

Hacia una protección adecuada del Patrimonio Cultural o Conocimientos Tradicionales

Towards adequate protection of Cultural Heritage or Traditional
Knowledge

Autor: Izarely Rosillo Pantoja, Karen Vanessa Ibarra Cervantes

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2207>

Hacia una protección adecuada del Patrimonio Cultural o Conocimientos Tradicionales*

Towards adequate protection of Cultural Heritage or Traditional Knowledge

Rumo a uma proteção adequada do Patrimônio Cultural ou Conhecimento Tradicional

Izarely Rosillo Pantoja^a
izarely.rosillo@uaq.mx

Karen Vanessa Ibarra Cervantes^b
vanessaibarracervantes@gmail.com

Fecha de recepción: 06 de abril de 2022
Fecha de revisión: 10 de mayo de 2022
Fecha de aceptación: 20 de abril de 2023

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2207>

Para citar este artículo:

Rosillo Pantoja, I., & Ibarra Cervantes, K. (2023). Hacia una protección adecuada del Patrimonio Cultural o Conocimientos Tradicionales. *Revista Misión Jurídica*, 16 (24), 71-84.

RESUMEN

El escrito presenta un análisis normativo acerca de los instrumentos que dan eficacia a la norma jurídica en materia de patrimonio cultural. ese pretende identificar cómo, en el ámbito del derecho mexicano, podría garantizarse la protección al conocimiento tradicional de los pueblos y las comunidades indígenas, teniendo en cuenta los estándares propuestos por el Derecho Internacional. Si bien, existen avances legislativos, como la emisión de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, aún existen retos para conseguir armonizarse con las normas de derechos de autor y propiedad intelectual.

PALABRAS CLAVE:

Patrimonio cultural; pueblos y comunidades indígenas; derecho de autor.

* Artículo de investigación científica.

a. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Docente de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Líder del Cuerpo Académico en Formación "Identidades, Medio Ambiente y Justicia en Contextos Democráticos" de dicha Facultad.

b. Licenciada en Derecho especialista en Derecho Corporativo, por la Universidad Autónoma de Querétaro.

ABSTRACT

This paper presents a normative analysis on the instruments that give effectiveness to the legal norm in the matter of cultural heritage. The objective is to identify how, within the scope of Mexican Law, the protection of traditional knowledge of indigenous peoples and communities could be guaranteed, taking into account the standards proposed by International Law. Although there are legislative advances, such as the issuance of the Federal Law for the Protection of the Cultural Heritage of Indigenous and Afro-Mexican Peoples and Communities, there are still challenges to face in order to harmonize with copyright and intellectual property regulations.

KEYWORDS:

Cultural heritage; indigenous peoples and communities; copyright.

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise normativa dos instrumentos que dão eficácia à norma jurídica no domínio do património cultural. O objectivo é identificar como, no âmbito da legislação mexicana, se poderia garantir a protecção dos conhecimentos tradicionais dos povos e comunidades indígenas, tendo em conta as normas propostas pelo direito internacional. Embora existam avanços legislativos, como a Lei Federal para a Protecção do Património Cultural dos Povos e Comunidades Indígenas e Afro-Mexicanas, há ainda desafios para harmonizar com as normas de direitos de autor e de propriedade intelectual.

KEYWORDS:

Património cultural; povos e comunidades indígenas; direitos de autor.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende responder a ¿Qué instrumentos pueden causar la eficacia normativa a fin de garantizar una protección adecuada del patrimonio cultural?

Todos los países del mundo tienen una historia que los ha forjado y los hace tener una identidad nacional, generada en gran medida

por sus antepasados; es decir, los pueblos originarios. Estos han contribuido a la evolución de las sociedades de los países gracias a sus conocimientos de la medicina tradicional, gastronomía, cosmovisión, la creación y edificación de construcciones, danzas, costumbres y tradiciones y, el cuidado a su entorno natural, entre muchas otras manifestaciones a las que se denomina patrimonio cultural o conocimientos tradicionales y, que es importante preservar, ya que es lo que acentúa las diferencias culturales entre los países y les genera una riqueza cultural que pueden explotar.

En años recientes, algunos países que gozan de gran riqueza cultural se han preocupado por la protección del patrimonio cultural, ello debido a que personas ajenas a los pueblos indígenas e incluso ajenas a los países, han tomado elementos del patrimonio cultural o conocimientos indígenas para comercializarlos, como, por ejemplo, los diseños textiles o los casos de biopiratería, solo por mencionar algunos. Esta explotación del conocimiento tradicional es conflictiva, puesto que no existe legislación para su protección, resultando sencillo que estos conocimientos sean sacados del país de origen sin que exista retribución económica al pueblo indígena creador de estos conocimientos y, si la hay, este pago o compensación está alejado de ser justo.

La identificación de instrumentos que causen la eficacia de la ley, en materia de patrimonio cultural y conocimientos tradicionales, puede propiciar la reducción de vulnerabilidades de los pueblos y comunidades indígenas, en tanto dueños de sus expresiones y conocimientos tradicionales, ampliando el ejercicio de su libertad y derechos humanos. En este orden de ideas, conviene identificar los instrumentos normativos que existen en la actualidad en el derecho internacional y su contenido sustantivo respecto a las cualidades y requerimientos de un sistema de protección del patrimonio cultural, con relación a las leyes vigentes mexicanas que inciden en la materia.

METODOLOGÍA

Se observan los obstáculos de eficacia del marco jurídico vigente y, en su caso, las posibles lagunas normativas que afectan a los pueblos y las comunidades indígenas, debido a la explotación comercial de su cultura y conocimiento, por entidades que ostentan poderío económico superior al suyo.

¿Qué tipo de Protección al Patrimonio cultural o a los Conocimientos Tradicionales existen actualmente?

Durante muchos años se pensó que el patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales podrían ser protegidos por el actual sistema de propiedad intelectual, tanto a nivel nacional como internacional; sin embargo, esto era algo que se debatía, ya que existían opiniones divergentes. Uno de los argumentos más importantes se relaciona con la temporalidad de los bienes de dominio público; para el caso de los derechos de autor, después de un mínimo de 50 años, como se estipula en el convenio de Berna (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI-, 1971, p. 10) y, un máximo de 100 años en el caso de México, que ha sido el país que más protección otorga (Cámara de Diputados del H. de la Unión, 1996, p. 8), la propiedad intelectual dejaba al patrimonio cultural o a los conocimientos tradicionales en el dominio público, lo cual posibilitaba que cualquier persona pudiera utilizar este conocimiento o patrimonio de manera libre. Al respecto, Cordero (2009) manifestó que “La categoría temporal le es ajena a la naturaleza del patrimonio cultural inmaterial que está continuamente evolucionando y se recrea a través de los siglos” (p. 91)

La segunda limitante tiene que ver con la susceptibilidad de apropiación, pues las normas de derecho de autor resaltan como requisitos de protección que una creación sea originalidad y se encuentre fijada en un soporte material, considerando que las ideas por sí mismas no son susceptibles de apropiación (OMPI, p. 7). De lo anterior se desprenden críticas; en primer lugar, no se puede considerar que todo el patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales son originales o novedosos, dado que el conocimiento ancestral se va transmitiendo de generación en generación. En segundo lugar, las expresiones culturales no se encuentran necesariamente fijadas en un soporte material y, de encontrarse, ya serían consideradas del dominio público, puesto que el sistema de protección de propiedad intelectual es limitado en su temporalidad de país en país.

Una tercera limitante, es que la protección por parte de la propiedad intelectual es territorial. Si un patrimonio o conocimiento sale de su país de origen, es difícil que este pueda encontrar protección internacional, a pesar que la OMPI ha desarrollado un sistema de Clasificación Internacional de Patentes, del cual pueden hacer uso las personas responsables de examinar las

patentes para buscar información acerca de si la patente que se pretende registrar deriva o es patrimonio cultural o conocimiento tradicional, (OMPI, p. 28); sin embargo, se requiere que éste haya sido publicado e inscrito en bases de datos, lo que si bien representa una solución, aún deja algunos problemas por resolver, ya que no todas las comunidades indígenas quieren hacer públicos sus conocimientos. Por otro lado, es probable que los pueblos y las comunidades desconozcan o carezcan de mecanismos para registrar su conocimiento tradicional o patrimonio cultural, de tal manera que, si no está en la base de datos, deja la puerta abierta para que sea registrado por un tercero en algún otro país.

Y, en cuarto lugar, se observa un agotamiento de los derechos de propiedad intelectual. Es decir que, bajo este esquema, si un pueblo indígena realiza la venta de algún elemento de su patrimonio cultural o conocimiento tradicional, se actualiza lo estipulado por la “teoría de la primera venta” que Castro (2009) define:

El agotamiento del derecho de propiedad intelectual significa que el derecho exclusivo del que goza un titular de un derecho de propiedad intelectual termina en el momento en que él introduce (o permite introducir) en el comercio productos o bienes que están protegidos por dicho derecho. Con la primera comercialización el derecho de propiedad intelectual “se agota” de manera tal que los productos introducidos en el mercado podrán ser objeto de posteriores actos de comercialización sobre los cuales el titular original no podrá ejercer ningún control. Es decir que una vez agotado el derecho de propiedad intelectual su titular no podrá continuar ejerciendo ninguna de las prerrogativas originales derivadas de su exclusividad (p. 256).

En razón de lo anterior, los Estados han entendido que la mejor manera de proteger su patrimonio cultural o sus conocimientos tradicionales es a través de la creación de una legislación específica (protección *sui generis*) que se adapte a las características y necesidades de las comunidades indígenas. Vale decir que no siempre se consulta adecuadamente para la creación de estas normas, violentando con ello el derecho humano que tienen estos pueblos para decidir sobre su patrimonio y la forma de auto determinarse, e incluso en muchas ocasiones los pueblos y las comunidades indígenas tienen

total desconocimiento que su saber tradicional o patrimonio cultural es susceptible de protección, debido a que se encuentran en una situación de marginación sistemática con obstáculos lingüísticos, educativos e institucionales.

Instrumentos de protección internacional al Patrimonio Cultural o Conocimientos Tradicionales

Los organismos internacionales competentes para llevar a cabo la labor de protección internacional son la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC), esto tiene su justificación, ya que los organismos mencionados regulan materias con las que de una u otra forma el patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales se ven involucrados.

La OMPI cuenta con dos tratados que de manera limitada brindan una especie de protección al patrimonio cultural o a los conocimientos tradicionales: se trata del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, y el Tratado de cooperación en materia de patentes; sin embargo, no puede afirmarse que sea la mejor alternativa en razón de su compatibilidad con las características del patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales.

Asimismo, la UNESCO, ha elaborado documentos obligatorios para los Estados, así como recomendaciones y convenciones para brindar una protección al patrimonio cultural: la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (París, 1972); la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, (adoptada en 2001); la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (adoptada en 2003); y, la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (adoptada en 2005).

Una situación que es importante destacar es que tanto la OMPI como la UNESCO, tienen una concepción distinta en cuanto a elegir un término común para referirse a los conocimientos tradicionales y al patrimonio cultural; es así que en el caso de la OMPI (2015) habla de "Conocimientos Tradicionales" (CC. TT.), entendidos como:

los conocimientos, experiencia, innovaciones y prácticas que se transmiten de una generación a otra, se enmarcan en un contexto tradicional y forman parte de un modo de vida tradicional de las comunidades indígenas y locales, que desempeñan la función de guardianes o custodios (p. 13).

Mientras que la UNESCO (2003), denomina "Patrimonio Cultural Inmaterial" (PCI) a:

los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana [...] (p. 2).

Ambas definiciones contienen elementos que podrían ser sinónimos, como la palabra "Prácticas" (descrita en la definición de la OMPI) y las palabras "Técnicas y Usos" (utilizadas por la UNESCO); sin embargo, el elemento que hace distintos a estos conceptos es el término "Innovaciones", ya que la OMPI al referirse a este término, si está considerando que el desarrollo de los pueblos indígenas es constante, lo que ocasiona que los conocimientos tradicionales puedan ser modificados o que se adicione nuevas formas de conocimiento y, en consecuencia que estas sean susceptibles de protección, una cuestión muy relevante que no se encuentra contemplada en la definición de la UNESCO.

La UNESCO también introduce a su definición de "PCI" a los "instrumentos, objetos, artefactos, y los espacios culturales", encontrándose los mismos clasificados en el ámbito jurídico como bienes materiales, es decir que son bienes que los pueblos indígenas tienen de manera palpable, contrario a los bienes inmateriales o incorpóreos que "son los que pueden percibirse intelectualmente" (Pina, 2011, p. 38), o como los define Ruggiero (2016) "[...] aquellas que

sólo intelectualmente se perciben, entidades abstractas e ideales [...]” (p. 477). Por lo que estos bienes materiales no pueden considerarse dentro de las reglas de protección que se pretenden dar a los bienes inmateriales, pues estos tienen características y necesidades regulatorias distintas.

Se puede ver además que en la definición de la OMPI en cuanto a los “CC.TT” hace alusión al término “tradicional”, como concepto exclusivamente relacionado con lo “indígena”, lo cual es incorrecto, ya que la connotación que en un sentido más amplio refiere a lo que se trasmite de una generación a otra, por lo tanto, no se puede decir que lo tradicional es únicamente indígena, sino que incluye otras categorías, por ejemplo, las tradiciones familiares, nacionales, religiosas o, militares. Ante esto es claro que el uso de la expresión “Conocimiento Tradicional” es muy extensa para utilizarse dentro de ordenamientos legales internacionales que pretendan regular los conocimientos indígenas.

Es importante que en el futuro cercano y ante la necesidad latente de un tratado internacional que proteja a los conocimientos tradicionales o al patrimonio cultural que deberá ser elaborado en coordinación entre la OMPI, la UNESCO, la OIT y, la OMC, estos organismos deberán evaluar si es más conveniente que sea utilizado el término patrimonio cultural o conocimientos tradicionales y, deberán determinar sus alcances.

Como se mencionó, no existe un tratado específico que proteja a los conocimientos tradicionales o al patrimonio cultural en el ámbito internacional. Existen únicamente documentos declarativos acerca del derecho que poseen en cuanto a la protección de su patrimonio cultural y sus conocimientos tradicionales, entre ellos:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. (ONU, 1948).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 11

Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres (ONU, 2007).

Convenio (no. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

Artículo 23

La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos

y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo. (OIT, 1989)

Entre los tratados internacionales mencionados se observa la obligación de crear instrumentos que garanticen una protección adecuada del patrimonio cultural o de los conocimientos tradicionales, lo que implica un gran desafío que fricciona fuertemente con el modelo económico capitalista. El fuerte arraigo por un sistema que es, al mismo tiempo, el que desplaza y comercializa el conocimiento indígena, puede obstaculizar la creación de instrumentos normativos que se adapten a las necesidades de las comunidades indígenas. Es necesario primeramente hacer conocedores a los pueblos indígenas de su derecho a proteger su patrimonio o sus conocimientos tradicionales, después se deberá atender los mecanismos que tienen los pueblos indígenas para autorregularse en cuanto a la creación de sus normas y la forma en que son aplicadas, además de ello, se debe tener clara la cosmovisión y la manera en la que dichos pueblos indígenas quieren proteger su patrimonio o sus conocimientos indígenas, pues en muchas ocasiones no es solo la remuneración económica lo que se busca, sino el reconocimiento de su identidad cultural.

Sistemas de protección regional al patrimonio cultural o conocimientos tradicionales en Latinoamérica

Las legislaciones nacionales y regionales definen la materia que debe protegerse, los beneficiarios y el modo en que se ofrecerá la protección. Su objetivo suele girar en torno a tres premisas: que el control sobre los conocimientos tradicionales resida en las comunidades locales o indígenas; preservarse y protegerse ante usos y apropiaciones indebidos de terceros; y, promover una participación equitativa en los beneficios. La protección suele ir más allá de los aspectos de la propiedad intelectual, relativos a los conocimientos tradicionales (los criterios de admisibilidad para adquirir derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales) y engloba todo lo relativo a su uso en el contexto tradicional.

Incorporar estos objetivos comunes de política en un acuerdo internacional permitiría responder adecuadamente al uso no autorizado de los conocimientos tradicionales o, a la adquisición de derechos de propiedad intelectual, sobre estos conocimientos, por terceros, sin derecho a ello. Como mínimo, un acuerdo internacional aplicado

a nivel nacional permitiría a los custodios de los conocimientos tradicionales, controlar y gestionar su uso y recibir compensaciones adecuadas (Ouma, 2017).

Panamá, Bolivia, Brasil, Perú y, México han optado por un sistema de protección sui generis, dadas las limitaciones que sus legislaciones de propiedad intelectual presentan. La Ley 20 de 2000 en Panamá, fue la primera en Latinoamérica en crear una protección especial para proteger al patrimonio cultural o conocimientos tradicionales de los pueblos o las comunidades indígenas.

Cabe destacar que a excepción de México y Bolivia, quienes toman el concepto de patrimonio cultural (siguiendo la línea de pensamiento de la UNESCO), Panamá, Brasil y Perú han seguido la concepción de pensamiento de propiedad intelectual, adoptando el término propuesto por la OMPI, conocimientos tradicionales para integrarlo en sus legislaciones, por lo que comparten los mismos puntos de referencia para clasificar a un conocimiento tradicional, los cuales de acuerdo a la definición de la OMPI son: conocimientos, experiencia, innovaciones y prácticas creadas o desarrolladas en el tiempo; que se transmiten de una generación a otra; forman parte del modo de vida tradicional de los pueblos o comunidades indígenas; en los que, los pueblos o comunidades indígenas son los guardianes o custodios.

Las legislaciones de estos países comparten similitudes en cuanto a la aplicación de la protección, ya que todas consideran que los puntos más importantes de protección son el diseño de un registro nacional de conocimientos tradicionales, la vigilancia y defensoría pública, el acceso consensuado al conocimiento cultural y, la distribución justa de las ganancias.

Que exista un registro nacional sobre los conocimientos tradicionales o el patrimonio cultural (para el caso de México y Bolivia)

Al establecer la publicidad como principio, estatuyendo la obligación de registro, podría representar una violación al derecho humano de los pueblos indígenas a la libre determinación para decidir sobre su cultura y, si quieren hacer público o no su patrimonio cultural o sus conocimientos tradicionales; en el caso de Bolivia, la Ley del Patrimonio Cultural Boliviano, en su Artículo 33 dispone:

I. Los propietarios y custodios del Patrimonio Cultural Boliviano, están obligados a registrar en el Sistema Plurinacional de Registro del Patrimonio Cultural Boliviano, los bienes culturales a su cargo.

II. Las misiones diplomáticas, consulares y las oficinas de organismos internacionales, que se hallen en custodia de bienes culturales del Patrimonio Cultural Boliviano, deberán registrarlos en el Sistema Plurinacional de Registro del Patrimonio Cultural Boliviano.

III. En caso de incumplimiento se tendrá como ilícita la tenencia de los mismos y se procederá según lo establecido en la presente Ley, el Código Penal y el reglamento específico (2014).

Lo cual resulta lesivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas, pues esto quiere decir que si hay una comunidad o pueblo indígena que no cumpla con la obligación de registrar su patrimonio cultural estaría incurriendo en un delito, pues de acuerdo con esta disposición, aunque el pueblo sea el propietario y creador original de dicho patrimonio, se consideraría que este tiene una tenencia ilegal de su propio patrimonio. Esta hipótesis normativa violentaría lo dispuesto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas:

Artículo 8

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.

[...]

Artículo 31

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos

tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales (ONU).

Por lo que ninguna legislación sui géneris debería imponer disposiciones que contengan una obligación coaccionada acerca del modo de gestionar o administrar el patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, pues sus derechos no son de ninguna manera constitutivos, sino declarativos. Por lo tanto, los Estados deben respetar y garantizar la autonomía de los pueblos o comunidades indígenas como eje rector que den las legislaciones nacionales e internacionales para brindar protección al patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales.

Que sean las dependencias de gobierno las que vigilen y tomen la representación legal para la defensa de los derechos colectivos de las comunidades indígenas

Es decir que deberán ser los entes de gobierno los que establezcan las políticas públicas e instituciones, encaminadas para la protección y defensa del patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales, sin embargo, esto así debería ser, siempre y cuando dentro de las instituciones de gobierno se garantice la participación indígena, no quedando en el discurso con funcionarios públicos aislados, que no tengan una buena formación y, que no comprendan de forma adecuada la cosmovisión que tienen las comunidades o pueblos indígenas sobre su patrimonio cultural o conocimientos tradicionales. Además de ello se deberán respetar las instituciones internas que cada pueblo o comunidad indígena tengan para la toma de decisiones, la forma de impartir justicia y la manera en que se organizan políticamente.

Que el acceso al patrimonio cultural o conocimientos indígenas sea a través de contratos que deberán estar inscritos y en algunos casos aprobados por el ente de gobierno competente

Los países han optado por crear una protección diferenciada hacia las comunidades indígenas en las negociaciones con terceros, sin embargo, esto representa un gran reto, ya que de alguna manera con esta disposición se siguen trasgrediendo los derechos de los pueblos o las comunidades indígenas a la autodeterminación y a poder decidir libremente sobre la administración de su patrimonio o conocimientos tradicionales.

Se manifiesta nuevamente el reto de integrar un gobierno incluyente, donde estructuralmente se garantice la participación indígena, de lo contrario la intervención del Estado podría ser lesiva de la autonomía de los pueblos.

A la distribución justa y equitativa de las ganancias obtenidas por el acceso concedido al patrimonio cultural o conocimientos tradicionales

Se tiene como eje fundamental la propiedad colectiva de los pueblos o comunidades indígenas, por lo que dichos beneficios deberán ser repartidos de manera equitativa entre los miembros de la comunidad. La mayoría de las legislaciones en Latinoamérica han optado por que las cantidades o porcentajes que se paguen a las comunidades indígenas dependerán de las negociaciones económicas que se realicen con las personas interesadas en utilizar y explotar el patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales; sin embargo, la legislación de Brasil ha determinado ciertos porcentajes en caso de concesión de producto terminado o material reproductivo derivados de recursos genéticos o conocimientos tradicionales, al respecto dispone dos formas: las participaciones dinerarias y no dinerarias.

Sobre las participaciones dinerarias establece lo siguiente:

Arte. 20. Cuando la modalidad elegida sea la participación en los beneficios monetarios derivados de la explotación económica del producto terminado o material reproductivo derivados del acceso al patrimonio genético, se destinará una parte del 1% (uno por ciento) de los ingresos netos anuales obtenidos de la explotación. debido económico, salvo la hipótesis de reducción hasta en 0,1 (una décima) por acuerdo sectorial prevista en el art. 21

Arte. 21. A fin de garantizar la competitividad del sector contemplado, la Unión podrá, a solicitud de parte interesada, de conformidad con el reglamento, celebrar un convenio sectorial que permita la reducción del valor de la participación monetaria en los beneficios hasta al 0,1% (un décimo por ciento) de los ingresos netos anuales obtenidos de la explotación económica del producto terminado o material reproductivo

resultante del acceso al patrimonio genético o conocimiento tradicional asociado de origen no identificable (Ley N° 13.123 de 20 de Mayo, 2015, artículos 20-21).

Adicionalmente, para la repartición de los beneficios obtenidos por la concesión de uso y explotación del patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales, han creado el Fondo Nacional de Participación de Beneficios y el Programa Nacional de Participación de Beneficios, cuyos únicos beneficiarios son los poseedores de los conocimientos tradicionales. Este esquema les permite tener un control para la repartición de los beneficios obtenidos no solo por las concesiones de uso, sino que, además, se encuentra integrado por asignaciones de presupuesto anual, créditos, lo recaudado por las multas y, donaciones, entre otros, por lo que Brasil resulta ser uno de los países con mayor adelanto en cuanto a la creación de un sistema de repartición de los beneficios; modelo que podría ser tomando por otros países para adaptarlo a sus legislaciones.

Caso México con la Ley Federal De Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos Y Comunidades Indígenas y Afromexicanas

De acuerdo con la revista *Forbes* México es uno de los siete países a nivel mundial y el primero de América con el mayor número de patrimonio cultural (2021); por ello no es extraño que su riqueza cultural sea reconocida y admirada por muchos en el mundo, lo cual ha traído como consecuencia que muchas personas e industrias quieran hacer uso de elementos del patrimonio cultural o conocimientos tradicionales mexicanos. Esta situación provoca una gran preocupación, pues se han tenido noticias que diseñadores de alta costura hacían uso de diseños indígenas para plasmarlos en sus colecciones.

Uno de los casos más sonados fue el de la diseñadora de moda Isabel Marant y el pueblo Mixe ubicados en la sierra norte de Oaxaca, la diseñadora uso un bordado originario de este pueblo en un huipil, una falda, un vestido y, una chamarra para su colección del mismo año (Escobar, 2015), a pesar de la indignación del pueblo Mixe y que exigieron al gobierno mexicano tomara acciones legales en contra de la diseñadora no hubo respuesta alguna, ya que en ese año México no contaba con una ley que

protegera los conocimientos tradicionales o el patrimonio cultural.

Un segundo caso de relevancia fue el del diseñador Christian Louboutin colaboró con los indígenas Mayas que se ubican en la península de Yucatán para realizar los bordados de una colección de bolsos, pagando a los indígenas por su trabajo y diseño la cantidad mínima de MEX\$237, mientras que los bolsos se vendían en por la cantidad de MEX\$28,000 (Ramírez, 2017). Si bien en este caso fueron los propios indígenas mexicanos quienes elaboraron los diseños, lo cierto es que no obtuvieron una retribución justa, incluso ellos desconocían el valor que tenían los bolsos en el mercado, sin que de nueva cuenta el Estado mexicano interviniera para proteger los conocimientos tradicionales o el patrimonio cultural.

Por desgracia, en esta ocasión tampoco el régimen de propiedad intelectual actual fue capaz de brindar protección, ya que existe la *teoría de la primera venta*, que establece que una vez que el titular del derecho de autor venda o ceda a un tercero su derecho sobre la copia de una obra, este último puede disponer de ella como mejor le convenga, incluso puede revenderla al precio que quiera, con lo cual suponiendo que el Estado mexicano hubiera interpuesto alguna acción legal en contra del diseñador, bajo el esquema de propiedad intelectual no habría ninguna falta por parte del diseñador, ya que fueron los mismos indígenas quienes les vendieron sus obras.

Pero los casos de apropiación indebida del patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales mexicanos, no solo se han limitado a diseños textiles, sino que también han ocurrido casos de apropiación indebida de recursos genéticos. Al respecto Aguirre expone el siguiente caso:

Ya desde mediados del siglo XX, un ejemplo paradigmático de biopiratería en México, poco conocido y poco valorado, lo fue el barbasco (*Discorea Compositia*) bejuco existente en las selvas altas perennifolias de México, cuya raíz tuberculosa crece profundamente en el suelo selvático y a la cual, desde tiempos ancestrales, el conocimiento indígena tradicional le daba a ésta 3 usos diferentes:

a) Para elaborar jabón, utilizado para suavizar y brindar consistencia al cabello humano;

b) Para facilitar la captura de peces en arroyos, dado que al impregnar con el polvo de barbasco las pozas de estos cauces, los peces morían sin que su carne se contaminara; y

c) Para tratar “enfermedades de la mujer” y como abortivo natural.

Fue precisamente esta última característica la que desde 1936 llamó claramente la atención del bioquímico Russell Maker, de la Universidad Estatal de Pensylvania (EUA) quien le siguió el rastro a las investigaciones previas realizadas por los investigadores japoneses [...].

Con este descubrimiento -obtenido a partir de un recurso genético de propiedad nacional y cuyo conocimiento tradicional fue arrancado a médicos indígenas- fue que en 1943 Maker se asoció con la empresa farmacéutica Laboratorios Hormona S.A., con sede en México, pero propiedad de europeos. De esta asociación surgió la corporación Syntex S. A., de los estrógenos obtenidos del barbasco mexicano, Syntex obtiene las píldoras anticonceptivas y de los corticoides, la cortisona sustancia de impresionantes propiedades anti-inflamatorias (2007, págs.11-12).

Fue por los constantes casos de apropiación indebida del patrimonio cultural que los pueblos y comunidades indígenas, así como la sociedad en general, comenzaron a exigir al gobierno mexicano la implementación de medidas de protección de su patrimonio cultural o conocimientos tradicionales, pues en México no existía una ley que protegiera los Conocimientos tradicionales adecuadamente. Hasta hace unos años, lo más cercano a una ley sui, en materia, era la Ley Federal del derecho de autor; sin embargo, dentro de la misma ley se establecía que las obras del arte popular o artesanal serían de libre utilización, y aunque, se realizó una reforma a dicha ley que establece una protección para las obras creadas por las comunidades indígenas, la protección que brinda a todas las obras en general es temporal, es decir cien años después de la muerte del autor para el caso de los derechos patrimoniales.

Fue así que ante la presión social los senadores Ricardo Monreal Ávila y Susana Harp Iturrubarría, en el año de 2018, presentaron una iniciativa de ley, buscando la protección del patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales, en un principio la ley se llamaría *Ley de salvaguardia de los conocimientos, cultura e identidad de los*

pueblos y comunidades Indígenas y Afromexicanos, esta ley encuentra su fundamento de existencia en lo previsto por el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los instrumentos internacionales de los que México forma parte, principalmente en el artículo 1º del convenio 169 de la OIT. Sin embargo, es importante rescatar que México ya se encontraba obligado a realizar una legislación específica de protección de conformidad con La Declaración Universal de los Derechos humanos, La Declaración de las Naciones Unidas sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas, El Protocolo de Nagoya, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que era una deuda histórica que el Estado Mexicano tenía con los pueblos o comunidades indígenas.

Tuvieron que pasar un poco más de tres años para que finalmente, el 17 de enero de 2022 se expidiera Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, cuyos puntos más importantes son:

- Que se reconoce la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre su patrimonio cultural, sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales y su propiedad Intelectual.
- Se reconoce que los pueblos o comunidades indígenas son los únicos custodios de su Patrimonio Cultural.
- Se establece prohibición expresa y sanciones por la apropiación indebida y uso por parte de terceros del patrimonio cultural de los pueblos o comunidades indígenas.
- Se establece que las autorizaciones que otorguen los pueblos o comunidades indígenas a terceros para la utilización o explotación del patrimonio deberán hacerse mediante contratos.
- Que para la firma de dichos contratos se requiere el consentimiento libre e informado de los pueblos o comunidades indígenas.
- Que los beneficios económicos obtenidos gracias a la explotación del Patrimonio Cultural serán convenidos con las autoridades o instancias de decisión y representación de los pueblos o comunidades indígenas.
- Que para garantizar el cumplimiento de la Ley será creado el Sistema de Protección

del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas.

- Que en los procedimientos de mediación y queja será el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR) la autoridad facultada para resolver y el Instituto Nacional de los pueblos Indígenas (INPI) la autoridad de representación de los pueblos o comunidades indígenas en dichos procesos.

Si bien es cierto que con la expedición de esta ley el Estado Mexicano está dando un gran avance para proteger el patrimonio cultural de los pueblos o comunidades indígenas, lo cierto es que dicha legislación no es suficiente ya que tiene algunas lagunas legales, además de no establecer limitaciones a los derechos colectivos sobre el patrimonio cultural de los pueblos o comunidades indígenas; lo cual quiere decir que cualquier persona que esté utilizando algún elemento del patrimonio cultural, incluso sin fines de especulación comercial, estaría incurriendo en una infracción. Esta amplitud exagerada podría poner en riesgo la utilización de elementos de la cultura para fines educativos o de investigación, por lo que sería conveniente que se establezca un sistema de limitaciones como lo hay por ejemplo con los derechos de autor, en el cual en la hipótesis planteada se permitiría hacer uso del elemento gráfico sin especulación comercial, siempre y cuando se respete el derecho del autor.

Al no existir una temporalidad para la protección y la exigencia de una infracción por parte de los pueblos o comunidades indígenas por la misma naturaleza del patrimonio cultural, de conformidad con:

Artículo 15. La propiedad que esta Ley reconoce a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas sobre los elementos de su patrimonio cultural, es un derecho inalienable, imprescriptible, irrenunciable, inembargable y de naturaleza colectiva

Artículo 19. Los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas tendrán el derecho de reclamar, en todo momento, la propiedad colectiva reconocida en esta Ley, cuando terceros utilicen, aprovechen, comercialicen, exploten o se apropien indebidamente, de elementos de su patrimonio cultural, incluyendo reproducciones, copias o imitaciones, aun en grado de confusión, sin su consentimiento libre, previo e informado (*Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural*)

de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, 2022, artículos 15 y 19).

La Ley no especifica de qué manera se procederá cuando coexistan los derechos de Propiedad Industrial o Derechos de autor de terceras personas, pues hasta antes de 2020, era lícito utilizar estos elementos, ya que la Ley de Derechos de Autor establecía que estos serían de libre utilización, por lo que ahora la interrogante versa sobre los derechos adquiridos y la vigencia de su protección ante la imprescriptibilidad de los conocimientos tradicionales.

Otra situación que parece importante mencionar es que dentro de la misma Ley se establece:

Artículo 8. Todo el patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas se entenderá reservado por el pueblo o comunidad que corresponda y estará prohibida su utilización y aprovechamiento, salvo que éstos otorguen su consentimiento libre, previo e informado, de conformidad con la Ley General de Consulta de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas.

Lo que supone una situación compleja, ya que primeramente la Ley General de Consulta de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, aún no se encuentra expedida, sino que está en discusión en el Congreso, causando incertidumbre sobre la eficacia y la modalidad de la consulta previa.

En segundo lugar, es que suponiendo que la Ley de Consulta estuviera expedida y vigente al día de hoy, en el proyecto de ley se encuentra:

Artículo 53. El proceso de consulta se desarrollará conforme a las siguientes etapas:

- I. Preparatoria;
- 11. Acuerdos previos;
- 111. Informativa;
- IV. Deliberativa;
- V. Consultiva;
- VI. y Seguimiento de acuerdos.

Los tiempos para cada una de las etapas deberán ser razonables y acordados por las partes. Las instancias y modalidades de cada una de las etapas se definirán en el Protocolo respectivo, de conformidad con las reglas previstas en el presente Título (*Minuta Proyecto de Decreto por el que se expide*

la Ley General de Consulta de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, 2022).

Como se observa, el proceso que pretende desarrollar la Ley es largo y burocrático, pues se requiere de la intervención de los entes de gobierno, ya que la consulta será realizada por ellos, lo que podría mermar el interés de los terceros que deseen obtener una autorización para la explotación o el uso del patrimonio cultural.

Se coincide con Juan Martínez, cuando afirma que

Aun cuando se realicen esfuerzos importantes para normar esta situación en la legislación secundaria y se establezcan nuevos canales de defensa de derechos, seguirá siendo limitada mientras no se haga una profunda reforma constitucional en materia indígena y afromexicana, donde se reconozca sin cortapisas el derecho a la libre determinación, [...] y se reconozca el derecho pleno a la construcción de su propia perspectiva de devenir común. (2022).

Se observa necesario que los legisladores consideren implementar mecanismos que permitan celeridad en el proceso de consulta, de lo contrario parece que más que traer beneficios para los pueblos o comunidades indígenas, va a traerles complicaciones en el modo de explotación su patrimonio.

Ante las incertidumbres jurídicas se aprecia que, más que contribuir a que los pueblos indígenas exploten su patrimonio y puedan aprovechar las ganancias, lo que se propicia es que los terceros interesados, ya sea particulares o industrias, quieran dejar de lado la utilización de elementos del patrimonio cultural por la complejidad e incertidumbre que ahora se tiene para su administración y concesiones de uso.

CONCLUSIONES

A pesar que México y otros países de América Latina han elaborado legislaciones específicas (sui generis) para proteger sus conocimientos tradicionales o su patrimonio cultural, se puede observar que son insuficientes, bien sea por la falta de técnica jurídica y conocimientos específicos de los legisladores en la materia o por la incompatibilidad de la ley con la estructura

política. Además, queda el problema de la territorialidad, ya que dichas leyes tienen alcance de derecho interno, por lo que una vez que ese patrimonio o conocimiento salga del país será difícil que encuentre su protección.

Por lo tanto, para tener adecuada protección del patrimonio cultural o de los conocimientos tradicionales, se hace necesaria la elaboración de un tratado de cooperación entre países para salvaguardar los derechos de sus pueblos o comunidades indígenas, cuando su patrimonio o conocimientos salgan de sus países de origen.

También es necesario que los países y los organismos internacionales como la UNESCO, OMPI, OIT y OMC, uniformen criterios y definiciones en la materia, sean conocimientos tradicionales o patrimonio cultural. Es necesaria una postura única y clara acerca de los elementos que los integran para que así los tratados y legislaciones puedan tener interpretaciones de los elementos en un mismo sentido y, poder ir generando poco a poco conceptos sólidos que ayuden al desarrollo y fortaleza en la protección del patrimonio cultural o los conocimientos tradicionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cámara de Diputados. (20 de abril de 2022). *senado.gob.mx*. https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/3/2021-04-22-1/assets/documentos/Minuta_PueLos_Indigenas_Afromexicanas.pdf
- La Asamblea Legislativa Plurinacional. (23 de Mayo de 2014). *Ley del Patrimonio Cultural Boliviano*. https://sea.gob.bo/digesto/CompendioII/E/34_L_530.pdf
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (17 de Enero de 2022). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfppcpcia.htm>
- Castro García, J. (2009). *La Propiedad Inmaterial*, 253-282. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3135192>
- Congreso de la República de Perú. (2004). *Ley de protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas*.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (s.f.). *diputados.gov*. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPI_010720.pdf
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (s.f.). *segob*. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5640770&fecha=17/01/2022#:~:text=Tiene%20por%20objeto%20reconocer%20y,de%20la%20Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de
- Cordero, J. A. (2009). "El desafío Cultural mexicano". *Revista Proceso*, 9.
- Aguirre, M. Á. (2007). *Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas de México y recursos Genéticos*. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
- Asamblea Legislativa de Panamá. (2000). *Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos*. Panamá.
- Escobar, A. C. (22 de Mayo de 2015). Acusan a diseñadora francesa de plagio a comunidad Mixe. *Milenio*. <https://www.milenio.com/estilo/acusan-disenadora-francesa-plagio-comunidad-mixe>
- Forbes. (14 de Noviembre de 2021). Los siete países con mayor Patrimonio de la Humanidad. *Forbes México*, 2. <https://www.forbes.com.mx/forbes-life/destinos-turismo-los-siete-paises-con-mayor-patrimonio-de-la-humanidad/>
- Juan Martínez, V. L. (2022). Plagio, biopiratería y legislación. La (des) protección del patrimonio cultural e inmaterial de los pueblos indígenas en México. *Más allá del derecho de autor*, 35-41.
- Monreal Ávila, R., & Harp Iturrubarría, S. (18 de Noviembre de 2018). *susanaharp.org*.

<https://www.susanaharp.org/susanaharp/wp-content/uploads/2020/05/201118-Iniciativa-Ley-de-Salvaguardia.pdf>

- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/sections/universal-declaration/history-document/index.html>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (24 de JULIO de 1971). <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_287-accessible1.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s.f.). *wipo.int*. <https://www.wipo.int/treaties/es/>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, l. C. (17 de octubre de 2003). *www.unesco.org*. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17716&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Organización Internacional del trabajo. (27 de junio de 1989). <https://www.senado.gob.mx>. https://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Convenio_169_PI.pdf
- Organización Mundial de las Naciones Unidas. (13 de septiembre de 2007). *un.org.com*. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Ouma, M. (2017). Los conocimientos tradicionales y las dificultades que afrontan los legisladores internacionales. *OMPI Revista*. http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/01/article_0003.html
- Pina, R. d. (2011). *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Porrúa.
- Presidencia de la República de Brasil. (20 de mayo de 2015). <https://legislacao.presidencia.gov.br>. <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13123&ano=2015&ato=9a0ITU65UNVpWTc7b>
- Ramírez, M. (17 de Julio de 2017). Pueblos Indígenas.Louboutin explota a indígenas mayas. *La Izquierda Diario*. <https://www.laizquierdadiario.mx/Louboutin-explota-a-indigenas-mayas>
- Senado de la República de los Estado Unidos Mexicanos. (21 de abril de 2022). *enado.gob.mx*. https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/117056