, y los motivos, estilizados y hermosos; esto favoreció a la generación de una tradición. Pese a que el huipil no desapareció del todo con la llegada de los españoles, sí se propició su sustitución por decoraciones y telas propiamente europeas. No obstante, las comunidades indígenas menos impactadas por el fenómeno del mestizaje conservan aún —y por estos días— parte de estas artesanías. Adicionalmente, el aislamiento de varios colectivos ha contribuido a que algunos de los tejidos y trajes no sean ampliamente divulgados ni se aprecie su calidad artística.²¹

Considerado lo anterior, es importante hacer la diferenciación entre los distintos tipos de tejidos y las herramientas emplea-

¹⁹ *Idem.*

²⁰ City Express, *op. cit.*

²¹ INPI, “El traje tradicional indígena y el arte textil”, disponible en: <https://www.gob.mx/inpi/articulos/el-traje-tradicional-indigena-y-el-arte-textil?tab=>.

das para el efecto. El Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) refiere, en el caso de las fibras textiles, que en la época prehispánica la gente usaba el denominado *ixtle* (agave o hilo de maguey), fibras de palma silvestre (*izcotl*) y, como se enunció previamente, algodón. En la posconquista continuó utilizándose la fibra de agave por parte de los huastecos, los mayas yucatecos, algunos zapotecos, los nahuas y los otomíes; estos últimos aparentemente monopolizaron esta fibra, en la medida en que las telas de *ixtle* eran el objeto principal de sus trueques con los chichimecas.²²

Ahora bien, es importante considerar que el *ixtle* se usa principalmente para el tejido de ayates y costales; el algodón se ha empleado de diversos modos, principalmente de dos: de color blanco y de color pardo —*coyuche*—. Regularmente, en las regiones frías, algunas familias cuentan con ovejas que les permiten la obtención del material requerido para la confección de faldas y sarapes. La lana comercial o la casera se usa para fajas, cinturones, quechquémeles, bolsas y rebozos. Los colonizadores importaron el gusano de seda, que se empleó, en esencia, para los damascos, los terciopelos y los rasos.²³

Dicho esto, se tiene el *huso*, que está compuesto por dos partes, a saber: un palo que termina en punta (mide alrededor de treinta centímetros) y un pedazo de barro, hueso o madera semiesférico. La parte más compleja del trabajo es el constructo de los primeros centímetros de tejido ubicados en el extremo superior; después de ello, el hilo crece con rapidez y se devana alrededor del palo. Las tejedoras adelantan el quehacer sin dejar de mover el huso con los pies (siempre permanecen descalzas).²⁴

Por otra parte, el telar de cintura (enunciado en líneas anteriores) está compuesto de algunas piezas de madera que tienen diferente funcionalidad. Para una madeja, la mujer envuelve el material que se emplea en dos estacas que se encuentran en el suelo

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

y enrolla los extremos a los palos; “con una cuerda sujeta el palo de arriba a un horcón de la choza. Ata el otro con una correa a su propia cintura, a modo de que mientras teja, sentada en el suelo, mantenga tensos los hilos con el peso de su cuerpo”.²⁵ Sin perjuicio de lo expuesto, debe considerarse que algunas mujeres que acuden al tejido en telar de cintura se valen del denominado *pepenado*, con miras a diseñar los trazos; intercalan hilos coloridos y forman figuras.

Las telas originadas en el telar indígena están limitadas en su ancho. La tejedora, al tener la correa sujeta a la cintura, no alcanza los brazos fácilmente, por lo que el ancho más sencillo para tejer es de aproximadamente sesenta centímetros. Finalmente, los bordados y dibujos de la entretela son distintos dependiendo de la región y de las características específicas de la comunidad o pueblo indígena. Por lo regular, las mujeres suelen emplear anilinas, supliendo así a los tintes de tradición; no obstante, estos últimos siguen usándose en determinadas regiones: caracol de púrpura, cochinilla, índigo e, incluso, semilla de achiote.²⁶

Con relación al aspecto regional anteriormente señalado, interesa destacar que en Oaxaca los huipiles son, en esencia, de algodón y se construyen con ayuda de agujas de metal y aros, aunque antes se hacían —regularmente— con agave o maguey. Los chinantecos hacen uso de figuras geométricas o flores, por ejemplo, el rombo, que se sitúa en el pecho para representar el sitio donde habita el espíritu. También se emplean las serpientes emplumadas y los pájaros de dos cabezas con miras a representar a los guardianes de los dioses.²⁷

En Yucatán, el huipil no sólo tiene un escote (cuadrado), sino que llega, por lo regular, a los pies. Se borda con claveles, tulipanes, flores, campanillas y algunas figuras geométricas de diversos tonos. En la actualidad se compone de algodón de seda y lino, y

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ City Express, *op. cit.*

se emplea la técnica de hilo cortado para la composición de diseños detallados y finos. El huipil es un motivo de orgullo para los yucatecos (muchas mujeres lo usan a diario; otras, de forma eventual, pero les gusta bastante), y lo consideran parte de su tradición e historia.

Finalmente, en Chiapas, la comunidad *tzeltal* sigue empleando el telar de cintura, aunque sus huipiles se caracterizan por simbolizar alacranes, sapos, flores de colores y serpientes, y usan tonos intensos, como el rojo; en contraste, en *zoque*, los bordados tienen tono negro y representan animales y personas.²⁸

IV. TEJIDOS HUIPILES: UNA FORMA DE MERCANTILIZACIÓN DE LA CULTURA

Vistas las particularidades de las comunidades dedicadas a la elaboración de tejidos huipiles, esto es, la forma en que se elaboran estas piezas artesanales y tradicionales en las que se ve reflejada a plenitud su cultura y su dimensión *sentipensante*, interesa entender el modo en que la globalización ha impactado negativamente a estos colectivos.

Sin embargo, antes de reflexionar a este respecto se destacará el fenómeno de la mercantilización de la cultura. Es ineludible el cambio que ha sufrido la sociedad gracias al aumento exacerbado de las tecnologías de la comunicación que se emplean en la cotidianeidad; de hecho, es evidente que las diferentes formas de comunicarse también lo han hecho, y esta situación tampoco ha sido ajena a lo cultural, en la medida en que el capitalismo no sólo genera servicios, sino también producciones culturales.²⁹

A este fenómeno se le suma el hecho de que la economía, cimentada en el sector de los servicios, está caracterizada por el acceso no sólo a las denominadas tecnologías de la información y

²⁸ *Idem.*

²⁹ Ortiz, María, “Acceso y *glocalidad*: comunicación que se distancia”, *Contribuciones de Coatepec*, núm. 21, julio-diciembre de 2011, pp. 141-144.

la comunicación (o conocidas como TIC), sino también a las formas de vida; esto es, una manera diferente de relacionarse con los demás y verlos. Aunque pareciera que, en virtud de esta accesibilidad a la tecnología, a las redes y al nuevo orden, todos están en condiciones de igualdad, esto no es —en realidad— así. Curiosamente, al dar apertura a las redes y mercantilizar las relaciones humanas, también se habilita el escenario para convertir ideas en productos; los humanos se convierten, a su vez, en un servicio.³⁰

Esta expansión de la sociedad al mundo, a una economía de medios, en la que se favorece el acceso a esas comunicaciones, a la tecnología y a la Internet, dota de fuerza a los propietarios de estas últimas, quienes, a su turno, generan comunidades de intereses propias y dan paso a ese capitalismo de la propiedad y cultural. Lo anteriormente descrito resume la mercantilización de la cultura.

No obstante, esta visión no es la única. A este respecto, refiere Solano que en el escenario del capitalismo los productos toman la connotación de mercancía; este fenómeno, atado al crecimiento de la expansión de las nuevas tecnologías informáticas y telemáticas, ha propiciado que el mismísimo saber sea visto como algo que se produce y consume, como una mercancía.³¹ Incluso, Lyotard señala que el saber muta en las sociedades posindustriales como una mercancía con valor de cambio, sujeto a perder el valor de uso.³²

Lo complicado de este asunto es que esta mercantilización de la cultura, del saber y/o del conocimiento tiene un impacto negativo e irremediable en la sociedad; no obstante, como acertadamente lo enuncia Bausa, en esos eventos nadie es responsable ni hay sanciones o castigo alguno.³³

³⁰ *Idem.*

³¹ Solano, Mario, “La mercantilización del saber”, *Tecnología en Marcha*, vol. 20, núm. 3, 2007.

³² Lyotard, Jean-François, *La condición posmoderna: informe sobre el saber*, Madrid, Cátedra, 2006.

³³ Bausa, Marta, “Mercantilización de la cultura, del saber y de la información en la sociedad del conocimiento y problemas éticos derivados”, *Métodos de Información*, vol. 7, núm. 12, 2016.

V. EL CASO CONCRETO

Establecidas dichas reflexiones, podemos señalar que la sabiduría ancestral indígena, plasmada en sus artesanías, debe ser protegida de esa mercantilización (no sólo desde la dimensión del comercio material, sino también de aquel que se potencia con la aparición de las tecnologías de la información y la comunicación), no sólo por ser el resultado de un proceso creativo colectivo, sino también porque desde sus diversas dimensiones refuerza la cultura.

Aunque pareciera que el ordenamiento jurídico ha procurado la salvaguarda de esta propiedad intelectual colectiva fundada (en el decir de Barrera y otros)³⁴ en principios esenciales, como la realización personal, el pensamiento liberal y la innovación, esta salvaguarda se ha visto truncada por las dificultades que se presentan, en la materialidad, con la comprensión de las cosmovisiones indígenas o respecto a la importancia que tiene el proceso de creación y la transmisión de los saberes, además del carácter ineludiblemente individual de la propiedad, que ha supuesto un desconocimiento en la práctica de lo “tradicional” de estas piezas artesanales.

Además, volviendo a Barrera, sin perjuicio de la pretendida protección de las creaciones artesanales, atada a la generación de leyes en materia de propiedad (incluso industrial), estos medios no han sido suficientes y operantes para esta protección, en especial cuando no es un secreto que con plataformas digitales como Youtube se favorece la apropiación no consentida de estos conocimientos. Basta con ingresar a esta plataforma virtual, introducir la palabra “tejidos huipil”, y ver cómo se despliegan sendos vídeos, en los que se pretende la enseñanza de esta técnica ancestral. Lo preocupante de este asunto es que, seguramente, en caso de que se le consultara a alguno de los miembros de este co-

³⁴ Barrera Jurado, Gloria Stella *et al.*, “Riesgos y tensiones de las marcas colectivas y denominaciones de origen de las creaciones colectivas artesanales indígenas”, *Apuntes*, vol. 27, núm. 1, pp. 36-51.

lectivo si se autorizó la reproducción de este material, afirmaría con total certeza que no es así.³⁵

A este hecho se suma, con agravio, que muchas veces se transforman los tejidos (parte de éstos), desconociendo cuál es el valor simbólico, técnico o estético de los mismos. En otras oportunidades, pese a que se está frente a una apropiación consentida (esto es, cuando los tejedores han autorizado expresa o tácitamente la reproducción de los precitados tejidos), el reconocimiento económico que se les hace es precario.

Ahora bien, no solamente —se considera— se ha propiciado una indebida divulgación de la información relativa a la creación y producción de tejidos huipiles con el advenimiento —como se explicó— de las plataformas digitales y su divulgación por este conducto, sino que también han sido varios escándalos en los que se ha visto envuelto este arte textil. En seguida, se ejemplifican algunos casos de presunta apropiación cultural.

El primer caso que se expone es el del pueblo de San Juan Bautista Tlacoatzintepec (Oaxaca). En 2017, esta comunidad se mostró inconforme (vía Facebook), al asegurar que Intropia, una tienda dedicada a la venta de ropa en España, habría copiado un diseño huipil de este colectivo chinanteco. Entre otros aspectos, señalaron que se sentían indignados y molestos, al considerar que este actuar propiciaba un material despojo a su historia y a su cultura, y que se tornaba urgente la toma de medidas para proteger a estos colectivos de estas acciones. A la par, consideró que con esta forma de proceder de las empresas se favorecía la pérdida de identidad.³⁶

No obstante, éste no era el primer señalamiento que se hacía a una empresa internacional por presunto plagio al arte textil mexicano. En su oportunidad, la artista Susana Harp manifestó vía Twitter que la diseñadora francesa Isabel Marant copió un

³⁵ *Idem.*

³⁶ Mulato, Abril, “Una comunidad oaxaqueña acusa a una tienda española de plagiar su diseño textil”, *El País*, 2 de marzo de 2017.

tejido mixe oaxaqueño (razón por la que Harp se vio obligada a enviar un representante de la casa de Marant para que ofreciera disculpas y hablara directamente con los artesanos indígenas);³⁷ a la par, en 2016, la marca Rapsodia (Argentina) fue igualmente señalada por la copia de un bordado zapoteca.³⁸

En el transcurso de 2021, la marca Zimmermann fue señalada de apropiación cultural de un diseño huipil mazateco mexicano; en el marco de la colección “Resort 2021”, se acusó a esta empresa de replicar este arte en una de sus prendas, que habría sido ofertada con un precio que asciende a alrededor de 850 dólares. Enterada la comunidad Cañada (de Oaxaca), denunció el acto en mención, refiriendo que era irrespetuoso hacia su tradición, cosmovisión y cultura, en la medida en que esta pieza es considerada un atuendo de gala conforme a sus costumbres, y que la compañía en mención promocionaba la pieza como una prenda ideal para ir a la playa.³⁹

En virtud de esta denuncia, Zimmermann reconoció la apropiación del atuendo tradicional oaxaqueño y presentó excusas por el inadecuado uso de éste, así como por la ausencia en el crédito intelectual; asimismo, refirieron que, una vez enterados de la situación en mención, procedieron a retirar la prenda, por completo, de sus tiendas (en físico y virtuales). No obstante, la comunidad que se vio impactada pidió al Instituto Oaxaqueño de las Artesanías su intervención, por tratarse de un asunto de apropiación cultural.⁴⁰

En la comunidad de Magdalena, ubicada en el municipio de Aldama (Chiapas), se ha venido señalando la apropiación de los diseños artesanales. Se ha hecho hincapié en que las autoridades

³⁷ “En México, lanzan una «fashion week» indígena contra el plagio de textiles”, *Prensa Libre*, 20 de noviembre de 2021.

³⁸ Mulato, Abril, *op. cit.*

³⁹ “Marca australiana plagia tejido mexicano y lo vende a 850 dólares”, *El País*, disponible en: <https://www.elpais.com.uy/eme/moda-y-belleza/marca-australiana-plagia-tejido-mexicano-y-lo-vende-a-850-dolares>.

⁴⁰ *Idem.*

no han actuado con relación a la precitada apropiación, con el agravante de que quienes ejercen estas acciones no saben del significado de los brocados y tejidos.⁴¹

En esa tesitura, se impone, de nuevo, el discurso de la mercantilización cultural; lideran las ideas hegemónicas y los órdenes jurídicos, ideológicos y políticos en detrimento de los intereses de las otredades; se actúa con ínfulas sobre los genuinos creadores, tejedores y artesanos, sobre los actores sociales, que en lo fáctico aportan con su simbolismo y belleza, al dar origen a los tejidos, ornamentaciones y bordados.⁴²

En últimas, el significado y la historia de estos tejidos se van difuminando en una reproducción que no fue autorizada previamente por las comunidades, viéndose favorecidos —en lo económico— agentes terceros a éstas. Además, los tejidos huipiles, como se ha intentado ilustrar hasta este punto, se han “puesto de moda”, y es común ver que varias personas los usan o que son vendidos como originales, pese a que las comunidades son celosas con este tipo de arte textil.⁴³

Todo esto pone en evidencia que la moda de lo étnico, en la que no se cuenta con la autorización de las comunidades, ha favorecido el desconocimiento de su cultura; esa denominada por Junco como “performatividad étnica”⁴⁴ ha llevado a la etnicidad a otro problema, en el que el entendimiento del esquema Occidente contra los demás trunca el reconocimiento de culturas específicas, a la par que convierte todo en una mercancía;⁴⁵ no sólo se toman, sin más, las técnicas de manufactura de los textiles y se

⁴¹ López, Santiago, “Se plagian textiles chiapanecos, pero no su significado: artesanas de Aldama”, *El Herald* (Veracruz), 18 de diciembre de 2018.

⁴² *Idem*.

⁴³ Junco, Diana, *La cultura amenazada por la mercantilización*, Proyecto Straversa, 2020.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Mora, Julimar, “La «cosa étnica» está de moda. Performatividad, crítica y agencia en torno al discurso indoamericano en Vogue (2000-2017)”, *Runa*, vol. 39, núm. 2, 2018, pp. 91-110.

reproducen a gran escala, sino que no se reconoce genuinamente a sus creadores.

Además, aunque la elaboración y venta de estos tejidos es fundamental para la sobrevivencia de los miembros de estas comunidades, y, ciertamente, en el discurso de venta masiva de los mismos se desconoce por completo esta realidad, no se tiene certeza de hasta qué punto las empresas estén en la disposición de dar a los tejedores huipiles el crédito que corresponde y las ganancias que se desprenden de las ventas de estas piezas.

Otro sería el escenario si los latinoamericanos, en vez de asimilarlo como una moda, abanderaran la causa: se desplazaran a las comunidades tejedoras, y además de permitirse conocer a las personas que allí habitan, fueran ilustrados con relación al significado de los colores y patrones de los tejidos; tal vez esto sería útil en la reivindicación de estas culturas, en vez de seguir justificando la apropiación indebida, tal como se ha hecho, por una cuestión de simple moda. A la par, sería interesante que se hiciera pedagogía respecto a la forma en que impacta la divulgación de la creación de estas piezas por Internet, y de qué modo esta práctica favorece la “desaparición sistemática de la cultura”.⁴⁶

De lo dicho, podemos establecer que los pueblos originarios están expuestos a un escenario en el que se torna quimérica la cristalización de los derechos de propiedad intelectual (concretamente de la colectiva); parece que en esa lógica se desconoce su cosmovisión. En ese orden de ideas, debe empezar a pensarse en el necesario constructo de escenarios que permitan la protección de creaciones elaboradas por pueblos originarios, que garanticen su representación y fortalezcan su cultura. No basta con la expedición de disposiciones normativas en las que se contemple —como se vio en su oportunidad con Bolivia— la existencia de una propiedad intelectual colectiva, sino de una pedagogía de reconocimiento de las creaciones artesanales.

⁴⁶ Junco, Diana, *op. cit.*

Igualmente, es importante que se empiece a dotar de voz a los tejedores, para que tengan la posibilidad no sólo de participar en escenarios que les permitan comunicar abiertamente la importancia, el significado y la estética de los tejidos huipiles, sino también de compartir las experiencias al crearlos; a la par, es importante que la ciudadanía empiece a tomar conciencia de la forma en que se ha logrado —en la práctica— esta apropiación no autorizada de los tejidos a conveniencia, y no sólo exponiendo los casos documentados, sino también evidenciando la forma en que esto impide la realización plena de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, de su autonomía incluso. Sin embargo, antes de que se tomen las medidas que se requieran para tal efecto, es preciso cuestionar previamente si los pueblos originarios están enterados de la existencia del derecho a la propiedad intelectual colectiva,⁴⁷ hasta qué punto ellos podrían tomar partido en la formulación de políticas o leyes para la protección de este derecho y cómo pueden convertirse en reales actores sociales partícipes de este ejercicio.

VI. CONCLUSIONES

- 1) La propiedad intelectual implica el uso de la creatividad; la intelectual colectiva, la transferencia de derechos a pueblos originarios sobre sus creaciones; esto último implica una imbricación con el conocimiento tradicional y la reproducción social y cultural. Por el carácter grupal de este tipo de propiedad se dificulta el establecimiento de quiénes dieron origen al saber ancestral reflejado en las piezas elaboradas al interior de las comunidades. El tratamiento de esta área es relativamente nuevo.
- 2) Infortunadamente, la protección de esta propiedad colectiva se ha visto truncada por la priorización de monopolios, por lo que, lejos de defender las cosmovisiones de los

⁴⁷ Barrera Jurado, Gloria Stella *et al.*, *op. cit.*

grupos indígenas, ha sido parcialmente ajena a los intereses de estos últimos.

- 3) La elaboración de artesanías implica la manipulación con las manos por parte del artesano (ésta puede ser total o parcial). No obstante, la importancia que se le ha dado a esta forma de crear ha disminuido ostensiblemente; se ha desplazado el conocimiento ancestral transmitido generacionalmente por la producción —en masa— de productos, mercantilizando lo cultural. Lo anterior, sin perjuicio de la apropiación indebida de las ideas y creaciones de los pueblos originarios.
- 4) El arte textil huipil es fundamental para los colectivos indígenas en México, que elaboran diversas piezas artesanales; sus tejidos son característicos no sólo por su colorido y belleza, sino también porque en ellos se intenta plasmar “lo suyo” (además de representar animales, flores y figuras geométricas). Las mujeres aprenden a elaborar los textiles desde que son niñas; se enfatiza en su carácter unívoco, justamente, porque allí se vierte su realidad y visión.
- 5) La mercantilización de la cultura se ha ido potenciando con la aparición de las tecnologías de la información y la comunicación; a lo anterior se le suma un inconmensurable afán de darle el carácter de producto consumible a piezas de creación colectiva. Es urgente proteger las piezas artesanales de este fenómeno, dándole la importancia debida a las cosmovisiones indígenas, a los saberes tradicionales y ancestrales, a lo que supone ese trabajo creativo en todas las dimensiones. De lo contrario, seguirá incrementándose la apropiación indebida de este conocimiento por parte de terceros, sin que los artesanos, los miembros de los distintos colectivos indígenas en México, se vean beneficiados o recompensados.
- 6) Es importante ampliar los espacios de participación de los miembros de los colectivos indígenas; no basta con visibilizar el fenómeno en mención, sino que es preciso dotarlos

de voz. Asimismo, debe procurarse que los medios legales que se han previsto para el efecto sean realmente efectivos y respondan a las demandas y necesidades de estos grupos.

VII. REFERENCIAS

- BARRERA JURADO, Gloria Stella *et al.*, “Riesgos y tensiones de las marcas colectivas y denominaciones de origen de las creaciones colectivas artesanales indígenas”, *Apuntes*, vol. 27, núm. 1.
- BAUSA, Marta, “Mercantilización de la cultura, del saber y de la información en la sociedad del conocimiento y problemas éticos derivados”, *Métodos de Información*, vol. 7, núm. 12, 2016.
- CITY EXPRESS, “El huipil: símbolos y representaciones indígenas”, disponible en: <https://www.cityexpress.com/blog/huipil-simbolos-representaciones-indigenas>.
- “En México, lanzan una «fashion week» indígena contra el plagio de textiles”, *Prensa Libre*, 20 de noviembre de 2021.
- INPI, “El traje tradicional indígena y el arte textil”, disponible en: <https://www.gob.mx/inpi/articulos/el-traje-tradicional-indigena-y-el-arte-textil?tab=>.
- JUNCO, Diana, *La cultura amenazada por la mercantilización*, Proyecto Straversa, 2020.
- LÓPEZ, Santiago, “Se plagian textiles chiapanecos, pero no su significado: artesanías de Aldama”, *El Heraldo* (Veracruz), 18 de diciembre de 2018.
- LYOTARD, Jean-François, *La condición posmoderna: informe sobre el saber*, Madrid, Cátedra, 2006.
- “Marca australiana plagia tejido mexicano y lo vende a 850 dólares”, *El País*, disponible en: <https://www.elpais.com.uy/eme/moda-y-belleza/marca-australiana-plagia-tejido-mexicano-y-lo-vende-a-850-dolares>.
- MORA, Julimar, “La «cosa étnica» está de moda. Performatividad, crítica y agencia en torno al discurso indoamericano en Vogue (2000-2017)”, *Runa*, vol. 39, núm. 2, 2018.

MULATO, Abril, “Una comunidad oaxaqueña acusa a una tienda española de plagiar su diseño textil”, *El País*, 2 de marzo de 2017.

MXCITY, “Huipil: el vestido adornado más tradicional y hermoso de la Antigüedad”, disponible en: <https://mxcity.mx/2022/08/huipil-el-vestido-adornado-mas-tradicional-y-hermoso-de-la-antiguedad/>.

OMPI, *¿Qué es la propiedad intelectual?*, disponible en: <https://www.wipo.int/about-ip/es/> (consultado el 12 de mayo de 2022).

ORTIZ, María, “Acceso y glocalidad: comunicación que se distancia”, *Contribuciones de Coatepec*, núm. 21, julio-diciembre de 2011.

SALAZAR, Daniel, *La propiedad intelectual colectiva en el derecho constitucional contemporáneo: una visión crítica desde la cosmovisión indígena andina*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.

SALAZAR, Daniel, *Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales indígenas. Bases para un proyecto de decisión andina*, Saarbrücken, Editorial Académica Española, 2011.

SENADO DE LA REPÚBLICA, “Iniciativa con Proyecto de Decreto que expide la Ley de Salvaguardia de los Conocimientos, Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos”, disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/86118#:~:text=El%20r%C3%A9gimen%20propiedad%20intelectual%20colectiva,la%20supervivencia%20de%20su%20cosmovisi%C3%B3n (consultado el 13 de mayo de 2022).

SOLANO, Mario, “La mercantilización del saber”, *Tecnología en Marcha*, vol. 20, núm. 3, 2007.

WIPO, *Propiedad intelectual y la artesanía tradicional*, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_5.pdf.

LA PROPIEDAD INTELECTUAL, UN DERECHO HUMANO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A UNA SOCIEDAD MODERNA

Carlos M. HERRERA MEJÍA*

SUMARIO: I. *Desarrollo del trabajo*. II. *Conclusiones*. III. *Fuentes de información*.

I. DESARROLLO DEL TRABAJO

Los pueblos indígenas representan una diversidad cultural y tradiciones que se han preservado y transmitido de una generación a otra. Son grupos que mantienen una forma de organización social muy particular, pero al mismo tiempo alejados de la modernidad que hoy representan las grandes ciudades.

A pesar de mantenerse aislados del desarrollo tecnológico y económico, han logrado establecer sus procesos de impartición de justicia, sus valores, los reconocimientos con respecto a la familia, sus ceremonias, sus tradiciones y sus usos y costumbres, instituyendo —de igual manera— las jerarquías de aquellas personas que por su edad y experiencias son consideradas autoridades dentro de sus pueblos, y en algunos casos pueden ser reconocidas por el Estado sus formas de elegir a sus representantes de una manera democrática.

* Profesor investigador de carrera adscrito al Programa de Licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Quintana Roo, Unidad Académica Chetumal. Integrante del Cuerpo Académico en Estudios de Gestión e Interpretación del Turismo (CAEGIT). Correo: carlosherrera@uqroo.edu.mx.

Existen características bien marcadas entre los pueblos indígenas y las sociedades modernas, en las que estos últimos se encuentran en un desarrollo continuo en temas de seguridad, economía, educación, tecnología, acceso a la salud, servicios de agua, entre otros. Sin embargo, a pesar de que los pueblos indígenas mantienen un regazo en los temas anteriormente señalados, gozan sin restricción de todos los derechos humanos que están plasmados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte, por haberse celebrado por el presidente de la República y aprobados por el Congreso de la Unión, conservando en todo momento el principio de igualdad frente a otras personas que pertenecen a grupos sociales diversos dentro de la República mexicana, incluyendo a los que habitan o viven en las grandes ciudades.

Por tal motivo, puede afirmarse que los derechos humanos que se encuentran en leyes supremas son para todos, sin hacer una distinción entre las personas.

Hablando en un sentido general, los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido, dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, en los tratados internacionales y en las leyes.¹

Cualquiera que resienta una afectación a un derecho humano puede exigir la restitución y el goce pleno de éste a través de una queja, que se interpone ante la Comisión Nacional o estatal de los Derechos Humanos, según corresponda; pero también se cuenta con una vía jurisdiccional, que se activa a través de una demanda de amparo, siendo éste un medio extraordinario de protección de los derechos. El acceso a estos mecanismos está

¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “¿Que son los derechos humanos?”, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos> (consultado el 24 de octubre de 2022).

abierto para cualquier persona que se encuentre en el territorio mexicano, incluyendo, desde luego, a aquellos que pertenecen a un grupo indígena.

Por su parte, el vocablo “indígena” es más general. A partir del siglo XIX se utiliza para designar a quienes nacen en una región o a los pueblos originarios de una región específica, sean americanos o no, recuperando el sentido que tenía en la época romana. Los primeros liberales mexicanos lo utilizaron con el deseo de borrar las categorías jurídicas coloniales, proclamando un estatus igualitario para indios o no indios.²

México cuenta con 11 millones 132 mil 562 habitantes indígenas.³ El número de personas indígenas es grande, y se encuentran distribuidos en toda la República mexicana. Cada pueblo indígena tiene sus propias características, y esta diversidad cultural, sus tradiciones, usos y costumbres ofrecen a la sociedad mexicana una serie de valores y de identidades que convierten a México en una nación única, pero que al mismo tiempo existe el compromiso de continuar asentando las bases para preservar la esencia, las raíces y la dinámica de los pueblos indígenas, en donde las normas jurídicas logren materializarse a favor de estos grupos, y no se conviertan en leyes decorativas por la falta de voluntad de las autoridades en su aplicación o por ausencia en el presupuesto asignado.

A pesar de las carencias o el regazo que tienen los pueblos indígenas, mantienen una riqueza cultural en sus tradiciones, usos y costumbres, por lo que estos grupos de personas son fundamentales para el país.

Con respecto a la Constitución mexicana, ésta señala de una manera puntual lo siguiente:

² Bailón, Moisés y Haro, Carlos, *Los pueblos indígenas de México y sus derechos: una breve mirada*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 10.

³ Gobierno de México, “5 datos sobre los pueblos indígenas en México”, disponible en: <https://www.gob.mx/epn/articulos/5-datos-sobre-los-pueblos-indigenas-en-mexico> (consultado el 25 de octubre de 2022).

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.⁴

Como se observa, en la carta magna se encuentra reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas para organizarse internamente, respetando en todo momento la libre determinación, tal como lo expresa el artículo 2o., apartado A, de la Constitución federal; de esta manera, podrán establecer dentro de una autonomía sus marcos normativos para elegir a sus autoridades o a sus representantes, y decidir internamente en su organización social, económica, política y cultural que elijan, siempre y cuando no contravengan disposiciones constitucionales, contribuyendo en todo momento con el pacto federal.

Las personas que pertenecen a un grupo indígena gozan de todos los derechos humanos consagrados en la Constitución federal y en los tratados internacionales, y por ningún motivo deben ser discriminados, por lo que el Estado debe reforzar las acciones tendientes a erradicar la discriminación y lograr una igualdad entre todas las personas que se encuentren en México, ya que no basta que los derechos estén en un cuerpo normativo, sino que es necesario que esos derechos realmente sean ejercidos libremente. Se requiere afianzar una cultura en el respeto a los derechos humanos, en donde el principio de igualdad sea un pilar fundamental en la construcción de un Estado de derecho.

La igualdad ha sido y es uno de los grandes retos de la sociedad, tanto es así que existen múltiples reconocimientos de este derecho, ya sea en los ordenamientos en el ámbito internacional o local; sin embargo, en la realidad social existen aún grandes dificultades para establecer estructuras sólidas en torno a este principio.⁵

⁴ CPEUM, 2017, artículo 2o., párrafo segundo.

⁵ Betrián, Pilar, *La discriminación indirecta*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, p. 55.

La brecha de desigualdad entre los pueblos indígenas aún es muy grande, a pesar de que internacional y nacionalmente se cuenta con un andamiaje normativo que de forma gradual se ha ido consolidando. Pero falta mucho trabajo por hacer, ya que es palpable el grado de desigualdad que hay.

Lo anterior permite afirmar que el no cumplir con el principio de igualdad constituirá de una manera latente una desigualdad, que estará afectando los derechos e interés de los pueblos indígenas; aunado a ello, tendremos una práctica de discriminación; esta última “clausula... prohíbe cualquier distinción injustificada en el acceso o ejercicio de derechos o bienes jurídicamente relevantes, basada en una categoría protegida”.⁶

La relación entre el Estado mexicano y los indígenas ha estado cargada históricamente de la sombra de la desigualdad, la exclusión y la discriminación.⁷

Al respecto, el artículo 1o., párrafo sexto, de la Constitución federal establece que queda prohibida toda discriminación motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.⁸

Ahora falta ir trabajando en una cultura que ayude a evitar la discriminación; el camino puede ser largo, pero mientras más rápido se refuercen las acciones y estrategias que actualmente mantiene el Estado y se pongan en marcha, se podrá acortar el tiempo para ver la diversidad entre las personas y grupos de una manera natural, en donde la tolerancia se encuentre presente en todo momento.

⁶ Ibarra, Ana, *La prueba de la discriminación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, p. 216.

⁷ Bailón, Moisés y Haro, Carlos, *op. cit.*, p. 43.

⁸ DOF, reformado el 14 de agosto de 2001.

Los pueblos indígenas, por la situación de rezago en la que viven, en comparación con las zonas urbanas, son considerados grupos vulnerables, por lo que el Estado tiene que enfocarse no sólo en el aspecto normativo, sino que también a través de políticas públicas contribuya de una manera objetiva a impulsar un nivel de vida digna, pero conservando su cultura, tradiciones, usos y costumbres de los indígenas, ya que no es suficiente que los derechos y protecciones de estos grupos se encuentren en la ley, sino que deben materializarse.

Los derechos pueden ser ejercidos individual o colectivamente, pero en ambos casos se requiere tener conocimiento de estos derechos, así como de los mecanismos para hacerlos efectivos cuando estén siendo afectados por las acciones u omisiones de alguna autoridad. Para lograrlo, se requieren acciones integrales y permanentes para difundir los derechos humanos entre las personas que pertenecen a un pueblo indígena.

En la actualidad, existe un reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas no sólo en el sistema jurídico mexicano, sino también en instrumentos internacionales, como son la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), documentos que contribuyen en atender las necesidades de estos pueblos a través de acciones que los Estados deben realizar, y que además coadyuvan con la normatividad interna de los países.

En el caso de las comunidades o pueblos indígenas, independientemente de que su personalidad jurídica como colectivo esté o no reconocida por las leyes, se les reconocen derechos colectivos. Sin embargo, los derechos que se les reconocen son sobre cierto tipo de bienes que no tienen las corporaciones o asociaciones (personas morales). Por ejemplo, se les reconocen derechos a la autodeterminación o de autogobierno, a usar y desarrollar su lengua, a ser tomados en cuenta en decisiones que les afecten, sobre su territorio y sus tierras que han ocupado tradicionalmente.

Pero lo que es la característica más importante es que algunos de sus derechos colectivos no dependen de que se constituyan en ningún tipo de asociación artificial, sino que, de hecho, sean una comunidad o pueblo indígena.⁹

Los derechos colectivos van más allá de una aplicación individual o el goce de un derecho por alguna persona determinada, toda vez que, como ya se expresó en el párrafo anterior, los derechos ejercidos por una colectividad también pueden contemplar temas como el acceso al agua, la protección a un medio ambiente sano, y muchos otros más.

Por tal motivo, los derechos humanos de los pueblos indígenas se inscriben actualmente entre los denominados “derechos de solidaridad” y, particularmente, en el derecho de autodeterminación de los pueblos.¹⁰

Hoy en día, las organizaciones indígenas continúan reivindicando sus derechos y exigiendo el respeto de los mismos; sin embargo, su perspectiva se ha ampliado hacia la colaboración con otras fuerzas y sectores de la sociedad, además de la tendencia de englobar sus demandas en el marco de los derechos humanos.¹¹ Han sido muchos años de olvido que han presentado los pueblos indígenas, y la gran mayoría de ellos han estado inmersos en una pobreza que ha menguado la calidad de vida que tienen, alejándose de las aspiraciones de la carta magna, al señalar que debe tenerse una vida digna que permita el desarrollo personal y familiar. Qué lejos está de lograrse.

Sin caer en una posición pesimista, pese a que hay muchas tareas pendientes por hacer a favor de los pueblos indígenas, lo cierto es que, de una manera paulatina, se ha ido avanzando en contar con una legislación acorde con los lineamientos interna-

⁹ Cruz, Juan, *Los derechos colectivos indígenas en la Constitución de 1917 y sus implicaciones*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, pp. 184 y 185.

¹⁰ Contreras, Miguel, *10 temas de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2016, p. 53.

¹¹ *Ibidem*, p. 56.

cionales; pero es necesario continuar venciendo la resistencia de algunas personas que tienen la oportunidad de influir en cambios positivos; tal es el caso de los gobernantes. Hace falta un compromiso y voluntad para no frenar las estrategias que permitan rescatar la cultura, las tradiciones, los usos y costumbres, para que éstos no estén destinados a desaparecer a través del tiempo, como ha empezado a suceder.

Hablar de los pueblos indígenas es referirse a un grupo de personas que han logrado conservar su cultura, tradiciones, usos y costumbres, pese a la modernidad que hoy se observa no sólo en México, sino también en todo el mundo. Sin embargo, "...en América Latina se refiere en prevalencia a los pueblos indígenas y a las modalidades de su tratamiento jurídico y, como consecuencia, los límites de las formas de inclusión...".¹²

En la sociedad moderna, las condiciones sociales para la diferenciación de un sistema de derecho cuya selectividad está regulada por el proceso de positivización se encuentran determinadas por la complejidad alcanzada por el sistema político.¹³ Pero es necesario que el Estado realmente vele por los intereses y conservación de las prácticas de los pueblos indígenas.

En México existen instituciones gubernamentales enfocadas en realizar actividades a favor de las personas indígenas, y en caso de hacer falta alguno, el Estado puede crear la institución o leyes que se requiera para lograr sus fines, así como destinar el presupuesto para impulsar las acciones que se determinen, en donde las tareas que realiza el Estado se refuercen con las que llevan a cabo las asociaciones no gubernamentales.

Las condiciones actuales de la sociedad muestran, por un lado, una fuerte tendencia hacia la homogeneización, posibilitada por las pautas económicas y culturales extendidas por todo el mundo; no obstante, por el otro, se observa el reforzamiento de

¹² De Giorgi, Raffaele, *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna*, México, Fontamara, 2015, p. 72.

¹³ *Ibidem*, p. 144.

una heterogeneidad cultural a partir de la reivindicación de identidades étnicas, religiosas, culturales y de diverso tipo.¹⁴

Será fundamental la aceptación de la heterogeneidad cultural, su respeto y su conservación de los pueblos indígenas, en la que se tendrán que tomar medidas para esa conservación de sus tradiciones, usos y costumbres, para que sigan vivas a través del tiempo, logrando tenerlas como patrimonio y acervo cultural, en donde el uso de las prácticas inherentes a los pueblos indígenas sea autorizado por ellos.

El reconocimiento jurídico de los derechos indígenas no significa que la imagen social y el discurso acerca de las instituciones y formas de gobierno colectivas hayan cambiado por completo. Los siglos de marginación solamente podrán revertirse mediante la aceptación de las diferencias como parte de la riqueza cultural de la nación.¹⁵

Al respecto, el artículo 4o., párrafo duodécimo, de la Constitución federal indica que toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y a disfrutar de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.¹⁶

Para lograr lo señalado por el artículo 4o. de una manera plena y no parcialmente, se requiere mejorar las estrategias del Estado, o al menos revisar o evaluar las que se encuentran establecidas actualmente, con la finalidad de encontrar áreas de mejora que ayuden a elevar la efectividad de los mecanismos para el acceso y participación cultural enfocado a los pueblos indígenas.

¹⁴ Arias, Alan, *Aproximaciones teóricas al debate contemporáneo de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 44.

¹⁵ Bailón, Moisés y Haro, Carlos, *op. cit.*, p. 34.

¹⁶ DOF, párrafo adicionado el 30 de abril de 2009.

De lo anterior, resulta oportuno señalar que, a pesar de los temas pendientes, hay uno en particular que ha estado olvidado no sólo por las leyes mexicanas, sino también ha escapado de la visión del Estado, y es precisamente la escasa protección a la propiedad intelectual de los pueblos indígenas, vista ésta como un derecho humano colectivo que les permita tener legalmente la titularidad cultural y de las tradiciones, así como de las diversas actividades que practican en el seno de sus pueblos.

Esto obedece porque no hay una práctica de los pueblos indígenas para registrar su música, su danza, sus ceremonias, sus canciones, entre otros, ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Lo que ha implicado que cualquier persona física o moral pueda hacer uso de esas manifestaciones para fines comerciales o turísticos.

El artículo 24 de la Ley Federal del Derecho de Autor señala lo siguiente:

En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación... Registrar la propiedad intelectual de los pueblos indígenas representa una protección de sus actividades culturales y sus tradiciones, pero también de la conservación y el uso de una manera ordenada cuando exista la autorización de sus autores.

Continuando con la Ley Federal del Derecho de Autor, en el artículo 157 señala que la Ley protege las obras literarias, artísticas, de arte popular y artesanal, primigenias, colectivas y derivadas de las culturas populares o de las expresiones de las culturas tradicionales, de la composición pluricultural que conforman al Estado mexicano, en las que se manifiestan elementos de la cultura e identidad de los pueblos y comunidades a que se refiere el artículo 2o. constitucional, a quienes esta Ley reconoce la titularidad de los derechos.¹⁷

¹⁷ DOF, reformado el 24 de enero de 2020.

Habría que preguntarse cuántas solicitudes de registro recibe el Instituto Nacional del Derecho de Autor por parte de algún pueblo indígena. El número de registros podría ser muy escaso, lo que significa que las obras no tienen una protección que derive de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Cabe señalar que en el artículo 2o., fracción I, de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas se tiene como fin reconocer y garantizar el derecho de propiedad de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas sobre los elementos que conforman su patrimonio cultural, sus conocimientos y sus expresiones culturales tradicionales, así como la propiedad intelectual colectiva respecto de dicho patrimonio. De igual manera, en su artículo 13, párrafos primero y segundo, se expresa lo siguiente:

El Estado reconoce a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas el derecho colectivo a la propiedad sobre su patrimonio cultural, conocimientos y expresiones culturales tradicionales, así como a las manifestaciones asociadas a los mismos que, de manera continua o discontinua, han practicado y les fueron transmitidos por miembros de su propia comunidad de generaciones previas. También tienen derecho a la propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural.

Dicho reconocimiento les confiere a esos pueblos y comunidades la potestad de decidir las manifestaciones de su patrimonio cultural inaccesibles a cualquier clase de uso o aprovechamiento por terceros, y aquellas disponibles, previo acuerdo o consentimiento de los interesados.¹⁸

La Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas es de reciente creación. Esto es una prueba de que se sigue avanzando en ir

¹⁸ *DOF*, mediante el cual se publica la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, el 17 de enero de 2022.

estableciendo mecanismos para proteger la propiedad intelectual de los pueblos indígenas.

Cabe señalar que, en relación con las tradiciones culturales que realizan los pueblos indígenas, se han ido creando muchas de ellas a través de los siglos, por lo que merecen contar con los instrumentos necesarios para su protección y conservación de todo el conocimiento tradicional de una manera íntegra; de lo contrario, su uso se realizará por personas ajenas a los pueblos indígenas, quienes muchas veces lucran con este conocimiento y, lo que es más grave, las prácticas las replican con matices diferentes, perdiendo con ello la esencia de la cultura y de las tradiciones, que ponen en riesgo su preservación. Todo esto ocurre por la falta de registro de ese conocimiento en el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

El reto es grande, y para lograrlo se debe contar con tres elementos esenciales: el primero es la norma jurídica; el segundo, la voluntad y el compromiso del Estado a través de las autoridades correspondientes, y el tercero, el presupuesto necesario para poder operar y ejecutar los fines de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, así como la Ley Federal del Derecho de Autor.

El primer elemento se cumple, y ahora es pertinente establecer las condiciones para que las personas que deban actuar bajo el amparo que establece la ley realmente demuestren estar comprometidas con las funciones encomendadas; de esta forma se estará cumpliendo con el segundo elemento, y, el tercero, la Federación ha fijado un presupuesto a favor de los pueblos indígenas, por lo que vemos que la intención es buena, pero no suficiente, pues se requiere necesariamente que las entidades federativas también se involucren y destinen recursos para difundir y garantizar el cumplimiento de todas las leyes establecidas a favor de los pueblos indígenas, materializando así una adecuada protección al patrimonio intelectual.

En los pueblos indígenas hay prácticas muy antiguas, que deben protegerse por medio del Instituto Nacional del Derecho de

Autor, con la finalidad de garantizar su continuidad, y así evitar que esta riqueza nacional vaya perdiéndose a través del tiempo, impidiendo también que su uso por terceras personas sea a través de una autorización expresa, porque hoy en día es común ver que la cultura, las tradiciones, las ceremonias, las costumbres, etcétera, son utilizadas por personas ajenas a los pueblos indígenas con fines de lucro.

II. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se buscó puntualizar en la importancia de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas, pasando por los derechos humanos, con miras a lograr conservar y proteger su cultura, sus tradiciones, sus usos y costumbres, y todo aquello que pertenezca a estos grupos, ya que por tratarse de obras éstas deben estar registradas en el Instituto Nacional del Derecho de Autor, con la finalidad de que sólo sean usadas por la colectividad indígena como autores.

En ese sentido, se requiere tomar mayor conciencia acerca de las principales demandas y exigencias de los grupos étnicos, a fin de crear los instrumentos legales necesarios y perfeccionar los ya existentes, con el objeto de ofrecer las condiciones que permitan satisfacer gradualmente los más importantes reclamos y demandas de los pueblos indígenas.¹⁹

El camino en la protección a la propiedad intelectual de los pueblos indígenas aún no está terminado; al contrario, no es posible todavía ver el final del camino.

Cabe mencionar que la reparación de la discriminación normativa plantea dificultades técnicas y funcionales que permiten calificarla como un reto constitucional complejo. Sin embargo, más allá de los problemas técnicos para atajar, el motivo de la discriminación normativa es de carácter funcional: la igualdad normativa puede restablecerse en diversos modos, siendo el legis-

¹⁹ Contreras, Miguel, *op. cit.*, p. 56.

lador democrático el órgano que debe decidir por cuál de ellos debe optarse.²⁰

Es necesario difundir entre los pueblos indígenas la importancia de iniciar a la brevedad posible los trámites necesarios, y orientarlos en el proceso para registrar y proteger todo aquel valor inmaterial que pueda considerarse dentro de la propiedad intelectual de acuerdo con la ley. Con ello, se ejerce un derecho humano fundamental para los pueblos indígenas, como es la conservación de todas las prácticas tradicionales que realizan, y que éstas han estado presentes gracias a que se han transmitido de una generación a otra.

Tal conocimiento, sin duda alguna, potenciará las capacidades políticas de los pueblos indígenas para que al interior de los países en que viven se realicen reformas legales y se definan políticas públicas encaminadas a establecer una nueva relación entre los Estados y los pueblos indígenas, que proporcionen soluciones a sus demandas de justicia y bienestar social,²¹ en donde la protección a sus propiedades intelectuales, quizá algún día, sea una práctica normal entre los pueblos indígenas.

III. FUENTES DE INFORMACIÓN

ARIAS, Alan, *Aproximaciones teóricas al debate contemporáneo de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.

BAILÓN, Moisés y HARO, Carlos, *Los pueblos indígenas de México y sus derechos: una breve mirada*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.

BETRIÁN, Pilar, *La discriminación indirecta*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2021.

²⁰ González, Markus, *La reparación de la discriminación normativa como reto constitucional complejo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, p. 268.

²¹ Bailón, Moisés y Haro, Carlos, *op. cit.*, p. 68.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, “¿Qué son los derechos humanos?”, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>.

CONTRERAS, Miguel, *10 temas de derechos humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2016.

CRUZ, Juan, *Los derechos colectivos indígenas en la Constitución de 1917 y sus implicaciones*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

DE GIORGI, Raffaele, *Los derechos fundamentales en la sociedad moderna*, México, Fontamara, 2015.

GOBIERNO DE MÉXICO, “5 datos sobre los pueblos indígenas en México”, disponible en: <https://www.gob.mx/epn/articulos/5-datos-sobre-los-pueblos-indigenas-en-mexico>.

GONZÁLEZ, Markus, *La reparación de la discriminación normativa como reto constitucional complejo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2021.

IBARRA, Ana, *La prueba de la discriminación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2021.

Propiedad intelectual de los pueblos y comunidades indígenas de México. Perspectivas y retos, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 2 de abril de 2024 en los talleres de Litográfica Ingramex, S. A. de C. V., Centeno 162-1, Granjas Esmeralda, Iztapalapa, 09810 Ciudad de México, tel. 55 5445 0470, ext. 364. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *holmen book* de 55 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).

EL OBJETIVO DE ESTA OBRA ES OFRECER ARGUMENTOS y perspectivas distintas para la discusión sobre los instrumentos jurídicos más idóneos que procuren la protección de la propiedad intelectual de los pueblos y comunidades indígenas en México, ante el embate de grandes corporativos nacionales e internacionales, pero especialmente de la globalización, que es la causa principal de la paulatina pérdida de esas creaciones intelectuales.

Paralelamente, se vierten opiniones críticas hacia la "Ley Harp", por estimar que, si bien resulta un paso importante, también lo es que se muestra insuficiente para lograr ese propósito y puede perfeccionarse.



JU
RÍDI
CAS