

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

Juan Manuel ORTEGA MALDONADO*
Nancy Jazmín PÉREZ RAMÍREZ**

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. *Patrimonio indígena*

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

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

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

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

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

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

B. *Conocimientos tradicionales*

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

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

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

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

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

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

C. *Propiedad cultural e intelectual indígena*

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

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

Como bien lo anota Huenchuan Navarro:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ *Ibidem*, p. 3.

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

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

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

3. *Sujeto titular de esa protección*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY HARP

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

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

Más adelante, ellos abundan expresando lo siguiente:

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

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

²⁸ Iniciativa con Proyecto de Decreto que Expide la Ley de Salvaguardia de los Conocimientos, Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos, p. 4, disponible en: [file:///C:/Users/HP/Desktop/respaldo%20marzo%202023/Investigaciones/Libros/Libros%20en%20construccion%203%B3n/Propiedad%20Intelectual%20Colectiva/Iniciativa%20Ley%20del%20Patriomonio%20Cultural/Inic_MORENA_Indig_Afromexicanos_201118%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/HP/Desktop/respaldo%20marzo%202023/Investigaciones/Libros/Libros%20en%20construccion%203%B3n/Propiedad%20Intelectual%20Colectiva/Iniciativa%20Ley%20del%20Patriomonio%20Cultural/Inic_MORENA_Indig_Afromexicanos_201118%20(1).pdf).

²⁹ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

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

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

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

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

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

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

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

³¹ *Ibidem*, p. 8.

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

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

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

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

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

³² *Ibidem*, p. 20.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. INCONGRUENCIA INTERNA DE LA LEY HARP

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IX. CONCLUSIONES

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

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

X. FUENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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