Libro completo en https://tinyurl.com/y6bm6e69
2025. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.9786075870816e.2025.c7

EL DERECHO AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO PARA LAS AUTORIZACIONES DE USO Y EXPLOTACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFROMEXICANAS

Ana Luisa ESPINO*
Ivan SANTOS**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Elementos sobre la libre determinación de los pueblos*. III. *Los derechos culturales*. IV. *Elementos del consentimiento libre, previo e informado*. V. *Autorizaciones para uso y explotación de obras artísticas en protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas*.

I. INTRODUCCIÓN

El 17 de enero de 2022 se publicó en México la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (LFPPCPCIA),[1] teniendo como principal prerrogativa la protección y el desarrollo "del patrimonio cultural y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas".[2]

La LFPPCPCIA establece los aspectos contractuales fundamentales ~~para las "autoriz~~aciones de uso, aprovechamiento y comercialización sobre

* Profesora de la materia de Aspectos Legales en Medios Audiovisuales de la licenciatura en Cinematografia del SAE INSTITUTE; abogada con trece años de experiencia en propiedad intelectual.

** Profesor de historia del arte y semiótica en el Centro de Estudios Cinematográficos Indie A. C.

[1] Decreto por el que se expide la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y comunidades Indígenas y Afromexicanas, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de enero de 2022, p. 1.

[2] Artículo 1o., Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (LFPPCPCIA)

los elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas"[3] en ejercicio de su libre determinación y autonomía.

> Artículo 26. Las autorizaciones podrán convenirse con terceros en los términos que determinen los pueblos y las comunidades indígenas y afromexicanas, de conformidad con sus sistemas normativos. Todo contrato o convenio deberá contener, al menos:
>
> I. Las partes interesadas;
>
> II. El objeto y términos generales del contrato o convenio;
>
> III. Los detalles y limitaciones al uso, aprovechamiento o comercialización del bien o bienes de que se trate;
>
> IV. Las contraprestaciones y compensaciones pactadas;
>
> V. La vigencia del contrato;
>
> V.I Las formas de pago o entrega de contraprestaciones y compensaciones;
>
> VII. Los mecanismos de solución de controversias y de rescisión de contrato, y
>
> VIII. La prevención a la que hace referencia el artículo 27 de esta Ley.
>
> El contrato o convenio respectivo se celebrará ante la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional de Protección y el Instituto, los cuales verificarán y garantizarán que la autorización se otorgue mediante el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad indígena o afromexicana de que se trate y en los términos de esta Ley.[4]

Esta ley contempla la manifestación del consentimiento libre, previo e informado[5] (CLPI), sin embargo, en el documento no hace mención respecto a la lengua o idioma para establecer la relación contractual.

Se reconoce que "México es uno de los 10 países más ricos en diversidad lingüística, se hablan 68 lenguas indígenas o 364 si se cuentan sus variantes".[6] Considerando la demanda en el mercado nacional e internacional de los bienes culturales de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicana es importante establecer los fundamentos que hacen del lenguaje un elemento necesario bajo el principio de *idoneidad cultural* para las autorizaciones de uso y explotación de la propiedad intelectual colectiva de

---

[3] *Ibidem*, artículo 24.

[4] *Ibidem,* artículo 26,.

[5] Artículo 8o., Ley Federal de Derechos de Autor.

[6] Sitio *web* del gobierno del Estado de México, Mi portal, Día Internacional de la Lengua Materina, disponible en*: https://edomex.gob.mx/internacional_lengua_materna* (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2023).

los pueblos originarios en México, pues son parte integrante del patrimonio cultural nacional.[7]

II. Elementos sobre la libre determinación de los pueblos

Los tratados internacionales que constituyen la base de los principios de igualdad y no discriminación que constituyen propiamente el fundamento para el cumplimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos[8] originarios son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) que, "aunque México firmó la DUDH en 1948, fue hasta 1992 cuando la protección y defensa de los derechos humanos fue instaurado a nivel constitucional";[9] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDECP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por México desde 1981.[10]

Si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no establece de forma expresa el derecho a de la autodeterminación de los pueblos, sí se establecen los principios de igualdad y no discriminación de los derechos humanos.[11] Por lo que se da lugar a las bases para los derechos de los pueblos originarios o bien como individuos de una comunidad de pueblos originarios para el disfrute de todos los derechos humanos y sus normas internacionales, así como los principios de no discriminación en el ejercicio de sus derechos fundados en la identidad cultural.[12]

Ahora bien, el articulo artículo 1o. del PIDECP establece el derecho a la libre determinación de los pueblos,[13] lo anterior en relación con artículo1o.

---

[7] Artículo 3o., Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.

[8] Artículo 2o., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

[9] Portal *web* del gobierno de México, Secretaría de Salud, Instituto Nacional de Salud Pública, "Día de los Derechos Humanos", 9 de diciembre de 2020, disponible en: *https://www.insp.mx/avisos/dia-de-los-derechos-humanos* (fecha de consulta: 28 de noviembre de 2023).

[10] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, disponible en: *http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf* (fecha de consulta: 1 de diciembre de 2023).

[11] Artículos 1o., 2o. y 3o., Declaración Universal de los Derechos Huamnos, disponible en: *https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Discapacidad/Declaracion_U_DH.pdf.*

[12] *Cfr*. Artículos 1o. y 2o., Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, disponible en: *https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.*

[13] Artículo 1o., CPEUM.

del PIDESC,[14] del que se desprende el derecho a la libre determinación de los pueblos originarios y garantiza la protección del patrimonio natural y cultural de éstos.

A nivel local, nuestra legislación contempla en la norma constitucional el reconocimiento por parte de la ley suprema sobre la libre autodeterminación de los pueblos, autonomía e inlcusión social.[15] Lo anterior toda vez que se establece que los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.[16]

El derecho a la autodeterminación de los pueblos comprende una condición identitaria político social y cultural, así como geográfica y territorial. El derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas contempla el reconocimiento y reivindicación histórica y el reconocimiento del patrimonio cultural de los pueblos originarios.

De acuerdo con la definición del Juez Michael Kirbi adoptada por un comité de expertos de la UNESCO en Budapest en 1991, "se reconoce como «pueblo» a todo grupo de personas con una tradición histórica común, una identidad étnica o racial, homogeneidad cultural, unidad lingüística, afinidad religiosa o ideológica, conexión territorial o una vida económica común".[17]

Ahora bien, cabe destacar que el principio que constituye el derecho de autodeterminación de los pueblos tiene un elemento subjetivo de identidad que se relaciona con la conciencia de ser un pueblo y la voluntad de ser reconocido como tal.[18] Como menciona el doctor Alfred de Zayas:

---

[14] Artículo 1o., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ONU, 3 de enero de 1976, disponible en: *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf* (fecha de consulta: 3 de enero de 2024).

[15] Información del sitio *web* del gobierno del Estado de México, Mi portal, Día Internacional de la Lengua Materina.

[16] Artículo 2o., apartado c, CPEUM.

[17] UNESCO, The Government of Hungary, Institute of Legal Sciences of the Hungarian Academy of Sciences, Encuentro internacional de expertos, "Peoples Rights and Self-Determination", Budapest, Hungría, del 25 al 29 de septiembre de 1991, disponible en: *https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiL-sjb9pSEAxX7l2oFHYSDCsEQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.michaelkirby.com.au%2Fimages%2Fstories%2Fspeeches%2F1990s%2Fvol24%2F906-Peoples%2527_Rights_and_Self_Determination_-_UNESCO_Mtg_of_Experts.pdf&usg=AOvVaw08wT141HAebjW0_MHrEFcd&opi=89978449.*

[18] Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la Promoción de un Orden Internacional Democrático y Eequitativo, *Apuntes prácticos para la apreciación de actividades y alegaciones relativas al ejercicio pacífico y democrático del derecho de libre determinación de los pueblos*,

> El derecho de autodeterminación conlleva la capacidad intrínseca del pueblo para decidir sobre su futuro político, pudiendo libremente priorizar, en un momento histórico determinado, desde una integración completa en un Estado incluso sin diferenciación con otras regiones (eventualmente garantizando derechos culturales, lingüísticos y religiosos específicos), hasta la secesión y la plena independencia; pasando por diversos modelos de empoderamiento regional, autonomía, o estatuto especial en un Estado federal (en todos los casos con variables grados de autonomía cultural, económica y política).[19]

De acuerdo con el PIDESC y la Carta de las Naciones Unidas, los Estados preservarán los patrones o estructuras de los fenómenos demográficos, así como la conservación del patrimonio cultural, tanto por aspectos de geografía como por el territorio.[20]

En este sentido, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas,[21] reconoce los derechos humanos de los pueblos indígenas basados en el principio general de la libre autodeterminación, por lo que se establecieron las Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, especificando la capacidad de controlar los recursos naturales de las tierras y territorios, así como del patrimonio cultural y biocultural sin intermediarios.

Estas Directrices determinan los principios específicos que garantizan los derechos humanos de los pueblos que se integran bajo el reconocimiento de los pueblos indígenas y de su libre voluntad, los cuales son:

a) La garantía de la autodeterminación.
b) La garantía de la protección y respeto de sus tierras, territorios y recursos.
c) La protección y garantía de la salud.

Suiza, ONU, 2014, p. 6, disponible en: *https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjvm9Ko95SEAxVelGoFHZuSC1EQFnoECBYQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2FDocuments%2FIssues%2FIntOrder%2FCartaAbiertaLibreDeterminacion.docx&usg=AOvVaw3ggALJca7dekY6VD5RuFFN&opi=89978449* (fecha de consulta: 11 de enero de 2024).

[19] *Idem*.

[20] Artículo 1o., apartado 3, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[21] Disponible en: *https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E_C_19_2009_14_es.pdf* (fecha de consulta: 10 de enero de 2024).

d) La participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos afectados.[22]

Así bien, de acuerdo con la carta magna, los pueblos originarios ejercerán la libre determinación bajo un marco autónomo constitucional que proteja la unidad nacional, lo que implica principios generales que establecen criterios etnolingüísticos y territoriales.[23]

III. Los derechos culturales

En el marco del derecho internacional, los derechos culturales y los derechos de autoría han tomado la importancia de derechos humanos.

Los derechos de autor se relacionan con los culturales, ya que dentro de la Declaración de los Derechos Humanos[24] se establece *el derecho de toda persona a participar de la vida cultural, artística y científica,* esto comprende *la vida cultural*; esto en el sentido de la Observación General no. 21 de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, la cual esta relaciónada con lo establecido en el artículo 15 del PIDESC.[25]

Se entiende la "cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo".[26] El contenido de la vida cultural incluye aspectos sociológicos y culturales "que comprende[n] todas las expresiones de la existencia humana"[27] que conforman la idiosincrasia de una comunidad; costumbres, tradiciones, sistemas religiosos y creencias que se expresan en el lenguaje, comida, vestido y vivienda, así como en las artes, ritos, ceremonias, juegos y deportes.[28]

---

[22] Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay, Ginebra, mayo de 2012, pp. 45-67, disponible en: *https://acnudh.org/wp-content/uploads/2019/07/015-Directrices-de-Protección-para-los-Pueblos-Indígenas-en-Aislamiento-y-en-Contacto-Inicial-de-la-Región-Amazónica-el-Gran-Chaco-y-la-Región-Oriental-de-Paraguay.pdf* (fecha de consulta: 10 de enero de 2024).

[23] Artículo 2o., CPEUM.

[24] Artículo 27, Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, ONU, recuperado de: *https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf*.

[25] Observación General no. 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: *https://digitallibrary.un.org/record/679355?ln=es* (fecha de consulta: 12 de enero de 2024).

[26] *Idem*.

[27] *Idem*.

[28] *Idem*.

De acuerdo con el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, C169, de la Organización Mundial del Trabajo (OIT), se entiende como pueblos originarios:

> b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas".[29]

Así como menciona la recomendación de la UNESCO relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural (1976), el acceso a la cultura se define como "la posibilidad efectiva para todos, principalmente por medio de la creación de condiciones socioeconómicas, de informarse, formarse, conocer, comprender libremente y disfrutar de los valores y bienes culturales".[30]

Si bien en las Observación General no. 21 del PIDESC se contempla el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, se observa también que en relación con la igualdad de los derechos humanos "una persona puede ejercer los derechos culturales: *a)* individualmente; *b)* en asociación con otras, o *c)* dentro de una comunidad o un grupo".[31]

Por lo anterior, el Informe de las Naciones Unidas A/HRC/17/38 comprende los conceptos de "acceso", "uso" y "goce" del patrimonio cultural como conceptos interdependientes que responden a diversos grados de acceso y disfrute del patrimonio cultural:

> Hay que distinguir entre *a)* los depositarios o "comunidades de origen", las comunidades que se consideran custodias y propietarias de un patrimonio cultural específico, personas que mantienen vivo un patrimonio cultural y/o han asumido la responsabilidad por él; *b)* personas y comunidades, incluidas las comunidades locales, que consideran el patrimonio cultural en cuestión

[29] Artículo 1o., Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Organización Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2014, disponible en: *https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf* (fecha de consulta: 19 de diciembre de 2023).

[30] Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Populares en la Vida Cultural, UNESCO, 26 de noviembre de 1976.

[31] Observación General no. 21 del PIDESC.

> parte integrante de la vida de la comunidad, pero que no pueden estar activamente involucradas en su mantenimiento; *c)* científicos y artistas; y *d)* el público en general que accede al patrimonio cultural de otros.[32]

En este sentido, el estatus de los pueblos originarios respecto al acceso y disfrute del patrimonio cultural que los determina como los depositarios o "comunidades de origen" del patrimonio cultural material e inmaterial tiene un fuerte sentido comunitario que favorece a la diversidad identitaria de los múltiples pueblos de las naciones.

Ahora bien, la Observación General no. 21 refiere sobre el derecho a participar de la vida cultural que comprende tres aspectos vinculados con el derecho a la libertad de expresión que se relacionan entre sí: *a)* la participación en la vida cultural; *b)* el acceso a la vida cultural, y *c)* la contribución a la vida cultural[33] de la siguiente forma:

> a) La participación en la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a actuar libremente; a escoger su propia identidad; a identificarse o no con una o con varias comunidades, o a cambiar de idea; a participar en la vida política de la sociedad; a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección. Toda persona tiene igualmente derecho a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, así como a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas.
>
> b) El acceso a la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural. Toda persona tiene también derecho a conocer formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación; a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades.
>
> c) La contribución a la vida cultural refiere al derecho de toda persona a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, in-

[32] Informe A/HRC/17/39, Informe de la experta independiente en la esfera de los derechos culturales, señora Farita Shaheed, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, 17 período de sesiones, tema 3 de la agenda "Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluído el derecho al desarrollo", Distrito General, 21 de marzo de 2011, ONU, p. 17.

[33] Observación General no. 21 del PIDESC.

> telectuales y emocionales de la comunidad. Le asiste también el derecho a participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece, así como en la definición, formulación y aplicación de políticas y decisiones que incidan en el ejercicio de sus derechos culturales.[34]

La Declaración Universal de los Derechos Humanos refiere que la participación en la vida cultural, artística y científica comprenden tanto el derecho a la libre expresión como el derecho a investigar, recibir información, así como el de comunicar y dar información a través de diferentes modos y formas de expresión, de forma oral o escrita, así como de las expresión artística o científica de forma individual o colectivas.[35]

De esta manera se determinan las bases para el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que se establecen los derechos de autor como derechos fundamentales, esto es el derecho que toda persona tiene a la protección de los derechos morales y materiales que le corresponde por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora[36] en relación con la participación en la vida cultural, esto como un derecho humano.

Ahora bien, de acuerdo con la Observación General no. 17 (2005) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se establece el derecho que tiene toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas las cuales refiere como publicaciones e innovaciones científicas, incluyendo los conocimientos innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas o locales así como las producciones literarias o artísticas.[37]

La contribución a la vida cultural de los pueblos originarios se refiere a un derecho que corresponde a la libertad de comunicar opiniones e ideas por cualquier medio de expresión. Es decir, la participación en la vida cultural advierte la libertad creativa para manifestar la expresión personal o colectiva por medio de obras científicas, artísticas y literarias; y, por tanto, se tiene el derecho jurídico-autoral de la protección que le corresponde en relación con los derechos que tiene todo autor que ha creado a una obra artística, los cuales se conciben a nivel personal como derechos morales y

---

[34] *Idem*.

[35] Artículo 19, Declaración Universal de Derechos Humanos.

[36] Artículo 27, *ibidem*.

[37] Observación General no. 17 del artículo 15 apartado c, párrafo 1, E/C.12./GC/17, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35 período de sesiones, Ginebra, del 7 al 25 de noviembre de 2005, disponible en: *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8790.pdf* (fecha de consulta: 6 de enero de 2024).

a nivel económico como derechos de explotación y derechos de simple remuneración.[38]

Sin embargo, la participación cultural de los pueblos originarios como depositarios o comunidades de origen del patrimonio cultural, de acuerdo con la libre determinación de los pueblos, asegura los derechos colectivos intelectuales que resulten relacionados con los valores, religión, costumbres, lenguas, conocimientos tradicionales y las producciones literarias o artísticas tradicionales; es decir, de modo general, todos los elementos que constituyan la culturas los pueblos indígenas y afromexicanas que contribuyen al desarrollo económico, social y cultural de la comunidad.

En este sentido, los derechos morales tienen como prerrogativa el derecho a permitir o prohibir el uso del patrimonio cultural colectivo de los pueblos indígenas y afroamericanos, así como el derecho a ser reconocidos de manera individual o colectiva, así mismo el derecho moral comprende decidir sobre el destino y la integridad del patrimonio cultural ante terceros sobre todo uso que deforme, mutile, modifique o cause perjuicio a su honor o reputación.

La protección a los intereses económicos busca garantizar una remuneración equitativa del uso y explotación de los bienes y servicios culturales de manera colectiva de los pueblos indígenas y afromexicanos. En la Observación General no. 21 se menciona la importancia de los DESC para el desarrollo social, el incremento del flujo económico y de los bienes culturales, que comprendan las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y la oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y las creencias, así como ritos, ceremonias, deportes y juegos de los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda así, como las artes, las costumbres y las tradiciones mediante las cuales, de forma individual o colectiva, las comunidades originarias expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia.[39]

La protección de los intereses morales y materiales del patrimonio cultural de los pueblos indígenas y afromexicanos comprenden la necesidad contractual, mediante una autorización para el uso y explotación de estos, para que la comunidad, de manera colectiva, pueda garantizar la organización, planificación y control de los servicios y bienes culturales.

---

[38] Parra Trujillo, Eduardo Valentín de la, *Propiedad Intelectual. Análisis de casos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 232.

[39] Observación General no. 17 del artículo 15 apartado c, párrafo 1, E/C.12./GC/17, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit*.

En la Observación General no. 17 del PIDESC el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a), se menciona de la siguiente manera:

> Esa protección podría incluir la adopción de medidas para reconocer, registrar y proteger la autoría individual o colectiva de los pueblos indígenas en el marco de los regímenes nacionales de derechos de propiedad intelectual y debería impedir el uso no autorizado de las producciones científicas, literarias y artísticas de los pueblos indígenas por terceros. En la aplicación de esas medidas de protección, los Estados parte deberían respetar, siempre que sea posible, el principio del consentimiento libre, previo y fundado de los autores indígenas en cuestión y las formas orales u otras formas consuetudinarias de transmisión de la producción científica, literaria o artística y, de proceder, deberían velar por que los pueblos indígenas administren de forma colectiva los beneficios derivados de sus producciones.[40]

Es imprescindible contar con el acceso a la información en lengua propia de los pueblos originarios a los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales respecto a la salvaguarda de sus derechos de autor colectivos para propiciar el diálogo intercultural. "La lengua es un elemento esencial de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin el que no pueden alcanzarse el desarrollo sostenible, la buena gobernanza, la paz y la reconciliación".[41]

Las lenguas indígenas comprenden un vocabulario sofisticado sobre los temas de especial relevancia ecológica, económica o sociocultural,[42] por tanto, se presenta la necesidad de la idoneidad cultural que facilite la comunicación para los contratos que autorizan a terceros el uso y explotación del patrimonio cultural que les corresponde, de manera que exista la manifestación del consentimiento expreso entre las partes.

---

[40] Véase la p. 11.

[41] Declaración de los Pinos (Chapoltepek) Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas, UNESCO, Documento final del evento de alto nivel titulado "Construyendo un decenio de acciones para las lenguas indígenas", México, 27 y 28 de febrero de 2020, disponible en: *https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjz7eGD_ZSEAxVYl2oFHZMuDjoQFnoECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.gob.mx%2Fcms%2Fuploads%2Fattachment%2Ffile%2F568555%2Fdeclaracion-de-los-pinos-julio-2020.pdf&usg=AOvVaw26tX6-zvEs_h8b-K04OBKy&opi=89978449* (fecha de consulta: 11 de enero de 2024).

[42] *Cfr.* 17º Periodo de Sesiones del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, Senado de la República, México, 27 de abril de 2018.

IV. Elementos del consentimiento libre, previo e informado

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece el derecho a la protección del patrimonio cultural, intelectual, comprendiendo su derecho a desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, incluyendo diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas, así como literaturas;[43] así como su aprovechamiento comercial mediante la consulta, libre, previa e informada.[44]

El marco legal internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada se encuentra principalmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas.[45]

Así bien, se establecen dentro de las Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y en Contacto Inicial de la Región Amazónica y el Gran Chaco, que el consentimiento libre, previo e informado es un derecho que se le concede a los pueblos originarios que refleja un proceso de contacto y relación de buena fe, el cual dicta que la "participación, la consulta y la otorgación de su consentimiento libre, previo e informado deberán hacerse en términos que sean aceptables, comprensibles y adaptados a sus formas de vida, con el fin de evitar su desestructuración y desaparición".[46]

Los principios generales para el consentimiento libre, previo e informado incluyen la buena fe y la consulta culturalmente adecuada para propiciar una comunicación intercultural pacífica y clara para la toma de decisiones. De modo que "la información debe ser precisa y revestir una forma accesible y comprensible, entre otras cosas, en un idioma que los pueblos indígenas comprendan plenamente".[47]

De acuerdo con la doctora Patricia Basurto, el derecho al consentimiento libre, previo e informado no sólo se remite a las decisiones administrati-

---

[43] Artículo 11, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[44] *Idem*.

[45] Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, *cit*.

[46] Recomendación relativa a la Participación y la Contribución de las Masas Popuares en la Vida Cultural, UNESCO, p. 21.

[47] Comisión Nacional de Derechos Hmanos, *La consulta previa, libre, informada de buena fe y culturalmente adecuada. Pueblos indígenas, derechos humanos y el papel de las empresas*, México, CNDH, 2016, pp.10-11, disponible en: *https://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/10064/Laconsultaprevia.pdf* (fecha de consulta: 13 de diciembre de 2023).

vas o legislativas por parte del Estado, sino que también constituye un papel muy importante en las relaciones entre particulares.

> El derecho a la consulta tiene un carácter sustantivo que consiste en primer lugar, en reconocer el derecho a la participación de los pueblos originarios en la toma de decisiones sobre toda medida administrativa o legislativa, incluso de las acciones por parte de particulares que les pueda beneficiar o afectar; y, en segundo lugar, también incluye el carácter adjetivo de este derecho, que implica crear la forma o formas en que esto sea posible; es decir, contar con mecanismos para poder realizar la consulta, y donde, por supuesto deben participar los pueblos originarios, por ello, recalcamos la importancia de reconocer jurídicamente por el Estado la personalidad jurídica como sujetos de derechos a los pueblos originarios, a fin de proveer las garantías necesarias para cumplir con los principios estipulados a nivel internacional y en la propia Constitución, y de los derechos humanos, pues de poco sirve ser titular de un derecho, si no existen los medios para ejercerlos en la realidad.[48]

De acuerdo con la LFPPCPCIA, se establece una restricción que reserva el uso del patrimonio cultural para su uso y explotación a los pueblos originarios, otorgándoles el derecho autorizar o prohibir a terceros el uso y explotación del patrimonio cultural.

> Todo el patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas se entenderá reservado por el pueblo o comunidad que corresponda y estará prohibida su utilización y aprovechamiento, salvo que éstos otorguen su consentimiento libre, previo e informado, de conformidad con la Ley General de Consulta de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas.[49]

La organización del patrimonio cultural de los pueblos indígenas depende únicamente de una mecánica colectiva conforme a sus propios sistemas normativos, de acuerdo con autoridades o instituciones representativas de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas para determinar el destino y la finalidad del uso y explotación del patrimonio cultural.

Lo anterior toda vez que la LFPPCPCIA establece nulidad *ipso iure* dentro de los actos, contratos o acuerdos que se hayan celebrado a título individual por algún integrante de una comunidad de un pueblo originario, o bien que haya llevado a cabo la comercialización de los elementos que

---

[48] Artículo 8o, CPEUM.

[49] Artículo 8o., LFPPCPCIA.

constituyan el patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.[50]

El consentimiento responde a una consulta colectiva llevada a cabo por las autoridades o instituciones representativas de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, permitiendo así manifestar las particularidades de cada pueblo que obliga a los solicitantes a detallar e informar de manera clara y precisa el destino y finalidad del uso del material patrimonial, así como elaborar una información clara y precisa del aprovechamiento o comercialización del patrimonio cultural, respetando la voluntad colectiva de los pueblos originarios a través de sus órganos de representación, de tal modo que el consentimiento del uso y explotación del patrimonio cultural de los pueblos originarios y afromexicanos se perfeccioné en una licencia de autorización, acuerdo o contrato a terceros que conforme a derecho debe respetar la autonomía, las costumbres y la lengua de los pueblos originarios. Lo anterior debe hacerse tomando en cuenta las instituciones locales en materia de derechos de autor para respaldar el debido proceso del ejercicio de los derechos autorales,[51] dando lugar a la posibilidad de denunciar las infracciones al uso indebido del patrimonio cultural que, de acuerdo con las definiciones de la LFPPCPCIA, es: "la acción de una persona física o moral nacional o extranjera, por medio de la cual se apropia para sí o para un tercero, de uno o más elementos del patrimonio cultural, sin la autorización del pueblo o comunidad indígena o afromexicana que deba darlo conforme a lo establecido en esta ley".[52]

De este modo, se debe de reconocer a los pueblos originarios plenamente como "sujetos de derecho" mediante un acto contractual entre particulares para el ejercicio de la libre autodeterminación de los pueblos, así como los derechos de acceso y control de los bienes culturales de los pueblos indígenas.

V. Autorizaciones para uso y explotación de obras artísticas en protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas

La Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas tiene por objeto el reconocimiento

[50] *Ibidem*, artículo 9o.

[51] *Cfr. ibidem,* artículos 58, 63, 65, 66, 70 y 71.

[52] *Ibidem*, artículo 3o.

y la garantía de la protección, la salvaguarda y el desarrollo del patrimonio cultural y propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, los cuales se sustentan en la Constitución.

Es así que todos y cada uno de los aspectos que regula dicha legislación tiene la premisa de ser una regulación que apoye y garantice los derechos de las comunidades, teniendo como uno de los ejes centrales de esta ley los aspectos de propiedad intelectual de las comunidades; toda vez que uno de los fines principales de la LPPCPCIA es garantizar la propiedad intelectual colectiva respecto al patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.[53]

Es importante señalar que esta ley responde por dicha protección, sujetándose a las prerrogativas de la legislación en materia de propiedad intelectual en México, sin perjuicio de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades originarias que establece la Constitución mexicana[54] y los tratados internacionales de los que México es parte.

En este sentido, la legislación que protege el patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas sustenta todos y cada uno de los aspectos de propiedad intelectual y particularmente sobre el uso y aprovechamiento de obras de los pueblos y comunidades indígenas o afromexicanas en la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley Federal de Protección de la Propiedad Industrial, de manera supletoria.[55]

Los objetivos principales de la legislación mexicana en materia de derechos de autor, la cual es reglamentaria a la Constitución, son: la salvaguarda y promoción del acervo cultural, la protección de los derechos de los autores, así como otros derechos de propiedad intelectual.[56] Lo anterior se relaciona con el objeto de proteger la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas[57] en términos de la ley suprema.[58]

En este sentido, todos y cada uno de los actos y convenios entre particulares que se generen para uso y explotación de las obras creadas por comunidades indígenas y afromexicanas deberán de cumplir con los requisitos formales del uso y explotación de obras artísticas en términos generales de conformidad con la ley autoral mexicana vigente.

---

[53] *Ibidem*, artículo 2o.

[54] Artículo 2o., CPEUM.

[55] Artículos 11 y 23, CPEUM.

[56] Artículo 1o., LFDA.

[57] Artículo 1o, LFPPCPCIA.

[58] Artículos 1o., 2o., 4o., párrafo décimo segundo, y 73, fracción XXV.N, CPEUM.

Los derechos de explotación regulados por la legislación autoral mexicana consisten en la reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra, la comunicación pública en sus distintas modalidades, transmisión pública o radiodifusión, distribución y cualquier uso público de una obra de artística[59] creada por una persona física[60] y se encuentran protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, y son susceptibles de transferirse a cualquier tercero por contrato en materia de derechos de autor.

Una vez que se ha identificado los derechos de explotación de una obra artística, estos podrán pactarse mediante un contrato en materia de derechos de autor. Estos contratos deben de cumplir ciertos requisitos específicos por lo que la legislación en la materia establece las siguientes formalidades para que la transmisión de derechos de explotación sea válida *ipso iure*.

Los requisitos generales en los contratos regulados por la ley en materia de derechos de autor mexicana establecen la formalidad de llevarse a cabo por escrito, de lo contrario, la misma legislación los considera nulos de pleno derecho.[61]

Dichos acuerdos que establezcan términos y condiciones sobre uso y explotación de los derechos de explotación de una obra artística deberá considerar una participación económica, es decir, una remuneración[62] a cambio de dicho acto, así como establecer una vigencia[63] permitida por la legislación autotral mexicana toda vez que los derechos de explotación tienen la característica de no ser perpetuos.[64]

Finalmente, como requisito para que dichos actos jurídicos puedan surtir efectos frente a terceros la legislación establece el registro del contrato[65] el cuál deberá de llevarse a cabo ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor.[66]

En este sentido todos y cada uno de los acuerdos que autoricen el uso y explotación de obras artísticas y literarias respecto al patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas deberán responder y cumplir con los requisitos de forma y fondo de los contratos en materia de derechos de autor. Así mismo, se deberá establecer aspectos mínimos en materia de contratos autorales que ayuden a regular los términos y condi-

---

[59] Artículo 27, LFDA.
[60] *Ibidem*, artículo 12.
[61] *Ibidem*, artículo 30.
[62] *Ibidem*, artículo 31.
[63] *Ibidem*, artículo 33.
[64] *Ibidem*, artículo 29.
[65] *Ibidem*, artículo 32.
[66] *Ibidem*, artículo 209.

ciones de manera equitativa entre creadores e industrias creativas, las cuales aportan entre el 5 y 7 por ciento al producto interno bruto del país.[67]

No debemos dejar de lado que fomentar el aspecto de la protección de los derecho intelectuales fomenta el acceso a la cultura, en ambos casos como un derecho humano, para lo cual nuestras comunidades originarias en México se encuentran protegidas bajo el mismo régimen de derechos humanos a nivel nacional e internacional.

[67] *Cfr*. Secretaría de Cultura, "El derecho de autor no desaparece con las nuevas tecnologías: Eduardo de la Parra", México, 14 de agosto de 2013, disponible en: *https://www.gob.mx/cultura/prensa/el-derecho-de-autor-no-desaparece-con-las-nuevas-tecnologias-eduardo-de-la-parra* (fecha de consulta: 11 de enero de 2024).