

# De los derechos de autor y los pueblos originarios

## Of copyrights and the original peoples

**Jaime Hernández de la Torre**

Investigador. Universidad de Guadalajara, México  
lic\_jaimehdez@hotmail.com

**Martha Alicia Villaseñor Tinoco**

Alumna de la maestría en Derecho de la  
Universidad de Guadalajara, Mexico  
villatimartha.21@gmail.com

Recibido: 02/03/2018

Aceptado: 09/03/2018

**RESUMEN:** El objetivo del presente artículo es evidenciar la importancia del legado cultural de las “etnias” y su capacidad para ejercer derechos patrimoniales; como sustento metodológico está el estudio de los antecedentes legales de las minorías en términos de equidad e igualdad. Las culturas populares se encuentran vulneradas en sus derechos sobre las obras literarias, artísticas, artesanales, etc. de quienes son titulares como custodios y portadores del patrimonio cultural, ellos constituyen un tipo de ciudadano en condiciones de vulnerabilidad, tanto en términos de sus bienes patrimoniales tangibles como aquellos de orden intangible como usos y costumbres. La Ley Federal de Derechos de Autor no aplica un tipo de cobertura patrimonial que otorgue facultades reales en la defensa, protección y desarrollo de tales bienes culturales.

**PALABRAS CLAVE:** Culturas populares, derechos patrimoniales, patrimonio cultural.

**ABSTRACT:** The objective of this article is to evident the importance of the cultural legacy of the “ethnic groups” and their capacity to exercise patrimonial rights; methodological support is the study of the legal background of minorities in terms of equity and equality. Popular cultures are affected in their rights over literary, artistic, artisan works, etc. of those who are holders as custodians and carriers of cultural heritage, they constitute a type of citizen in conditions of vulnerability, both in terms of their tangible heritage assets and those of intangible order such as uses and customs.

The federal copyright law does not apply a patrimonial type of coverage that grants real powers in the defense, protection and development of such cultural property. For which it is necessary to generate an initiative to promote the granting of such rights in the Federal Copyright Law.

**KEY WORDS:** Popular cultures, patrimonial rights, cultural heritage

## SUMARIO

I. ¿Qué es la propiedad intelectual?. II. Los derechos de autor en México. III. El derecho de los pueblos originarios y la ley autoral. IV. El patrimonio cultural de los pueblos originarios y los conocimientos tradicionales en posición de indefensión. V. El porqué de una propuesta de otorgamiento de derechos patrimoniales a las culturas populares. VI. El derecho comparado y los pueblos indígenas. VII. Conclusión. Bibliografía.

### I. ¿Qué es la propiedad intelectual?

La propiedad intelectual se relaciona con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio.

La propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial, que abarca las patentes de invención, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas y el derecho de autor, que abarca las obras literarias (por ejemplo, las novelas, los poemas y las obras de teatro), las películas, la música, las obras artísticas (por ejemplo, dibujos, pinturas, fotografías y esculturas) y los diseños arquitectónicos. Los derechos conexos al derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los de los organismos de radiodifusión respecto de sus programas de radio y televisión (OMPI, 1992).

La importancia de la propiedad intelectual se reconoció por vez primera en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883), y en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886). La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) administra ambos tratados (Becerra Ramírez, 2007).

La protección y promoción de la propiedad intelectual es relevante en

varios sentidos. *En primer lugar*, el progreso y el bienestar de la humanidad dependen de su capacidad de crear e inventar nuevas obras en las esferas de la tecnología y la cultura. *En segundo lugar*, la protección jurídica de las nuevas creaciones alienta a destinar recursos adicionales a la innovación. *En tercer lugar*, la promoción y la protección de la propiedad intelectual estimulan el crecimiento económico, generan nuevos empleos e industrias y enriquecen y mejoran la calidad de vida.

La legislación en materia de propiedad intelectual en las diferentes naciones se plantea entre otras metas: promover un sistema de propiedad intelectual eficaz y equitativo puede contribuir a que todos los países exploten el potencial de la propiedad intelectual como catalizador de desarrollo económico y de bienestar social y cultural. El sistema de propiedad intelectual ayuda a establecer un equilibrio entre los intereses de los innovadores y el interés público, creando un entorno en el que la creatividad y la invención puedan florecer en beneficio de todos (OMPI, 1992).

El presente trabajo versa acerca del otorgamiento de derechos patrimoniales a las culturas populares y conocimientos tradicionales, en materia de propiedad intelectual y derecho de autor, a los pueblos originarios como herederos y depositarios del legado histórico, social y cultural de las naciones que forman parte.

## II. Los derechos de autor en México

Los derechos de propiedad intelectual se asemejan a cualquier otro derecho de propiedad. Permiten al creador, o al titular de una patente, marca o derecho de autor, gozar de los beneficios que derivan de su obra o de la inversión realizada en relación con una creación. Esos derechos están consagrados en el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que contempla el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la autoría de las producciones científicas, literarias o artísticas (Becerra Ramírez, 2007, p.24).

El código civil de 1928 fue promulgado por Plutarco Elías Calles, en cuyo libro II, Título VIII, quedó de manifiesto la regulación del derecho de autor, a través de sus disposiciones. Por otra parte, en el *Reglamento para el Reconocimiento de Derechos Exclusivos de Autor, Traductor o Editor*, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre de 1939, ya se había hecho énfasis en una obra o creación como el objeto de protección del derecho de autor (López Guzmán, 1995).

En México surgió la primera *Ley Federal sobre el Derecho de Autor* en 1947, conjugándose lo estipulado en el Código Civil de 1928 y el *Reglamento para el Reconocimiento de Derechos Exclusivos de Autor, Traductor o Editor*, de 1939. A través de esta Ley se concedió al autor el derecho de publicar su obra en cualquier medio y con fines de lucro, así como su transformación, comunicación, traducción y reproducción parcial o total, extendiendo la vigencia del derecho de autor hasta 20 años después de su muerte, en beneficio de sus herederos.

Otra novedad fue la tipificación de algunos delitos como violaciones al derecho de autor.

La incipiente *Ley Federal sobre el Derecho de Autor* de 1947 fue trascendente por integrar el principio de “ausencia de formalidades”, lo que significaba que una obra estaba protegida desde el momento de su creación, estando registrada o no. Con esta transformación jurídica, la legislación mexicana logró integrarse en el plano de los derechos autorales a nivel mundial. A partir de este momento México haría historia en el futuro en cuanto a la protección de los autores, así como lo sugieren sus antecedentes del siglo XVII.

México firmó su adhesión al Convenio de Berna para la *Protección de las Obras Literarias y Artísticas* el 24 de julio de 1971. Con esta integración, que entró en vigor el 17 de diciembre de 1974, fue posible mejorar la legislación interna, en particular gracias al reconocimiento de nuevos derechos, la elevación de los niveles de protección y la estandarización de la reglamentación convencional.

Asimismo, con la firma del Convenio de Berna, en México se adoptó la regulación de la figura de la presunción de autoría, quedando así desplazada la

obligación de registrar una obra para verse reconocidos los derechos de autor. A partir de este momento, para que el autor viera reconocida su personalidad, sólo era necesario que indicara en la obra su nombre o seudónimo (López Guzmán, 1995). *La Ley Federal sobre el Derecho de Autor* fue reformada y adicionada el 11 de enero de 1982, quedando incorporadas algunas disposiciones acerca de las obras y las interpretaciones usadas con fines publicitarios o propagandísticos, y ampliando la protección no sólo a los autores, sino también a los intérpretes y los ejecutantes. En 1991 esta Ley fue objeto de nuevas reformas y adiciones.

### III. El derecho de los pueblos originarios y la ley autoral

La cultura popular constituye un elemento básico de la identidad como mexicanos pero la protección jurídica se sujeta a exigir el respeto a los “derechos morales” y el reconocimiento de la “paternidad” por lo que deberá mencionarse la comunidad o etnia o en su caso la región de la República que le es propia. Sin embargo, en la realidad presente no es posible garantizar el respeto a los derechos morales es decir la integridad de la obra, contra su deformación o uso que cause demérito o perjuicio en la reputación de la comunidad o etnia a la cual pertenece. Existen casos en los que no se cuenta con medios legales para garantizar la protección de elementos culturales de orden ceremonial o ritual, en materia de derechos morales.

Por otra parte la ley permite en el caso de las culturas populares la libre utilización de la obra al otorgarle carácter de dominio público; pero la fijación en soportes materiales de elementos propios de esa cultura popular o artesanal, se encuentra protegida por la ley autoral de forma individual tanto en materia derechos morales como patrimoniales siempre que se respete la referencia a la paternidad sin ninguna obligación en el orden del otorgamiento de regalías hacia dichos pueblos originarios.

Son los conocimientos tradicionales de las etnias y los elementos propios de lo que se engloba bajo el concepto de "cultura popular" los que poseen un valor económico no reconocido por la ley que los limita en su capacidad de producción

y retención de los conocimientos, así como de sus beneficios derivados.

Existe una vulnerabilidad jurídica tal como lo señala Dandler (1994) entre los indígenas como sujetos individuales y como pueblos debido a que “no es suficiente proclamar y proteger los derechos individuales de tipo universal, pues la negación de los derechos colectivos de los pueblos nativos ha generado entre otras cosas, la violación masiva de sus derechos individuales”, considerando que la propiedad intelectual occidental, consagra los derechos de los creadores solo de corte individual, dejando de lado los derechos colectivos cuyos representantes son las culturas indígenas que demandan el reconocimiento de sus derechos sobre el conocimiento tradicional y patrimonio cultural que les es propio, por ser herederos directos a través de la tradición oral de sus antepasados, usos y costumbres vinculados al territorio, recursos naturales, etc. lo cual demanda la legitimación de la propiedad cultural colectiva, exige la protección contra la degradación del ambiente (*su habitad*) y el reconocimiento como depositaria directa; donde las etnias deberían ser las primeras beneficiarias y no echas a un lado como sucede actualmente.

Ha sido a partir de la globalización vinculada al avance en el campo de la biotecnología cuando se ha generado un interés creciente por el acceso a plantas y semillas que pueden ser útiles para el desarrollo de nuevas drogas medicinales, ello a partir de conocimientos tradicionales sobre herbolaria y procedimientos terapéuticos alternativos, tales recuperaciones se utilizan para beneficio de quienes realizan la indagación y luego lucran a partir del registro de patentes de invención privada corporativa.<sup>1</sup>

De lo anterior se deriva que los reclamos indígenas en materia de propiedad intelectual son justos en el sentido de que son precisamente estos pueblos los que pese a los procesos históricamente vividos de aculturación y colonialización han preservado su patrimonio como un legado propio que incluye usos y costumbres,

---

1 Un ejemplo muy popular de esta situación es la sangre del drago que se utiliza popularmente para úlceras, cicatrización y como antiviral; el mismo caso aplica para el floripondio y la comercialización de “uña de gato”, donde los detentores originarios de este conocimiento jamás percibieron ningún tipo de beneficio económico y ni siquiera el reconocimiento de la paternidad, es decir el derecho moral.

conocimientos naturales entre los que es preciso distinguir las plantas sagradas asociadas a rituales y las propias de la medicina tradicional o herbolaria de gran interés para las farmacéuticas transnacionales; por otra parte, estos grupos nativos conservan sus vestimentas tradicionales con bordados y una gama impresionante de colores y motivos que en están siendo tomados cada vez con más frecuencia para las pasarelas de moda europea bajo el concepto de “motivo étnico”, que son ostentados por marcas ajenas a quienes les dieron origen.

Hoy en día es posible adquirir en puestos de revistas del centro históricos de GDL grabaciones en Cd de cantos, leyendas y cuentos tradicionales, al llegar a este punto de comercialización deja de importar la forma en que este manejo mercantil afecta y lesiona derechos fundamentales reconocidos, en el orden moral y patrimonial, al presentar imágenes deformadas de la cultura originaria y plantearla totalmente fuera de su contexto original.

#### **IV. El patrimonio cultural de los pueblos originarios y los conocimientos tradicionales en posición de indefensión**

En el contexto de comunicación de masas e interacción global, la diversidad cultural adquiere un significado distinto, lo lejano ya no lo es tanto y la cultura local aislada ha dejado de serlo, todo, absolutamente todo, es susceptible de subir a red y acceder a audiencias que bajo otras circunstancias sería imposible, en este escenario el mercantilismo hace su aparición, en busca de valores de orden económico; y la protección de derechos de propiedad intelectual, adquiere relevancia al ser el centro de discusiones y conflictos, específicamente este estudio contempla los derechos de propiedad intelectual y los derechos al patrimonio cultural y natural de los pueblos originarios de nuestro país como depositarios del conocimiento tradicional y de las denominadas culturas populares.

Por otra parte, los aspectos mencionados de la cultura popular como la gastronomía, el conocimiento de la herbolaria y la medicina tradicional no aparecen mencionados en el desglose de la ley. La lucha indígena y de las diversas etnias en pos de la protección de sus rituales y lugares sagrados tampoco

se encuentra contemplado en este tipo de protección, si bien en otros rubros de la constitución: es el caso del artículo dos constitucional (identidad indígena, multilingüe y pluricultural); en el ámbito internacional; es el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, donde el estado mexicano se suscribió para garantizar derechos de los pueblos originarios y la integridad cultural.

Es en el rubro de la propiedad intelectual donde debe reflejarse igualmente ese respeto y atención a las legítimas demandas a favor de su conservación y permanencia como elemento de cohesión e identidad de la mexicanidad.

Si la ley del derecho de autor enuncia como su objetivo la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la nación, es en el legado indígena ancestral y su presencia en los pueblos originarios contemporáneos, donde se precisa fortalecer tal postulado de manera concreta, buscando implementar medidas para su difusión y conocimiento general, porque un pueblo que no conoce su legislación no se encuentra en condiciones de demandar su aplicación.

Los reclamos en nombre de derechos colectivos que la ley no contempla sino de forma borrosa que no termina de lograr nitidez, de ahí la propuesta del otorgamiento de derechos patrimoniales para las culturas populares en la Ley Federal de los Derechos de Autor, que brinde personalidad jurídica y facultades legales a estas culturas originarias.

El estudio de las culturas populares y la defensa y protección de sus derechos encuentra su referente particular en la corriente de los derechos fundamentales de las minorías que de manera general se ubican como garantías donde Ferrajoli, que es uno de los principales exponentes teóricos, permite recuperar los conceptos de igualdad desde el punto de vista jurídico, aplicado en los términos y condición para los grupos étnicos como portadores y representantes directos de las culturas populares.

Puesto que por un lado, en el discurso oficial se plantea la equidad y la igualdad entre los ciudadanos, pero por otro, en el caso de las minorías étnicas este discurso se modifica al mencionar la necesidad de aplicar la legislación

a los pueblos originarios como entidades de ciudadanos o como conjunto de individuos.

Entre los grupos o actores sociales que es posible identificar en esta problemática, destacan por una parte, los representantes de las culturas populares que para el presente estudio, se toma a los grupos étnicos wixarrikas asentados en el estado de Jalisco, como grupo de cultura original, étnica, lingüística y depositaria de una parte importante del legado cultural nacional.

Las palabras clave del presente proyecto engloban elementos conceptuales que inciden de manera directa en la propuesta a desarrollar acerca del otorgamiento de derechos patrimoniales a las etnias como representantes y depositarios directos del legado y patrimonio cultural mexicano, debido a que la Ley Federal de los Derechos de Autor solamente les confiere los derechos morales y no les faculta en acciones de orden patrimonial sobre sus producciones, manifestaciones culturales, artísticas y de conocimientos tradicionales.

De acuerdo a lo anterior es posible conceptos clave en torno al tema, en primer lugar vale la pena considerar lo que se entiende por *patrimonio cultural*, que es el conjunto de bienes tangibles e intangibles, que constituyen la herencia de un grupo humano, que refuerzan emocionalmente su sentido de comunidad con una identidad propia y que son percibidos por otros como característicos.

El *patrimonio cultural* como producto de la creatividad humana se hereda, se transmite, se modifica y optimiza de individuo a individuo y de generación a generación (Secretaría de Cultura Jalisco, 2017).

Para entender mejor el concepto de patrimonio cultural podemos subclasificarlo: el *Patrimonio Cultural Tangible o Material* se compone de los bienes muebles e inmuebles hechos por las sociedades de nuestro pasado (UNESCO, 2000) y el *Patrimonio Cultural Intangible e Inmaterial* constituye el patrimonio intelectual y el sentido que hace única a una comunidad, como las tradiciones, la gastronomía, la herbolaria, la literatura, las teorías científicas y filosóficas, la religión, los ritos y la música, así como los patrones de comportamiento que se expresan en las técnicas, la historia oral, la música y la danza (UNESCO,

2000). Como podrá apreciarse es en el rubro de patrimonio cultural intangible o inmaterial donde se ubican los saberes tradicionales, la cultura popular y los usos y costumbres de las comunidades étnicas sujetas a estudio, por ende es en este ámbito donde se ahondará más en el desarrollo de la investigación.

Sobre el concepto de *indígena*, se interpreta como un gentilicio que contempla a los pueblos originarios, la cuestión de la protección de la propiedad cultural e intelectual en torno a ellos ha cobrado interés creciente y urgente. El propio concepto de indígena proyecta la idea de una persona que posee una cultura y un estilo de vida distinto e independiente, basado en antiguos conocimientos y tradiciones, ligados a un territorio específico (Raluy Poudevida, 2017).

Los pueblos indígenas no pueden sobrevivir ni ejercer sus derechos fundamentales como naciones, como sociedades o como poblaciones distintas si no pueden conservar, recuperar, desarrollar y transmitir los conocimientos que han heredado de sus antepasados.

Aparte de los conceptos, las corrientes teóricas permiten explicar los hallazgos al darle una estructura discursiva coherente como es la Teoría garantista, que tiene como principal exponente a Luigi Ferrajoli.

Pese al entorno tecnológico y de modernidad que envuelve nuestro país y orienta las relaciones internacionales la teoría y el discurso sobre los derechos fundamentales no ha perdido vigencia, por el contrario tiende a nombrarse con mayor énfasis y tal como señala Bobbio “el problema de fondo de los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos” (Bobbio Norberto, 1991), efectivamente los derechos fundamentales se mantienen vigentes y son constantemente invocados en diferentes espacios, siempre con el ánimo de reforzar la tutela y asegurar la protección de las libertades y derechos de los sujetos que en el presente trabajo constituyen las minorías étnicas de nuestro país y en particular aquellas presentes en el estado de Jalisco: la Etnia Wixarika mejor conocida como Huicholes.

De acuerdo a Ferrajoli *los derechos fundamentales* reúnen ciertas características “que no se pueden comprar ni vender”, es decir, que se trata de

derechos que corresponden a “todos” los seres humanos de manera universal en cuanto sujetos dotados de una categoría como persona, como ciudadano o como sujeto de derecho, se trata de derechos subjetivos en el sentido positivo de ser sujetos de prestaciones o en el negativo de no sufrir lesiones por medio de la norma jurídica positiva “como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas” (Ferrajoli, 2000).

A pesar de plantearse la importancia y valor de los derechos fundamentales, quedan limitados si no se logra que sean sancionados positivamente por el legislador, así lo indica Massini: “la previsión de tales derechos por un ordenamiento positivo es la condición de su existencia o su vigencia en ese ordenamiento” (Massini, 2009, p. 230), una vez alcanzada esta prescripción los derechos fundamentales se transforman en una herramienta normativa que si bien son favorables a toda la sociedad, resulta propicios a determinada clase o clases de sujetos que según señala Sebastian Contreras estas clases no dejan de ser constructos del propio derecho (Mendoza, 2012, p.19); de ahí que las minorías étnicas encajen de manera clara en este tipo de clasificación o estatus de grupos donde los derechos fundamentales “...*No son negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo a prerrogativas no contingentes o inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados*”( Ferrajoli, 2004, p. 39).

Para los fines de la presente investigación el vínculo del modelo de los derechos fundamentales es la manera en que éstos fortalecen y dan sustento a los derechos patrimoniales como facultades reconocidas a todos (Ferrajoli, 1999, pp.98-99) pero clarificando aquellas libertades o condiciones atribuidas a ciertas “personas” o “sujetos de derecho”, “ciudadanos” y/o “sujetos con capacidad de obrar” valiéndose de lo establecido en las normas de determinado ordenamiento jurídico (Ferrajoli, 2000, p. 291), de tal manera que la norma en cuestión otorga el equilibrio e igualdad al sujeto al generar medios “cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad” (Ferrajoli, 1999, p. 98).

La teoría garantista señala que el derecho a la vida o a la libertad

constituyen derechos fundamentales en tanto son universales e indisponibles, no solamente por tratarse de intereses de orden vital, de manera que donde se permite la lesión o mutilación de estos derechos no sólo merman los valores sino también los intereses en el orden patrimonial: “allí donde estuviera permitida su disposición –por ejemplo admitiendo la esclavitud, o cualquier modo de alienación de las libertades, de la vida, del voto- éstos resultaría también degradantes de los derechos patrimoniales” (Ferrajoli, 2004, p. 48).

Respecto de los derechos patrimoniales agrega Ferrajoli que: “ante todo en el sentido de las relaciones jurídicas mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista –contractual, sucesorio y similares-, mientras que las que se producen entre los titulares de los derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista, o sea del individuo (sólo o también) frente al Estado” (Ferrajoli, 2004, p. 48).

Por otra parte, también considera el autor “el sentido de que mientras a los derechos patrimoniales corresponde la genérica prohibición de no lesión para los derechos reales o bien de obligaciones en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales [...] corresponde las prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas” (Ferrajoli, 2004, p. 48).

## V. El por qué de una propuesta de otorgamiento de derechos patrimoniales a las culturas populares

¿Por qué existe una carencia en la Ley Federal para que las culturas populares cuenten con las condiciones suficientes para acceder al derecho de autor en su cobertura de orden patrimonial como titulares de las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, desarrolladas y perpetuadas en una comunidad o etnia originaria o arraigada en el territorio nacional? La necesidad de protección en materia de derechos de propiedad intelectual plantea una discusión de fondo y de forma, para identificar la importancia que el indígena otorga a sus creaciones y la relevancia social, cultural y económica que tales creaciones han adquirido con

el paso del tiempo.

Tal como lo señala Manuel Becerra Ramírez, los derechos de propiedad intelectual no tienen una evolución lineal rastreable de forma concreta, empero es posible identificar procedimientos que con el paso del tiempo dieron sustento a lo que sería la propiedad intelectual contemporánea:

Es posible identificar rastros de las instituciones sobre todo de lo que puede ser considerado *el eje* (los derechos sobre los inventos y los derechos que tienen los autores sobre sus creaciones) *a partir de las patentes y derechos de autor*, como modelos jurídicos a partir de los cuales se ha protegido y al parecer se seguirá protegiendo la propiedad intelectual. Por eso, para el análisis de la evolución de la PI me baso en las patentes y derecho de autor, que son dos instituciones modelo para todas las demás instituciones de la PI.

El origen de la protección del conocimiento por medio de las patentes se remonta al siglo VII a. C., cuando los griegos otorgan la protección, por un año, a las recetas de cocina. Los historiadores descubrieron un texto griego que proviene de la ciudad de Sybaris, en Lucaine, y en el cual se contiene la concesión de un monopolio de un año al inventor de una receta de cocina (Becerra, 2007, p. 23).

Para el *segundo eje* que sustenta la propiedad intelectual se encuentra el derecho de autor, del que cabe mencionar aparece dividido desde su origen hasta la actualidad debido a dos tradiciones legales que lo amparan: una es el copyright y la otra el derecho de autor, la primera corresponde al sistema jurídico del common law y la segunda opera en el ámbito de la tradición civil, está última es la que prevalece en nuestro país y en el resto de América Latina.

Las diferencias de ambas tradiciones estriban en que mientras el copyright descansa en la premisa filosófica de la utilidad, su propósito es estimular la producción en lo más amplio posible en los bienes de la creación y al precio más bajo posible, en cambio el derecho de autor está “fundamentado en la idea de los derechos naturales: un autor está autorizado a la protección de su trabajo como una materia de derecho y justicia” (Becerra, 2007, p. 26).

La tradición del derecho de autor sin embargo, no surgió bajo el formato que se conoce actualmente sino como una manifestación del derecho del autor como prerrogativa moral, para ejercer acción sobre la publicación de su obra y los plagios de la misma. En México el derecho de autor es considerado “como el conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de obras intelectuales externadas [...] mediante cualquier medio de comunicación” (Ley Federal de los Derechos de Autor), un organismo relevante en materia internacional es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) que lo ha entendido como un “término jurídico que describe los derechos concedidos a los creadores por sus obras literarias y artísticas” (OMPI, 2017).

Por otra parte los pueblos indígenas constituyen un tipo de ciudadano en condiciones de vulnerabilidad, tanto en materia de sus bienes patrimoniales tangibles como aquellos de orden intangible como son sus usos y costumbres, y todo lo que engloba la cultura ancestral que les da sentido de pertenencia étnica.

Estos grupos son colocados en diferente posición, a otros grupos raciales bien definidos quienes a su vez miran a las etnias como una reminiscencia del pasado, que si bien se estima valioso en el sentido histórico, no así sus representantes contemporáneos a los que se les da el calificativo de “atrasados” incluso por sus propios gobiernos.

Estos pueblos han sido objeto de innumerables proyectos “civilizatorios”, políticas “incluyentes” y demás campañas agresivas de asimilación cultural. En muchas ocasiones sus artes, oficios y conocimientos, no son valorados como elementos de legado cultural de nuestro país y simplemente han sido destruidos.

Las políticas mundiales de protección al patrimonio han sentado precedentes para brindar protección a los lugares de importancia histórica y cultural, sin embargo en lo relativo a la protección y respeto de los lugares sagrados de los pueblos indígenas estas políticas no se han aplicado de forma coherente, y no ha sido posible impedir que los propios gobiernos en turno dispongan de tales lugares a favor del gran capital, imponiendo la mirada económica sobre la socio-cultural.

Lo mismo ocurre con los productos culturales que les son propios a estos grupos, la ley sólo marca el reconocimiento de los derechos morales sobre las creaciones consideradas dentro del término cultura popular, pero no otorga la facultad de demandar algún tipo de beneficio por la apropiación y explotación de este tipo de producciones.

Así las cosas resulta urgente la necesidad de adoptar medidas concretas para que los pueblos indígenas puedan controlar el resto de su patrimonio cultural, intelectual y natural, a fin de que tengan la posibilidad de sobrevivir y de continuar el desarrollo de sus tradiciones libremente, con dignidad, con respeto y con el debido reconocimiento como autores colectivos de una cultura viva.

Para el indígena la visión del mundo es distinta a las de los mestizos, el mundo no está dividido sino que forma parte de un todo indivisible y vinculado de manera sutil o evidente, pero siempre asociado e interrelacionado, “los productos de la mente y el corazón humanos se hallan relacionados entre sí y fluyen de la misma fuente; las relaciones entre el pueblo y su tierra y con el mundo espiritual” (Daes, 1997, p. 3).

El término patrimonio se puede entender como todo aquello que forma parte de la identidad indígena, que si bien comparte con otros pueblos, no debe ser sujeto de explotación sin su consentimiento y sin recibir el beneficio en materia de regalías que la ley otorga a los autores individuales o colectivos pero que deja de lado en el caso de las culturas populares.

Para el caso de patrimonio indígena abarca todo lo que en la legislación internacional se considera como creación del pensamiento y de la destreza del ser humano, como por ejemplo, canciones, relatos, conocimientos de herbolaria, y motivos artísticos ceremoniales, también incluye el legado histórico y espacio natural, los restos óseos, las rutas ceremoniales, las especies nativas de flora y fauna, y que reciben el calificativo de autóctonas con las que un pueblo ha estado tradicionalmente vinculado (Daes, 1997, p. 3).

Por derecho consuetudinario el patrimonio es un derecho asociado a la colectividad y se encuentra conectado a una familia, un clan, una tribu o un

grupo de parentesco; en el respeto y protección de este legado radica un beneficio general a nivel de un patrimonio común a toda la humanidad que favorezca la diversidad cultural, la convivencia multiétnica y multilingüe.

La investigación sobre la propiedad intelectual y protección del conocimiento, que de manera concreta se presenta en la legislación mexicana como la *Ley Federal de los Derechos de Autor* (reglamentando el artículo 28 constitucional) y que tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la nación.

Las disposiciones de esta ley son de orden público e interés social y plantean la observancia general en todo el territorio nacional.<sup>2</sup> Dada la amplia gama de aspectos que aborda la citada ley en materia de derecho autorales, el interés de investigación se enfoca en un rubro particular de la misma: el “Título VII De los Derechos de Autor sobre los símbolos patrios y de las expresiones de las Culturas Populares”, donde precisamente en este último rubro acerca de las culturas tradicionales y representativas de nuestra cultura mexicana se regula en el capítulo tres de dicho título; ahí la letra de la ley no cubre las necesidades y requerimientos de protección que garanticen una equidad y seguridad jurídica para la persistencia de las obras de arte popular en sus múltiples manifestaciones, que incluyen lo que se conoce como folclore, el uso de lenguas maternas, las costumbres y fiestas tradicionales, usos y costumbres, siempre y cuando no cuente con autor identificable y quede atribuido al grupo étnico en su conjunto.

Sobre los pueblos originarios en el ámbito internacional tenemos el *Convenio 169* de la OIT y *Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas*; el *Informe de la comisión de derechos humanos del Consejo Económico y Social de 1993, Estudio cultural sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los Pueblos Indígenas* de la ONU.

---

2 Dicha ley invoca la regulación de diversos aspectos relativos a los derechos de los autores, de los artistas, intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artística en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de otros derechos de propiedad intelectual.

## VI. El derecho comparado y los pueblos indígenas

Es importante entender el valor histórico que tiene la cultura indígena y por qué se ha considerado como fuente de derecho esta costumbre de siglos; como una norma de carácter constitucional la justicia indígena convirtiéndose en ley en el territorio nacional y siguiendo esa jurisprudencia internacional de países latinoamericanos que también han reconocido al pueblo indígena en sus constituciones por contar con un porcentaje alto de pueblos indígenas en su población.

Se debe recoger lo que dicen los convenios y tratados internacionales sobre la cultura indígena. Existe el *Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, 1989 fue firmado en Ginebra; inicialmente el *Convenio* fue pensado para defender y tratar los derechos del trabajo de los pueblos indígenas, pero al final el documento cubre una gama mucho más amplia de temas, como derechos a las tierras, acceso a recursos naturales, salud, educación y formación profesional, entre otros. Los principios fundamentales del *Convenio* son: que los pueblos indígenas y tribales pueden y deben participar plenamente y ser consultados en todos los niveles de toma de decisiones en procesos que les conciernen.

El *Convenio* identifica los pueblos indígenas y tribales a través de un enfoque práctico, proporcionando solamente criterios para describir los pueblos que pretende proteger. Estos criterios son la auto identificación, estilos tradiciones de vida, cultura y modos de vida diferentes a los otros segmentos de la población nacional, organización social y leyes tradiciones propios, etc.

El *Convenio* también reconoce la vulnerabilidad y discriminación que sufren los indígenas en muchas áreas, por eso el primer principio de la Convención es la no discriminación. Para ello, es necesario adoptar medidas especiales para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de estos pueblos.

El reconocimiento de la cultura y otras características específicas de los pueblos indígenas es otro tema importante del *Convenio*. Las culturas e identidades indígenas y tribales forman una parte íntegra de sus vidas. Sus modos de vida, sus

costumbres y tradiciones, sus instituciones, leyes consuetudinarias, modos de uso de la tierra y formas de organización social en general son diferentes a las de la población dominante.

El *Convenio* reconoce estas diferencias y busca garantizar que sean respetadas y tenidas en cuenta a la hora de tomar medidas que seguramente tendrán un impacto sobre ellos. “Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales”. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Ahora estableciendo lo que dice la comunidad internacional podemos citar que Ecuador reconoce a la población indígena como parte del Estado y por lo tanto goza de todos los Deberes y Derechos como cualquier ciudadano. Se cita lo que textualmente dice el Artículo 8384 en el capítulo 5 sobre los Derechos Colectivos Sección primera de los pueblos indígenas y negros o afro ecuatorianos. “*Art. 83.- Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afro ecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. Art. 84.- "El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: Se instituye la obligatoriedad de jueces y juezas de procurar la conciliación en cualquier estado del proceso, y la potestad del juez de derivar a mediación, privilegiando los métodos alternativos para la resolución de controversias que se consagran en la Constitución"*.

Según este brevísimo análisis de todas las aristas legales se puede dar el carácter de norma jurídica y fuente de derecho comparado, no sólo de nuestros pueblos ancestrales, sino también de la forma de administrar justicia y la necesidad de regular estas prácticas de justicia que deben enmarcarse dentro de la forma de administración ordinaria de justicia, y que así mismo debe según la constitución garantizar el debido proceso que también lo contemplan los tratados internacionales sobre los Derechos Humanos que se recogen tanto en la

Constitución como en leyes orgánicas, y que como se analiza, sigue en discusión sobre esto en los espacios internacionales.

A continuación se muestra un breve análisis comparativo de la Declaración aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 y el texto de referencia de la Organización de los Estados Americanos que ha sido el documento Proyecto de *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Resultados de las Diez Reuniones de Negociación para la Búsqueda de Consensos celebradas por el Grupo de Trabajo). Se aborda aquí la *Sección Segunda*: “Derechos humanos y derechos colectivos”, en la versión de la OEA y la planteada por la ONU al respecto del mismo rubro:

#### **Artículo 5. Plena vigencia de los derechos humanos**

Indígenas tienen derecho al goce pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y [, cuando corresponda,] la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo] [, así como] y otros [principios, normas e] instrumentos internacionales [y regionales] de derechos humanos. Nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna esos derechos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con los principios [, normas e instrumentos] del derecho internacional, incluyendo el de los derechos humanos.

#### **Artículo 1:**

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos -Resolución 217 A (III)- y las normas internacionales de derechos humanos.

Ambos textos conceden el goce pleno y disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales. El texto de la OEA hace alusión a instrumentos de derechos humanos adoptados en el sistema interamericano pero permitiría la inclusión de “otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. Por su parte el texto de la ONU refiere a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de Derechos Humanos además de las normas internacionales de derechos humanos. En ambos textos los sujetos comprendidos incluirían los pueblos indígenas. Asimismo, el texto de la OEA incluye a la “personas indígenas”, mientras que el texto de la ONU a los “individuos”. El texto de la ONU reúne a ambos conceptos, pueblos e individuos, bajo la expresión “los indígenas”.

Vale la pena recordar el Artículo IV de la OEA y el Artículo 7 de la declaración de la ONU.

<b>Artículo VI. Derechos colectivos</b>	<b>Artículo 7</b>
<p>1. Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos.</p> <p>2. En este sentido, los Estados reconocen [y garantizan], entre otros, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a su organización social, política y económica; [a sus sistemas jurídicos] a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; [y] a usar sus lenguas [, y a administrar y controlar sus tierras, territorios y recursos naturales].</p>	<p>Reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos.</p> <p>1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.</p> <p>2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.</p>

Ambos textos reconocen que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos, los cuales “son indispensables para la existencia, el bienestar y el desarrollo integral como pueblos”. En el caso de la OEA los sujetos son los pueblos indígenas, mientras que en la ONU se trataría de las personas indígenas.

El párrafo segundo del artículo 7 de la Declaración de la ONU contiene una referencia al derecho colectivo de los pueblos indígenas “a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos”, derechos contenidos en el artículo XXX del texto de la OEA (derecho a la paz, a la seguridad y a la protección en caso de conflictos armados).

El artículo IX de la OEA establece que: *Los Estados reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración.*

No existe una referencia a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas en el texto de la ONU. Un argumento a favor de su inclusión en el contexto regional ha sido la complejidad de ciertas legislaciones en el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas en las Américas.

Hasta aquí esta breve recuperación comparativa de dos declaraciones en torno a los derechos de los pueblos indígenas con coincidencias y con lagunas o silencios, queda para el resto del camino continuar con este ejercicio de revisión y equiparación de los elementos y estructuras, donde el derecho comparado brinda estrategias y sustentos suficientes para aplicar el rigor académico que permita arribar a conclusiones fiables y consistentes.

## VII. Conclusión

La dignidad y continuidad de los pueblos indígenas constituye una lucha permanente por sobrevivir, las injusticias y abusos a los que se ven sometidos estos grupos originarios es permanente, la colonización continua pero con diferentes rostros, la defensa de los derechos es realmente estoica.

La intimidación, la amenaza o la promesa son moneda corriente en la discusión sobre los derechos del indígena o del “indio” como término peyorativo y sinónimo de retrasado. Sin embargo en los últimos años los pueblos y comunidades indígenas han podido alcanzar triunfos inesperados fruto de la integración de diferentes etnias cerrando filas en torno a la defensa de su forma de vida y legado cultural.

La búsqueda del reconocimiento se ha encausado por el espacio de las movilizaciones, el reclamo de reivindicaciones legítimas ante las diferentes instancias gubernamentales pero principalmente su participación en foros de corte internacional que les ha ganado la mirada y simpatía de organizaciones de orden mundial que se integran solidariamente a la lucha por recuperar derechos perdidos que se remontan a la etapa de conquista y colonización.

Estos logros son un paso a favor de la existencia pacífica y la aceptación de un país multiétnico y pluricultural, pero, el reconocimiento al derecho de los pueblos indígenas por parte de la población mestiza y de la autoridad estatal aún está en la lista de buenos deseos: *Aunque se han experimentado ciertos avances en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, la mayoría de éstos siguen encontrando barreras sociales, políticas y económicas a su bienestar y a su existencia misma. Su patrimonio cultural, sus tierras ancestrales y su derecho a la autodeterminación siguen sufriendo ataques* (Amnistía Internacional, 2014).

De ahí la relevancia de atender con sustento académico y racional, esta lucha que se encuentra presente en todo el continente, no todo se soluciona con la ley, pero es un sustento relevante para dotar de medios de defensa y promoción a este sector vulnerable de la sociedad mexicana.

Los indígenas han sufrido y sigue sufriendo pobreza, mal trato social, bajos salarios, escasos niveles de escolaridad, mínimo o nulo acceso a servicios básicos, maneja altas tasa de vulnerabilidad en materia de salud, educación, vivienda, y una lista amplia de carencias.

Por las propias secuencias históricas, la marginación y explotación han

estado presentes en la vida de estos ciudadanos que de repente son considerados como menores de edad a los que hay que ayudar a decidir y orientar sus pasos, cuando al contrario, son precisamente estos pueblos los que tienen mucho que enseñarnos, iniciando por el respeto a la naturaleza y al medio ambiente.

Para ellos el hombre, la vida vegetal y animal, el universo mismo forman parte de un todo, la creación artística posee una carga simbólica que expresa creencias, no es posible que nuestra ignorancia nos lleve a catalogar o descalificar lo que no hemos sido capaces de conocer y establecer vínculos de respeto y apoyo, pero en función de sus necesidades y garantizando la integridad de sus bienes culturales tangibles e intangibles.

## Bibliografía

- Amnistía Internacional. (2014). *La larga lucha de los pueblos indígenas de América en defensa de sus derechos*. España: International Publications.
- Becerra Ramírez, M. (2007). *Propiedad intelectual en transformación*. México; Porrúa.
- Bobbio N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Contreras S. (2012). “Ferrajoli y su teoría de los derechos fundamentales”, en *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*. Mendoza: INCIHUSA-CONICET.
- Daes, E.-I. (1997). *Relatoría especial de la subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías; Poblaciones indígenas*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid; Trotta.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2004), *Epistemología jurídica y garantismo*. México; Fontamara.
- Ley federal de los derechos de autor* (2014). Texto vigente. México.
- López Guzmán C. (1995). *El derecho de autor en México*. México:

Publicaciones UNAM.

Massini, C. (2009) *El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista relativista de Luigui Ferrajoli*, Bogotá; Persona y derecho.

OMPI (1992). *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Ginebra Suiza.

OMPI (2017) Sitio web de la: <http://www.wipo.int/about-ip/es/copyright.html>. Consulta: 20 de noviembre de 2017.

Secretaria de Cultura Jalisco (2017) *Patrimonio Arquitectónico, Patrimonio Arqueológico, Patrimonio Artístico e Histórico, Patrimonio industrial, Patrimonio natural*, página oficial, <https://sc.jalisco.gob.mx/patrimonio/inventario-estatal-del-patrimonio-cultural>, consulta: 13-nov-2017.

Raluy Poudevida, Antonio R. (2017). *Diccionario Porrúa de la Lengua Española*. México: Porrúa.

UNESCO (2000). *¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?*, París: UNESDOC.