

CAPÍTULO PRIMERO

LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL DESDE LAS PERSPECTIVAS DEL CAPITALISMO COGNITIVO; LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA OMPI

Manuel BECERRA RAMÍREZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El capitalismo cognitivo en el centro de la globalización económica.* III. *El papel de la propiedad intelectual en el sistema global.* IV. *La propiedad, eje central del capitalismo cognitivo.* V. *Los diferentes tipos de conocimiento y la propiedad intelectual.* VI. *El conocimiento es el producto de la creatividad humana.* VII. *La artesanía asociada a conocimientos tradicionales.* VIII. *Protección por el derecho internacional.* IX. *La propiedad intelectual y el conocimiento tradicional en los tratados internacionales.* X. *La OMPI y las expresiones culturales tradicionales.* XI. *¿Qué protege la propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales? XII. Consideraciones finales.* XIII. *Fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN

Ante la problemática de proteger jurídicamente el conocimiento tradicional (CT) y las artesanías asociadas a los CTs, se realiza un análisis de lo que significa el conocimiento como objeto de protección del derecho, y especial énfasis se pone en la economía cognitiva. En principio, se indaga sobre este conocimiento, su importancia como un producto del ser humano, hasta llegar a ser un factor económico central, ahora motor de la globalización económica.

Para entender la importancia de la protección del conocimiento, ya sea a nivel general o por la PI, se considera que era de utilidad inquirir sobre éste como una práctica humana, así como tener presente cómo la ciencia lo

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores.

divide en forma artificial en diferentes tipos. El propósito es ver dónde queda el CT y en forma concreta el conocimiento que hace posible la existencia de las artesanías donde la tradición se manifiesta.

En este sentido, es relevante considerar que las *artesanías* pueden llegar a tener el mismo valor estético que lo que se conoce como arte, y que no hay duda de que éste sí está protegido por el derecho de autor, o sea el derecho de la PI. Aunque no se hurga más sobre la protección por esta vía, sí se comparte una visión general sobre la protección del CT por la vía de la PI y otros instrumentos jurídicos internacionales.

Es difícil que la PI proteja el CT por varias razones: por tener características ajenas al conocimiento con el que se produce la tecnología, o quizá como parte de una estrategia de los países industrializados, que no poseen este conocimiento o porque sin protección es más fácil apropiarse de ese conocimiento. Aquí surge la disyuntiva de dejar totalmente sin protección jurídica el CT o protegerlo con las normas de la PI. Se plantea una tercera vía, que contemple las características específicas del CT.

En esta parte del libro también se hace referencia al trabajo de dos décadas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que se refiere a los CTs y a su protección. El trabajo de esta organización identifica las características de este tipo de conocimientos y plantea las dificultades para su protección por medio de la PI.

II. EL CAPITALISMO COGNITIVO EN EL CENTRO DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

¿Qué es el conocimiento?, ¿qué papel juega en la economía actual? y ¿por qué se le considera actualmente el centro de la economía? Para responder estas preguntas hay que hacer algunos apuntes sobre el Estado, la economía de mercado, el capitalismo financiero y la globalización. Si bien se está de acuerdo con Marcos Kaplan¹ en que la globalización no es un fenómeno nuevo, pues está ligada con la misma evolución humana, lo que sí es nuevo es el desarrollo tan impresionante de las tecnologías de la comunicación y la computación de la tercera revolución tecnológica que en las últimas décadas ha impulsado el movimiento de bienes, personas, servicios y capital en forma bastante pronunciada, creándose un sistema económico mundial, que, a su vez, contiene ciertas formas de organización, un régimen de propiedad, de

¹ Becerra Ramírez, Manuel y Scheingart, Martha (coords.), *Las perspectivas del Estado en la obra de Marcos Kaplan*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

fronteras, social, político, fiscal, educativo, etcétera. Si bien esas son elecciones políticas de los Estados, no hay duda de que dependen de los diferentes grupos sociales y sus equilibrios de poder, en donde se expresan en forma dominante las distintas visiones del mundo.

Después de la caída del bloque socialista, a nivel mundial se entroniza el sistema capitalista con características muy particulares. La economía de mercado comprende las instituciones que hacen posible la producción, el intercambio de bienes y servicios. De acuerdo con el economista William H. Janeway, el actual capitalismo se caracteriza por tener tres “jugadores”: el Estado, la economía de mercado y el capitalismo financiero. El Estado es la entidad política que tiene autoridad coercitiva suficiente para establecer las reglas de los otros jugadores. La economía de mercado está compuesta por las instituciones que hacen posible la producción e intercambio de bienes y servicios; en cambio, “desde hace aproximadamente 250 años, la economía de innovación ha surgido desde la intersección de los intereses políticos, los incentivos económicos y la especulación financiera. El capital financiero es un vehículo que se encarga de distribuir el capital ahí donde es necesario”.²

Con esos tres jugadores, el Estado, la economía de mercado y el capitalismo financiero, se diseña el actual mundo globalizado, en donde el Estado y las negociaciones de los tratados de libre comercio abren caminos para que las grandes empresas transnacionales, ayudadas por las políticas de libre mercado, se introduzcan en las economías de los países subdesarrollados. Estos se aprestan a negociar dichos tratados, aun cuando la asimetría con los países desarrollados, en algunos casos, es inmensa.³ Así, bajo el incentivo de atraer inversiones extranjeras, los Estados subdesarrollados permiten la entrada a las poderosas empresas transnacionales a explotar los recursos humanos y naturales con que cuentan.⁴

Pero, como dice Piketty, “...la riqueza creada a lo largo de la historia, toda, es el resultado de un proceso colectivo: depende de la división internacional del trabajo, del uso de los recursos naturales del mundo y de la acumulación de conocimiento desde el inicio de la humanidad”.⁵ Esta mis-

² Janeway, William H., *Doing Capitalism in the Innovation Economy*, Cambridge, Reino Unido University Press, 2018, pp. 3-5.

³ Simplemente, véase el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica-República Dominicana-Estados Unidos, de 2004, en donde una potencia económica que cuenta con enormes recursos de negociación comercial internacional frente a Estados que carece de todo eso, solo cuentan con los intentos de lograr inversión extranjera a sus países.

⁴ Véase Becerra Ramírez, Manuel, *La pandemia COVID-19 y la propiedad intelectual en el orden mundial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023.

⁵ Piketty, Thomas, *Una breve historia de la igualdad*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 18.

ma idea, pero desde la perspectiva del conocimiento, es expresada por los economistas que consideran que

...la actual situación de los Estados es el resultado de la acumulación de todos los descubrimientos, invenciones, mejoras, perfecciones, y acciones de todas las generaciones que han vivido antes que nosotros; todo eso forma el capital mental de la actual raza humana, y cada nación por separado es productiva solamente en la proporción en la cual ha aprendido cómo apropiarse de estos logros de las generaciones anteriores y el incremento que haga de ellos por su propia capacidad.⁶

III. EL PAPEL DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL EN EL SISTEMA GLOBAL

En este entramado, ¿cuál es el papel de la PI? No hay que perder de vista el papel que juega, que es el de legalización de esta división internacional del trabajo. En efecto, actualmente, el sistema de PI está inserto en el capitalismo contemporáneo, globalizado, al que se le ha denominado capitalismo cognitivo, o capitalismo del conocimiento, o algunos lo denominan también como “economía de la innovación”.⁷ El economista Thomas Piketty, en su trabajo sobre la desigualdad, menciona que

...el desarrollo del capitalismo industrial occidental está íntimamente ligado con los sistemas de división internacional del trabajo, de explotación desenfrenada de los recursos naturales y de dominación militar y colonial desarrollados gradualmente entre las potencias europeas y el resto del mundo a partir de los siglos XV y XVI, con una fuerte aceleración durante los siglos XVIII y XIX.⁸

IV. LA PROPIEDAD, EJE CENTRAL DEL CAPITALISMO COGNITIVO

El actual capitalismo globalizante refleja precisamente esa visión del mundo, y en ella un elemento fundamental es la propiedad, considerando, además, que “todas las relaciones de propiedad conllevan relaciones de poder específicas”,⁹ y aquí incluimos a la PI.

⁶ List, Friedrich, *The National System of Political Economy*, trad. de Sampson S. Lloyd, Nueva York, Augustus M Kelly, 1966, p. 140, citado por Janeway, William, *op. cit.*, p. 8.

⁷ Véase Brownsword, Roger y Goodwin, Morag, *Law and the Technologies of the Twenty-First Century*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2012.

⁸ Piketty, Thomas, *op. cit.*, p. 63.

⁹ *Ibidem*, p. 48. Además de los medios de producción, la vivienda y el Estado, el otro ámbito de propiedad es la posesión del resto del mundo, es decir, de los activos en países extranjeros.

En efecto, la propiedad privada es la columna vertebral del sistema capitalista. Actualmente, se habla de un capitalismo criminal alrededor de la sustracción del oro en Perú, por ejemplo.¹⁰ La propiedad es una forma de distribuir la riqueza creada por el trabajo del hombre o ya existente en la naturaleza. Los economistas tradicionales afirman que “el capitalismo funciona sobre la base de los incentivos que proporciona la apropiación privada de tierras, capital, y conocimiento, pero también depende sustancialmente de la producción de bienes públicos en los cuales la información y el conocimiento desempeñan un rol de fundamental importancia”.¹¹ Si el conocimiento juega un rol importante en el capitalismo contemporáneo, la inserción de las normas que protegen a la PI en el comercio internacional adquiere una dimensión internacional. Es decir, el conocimiento se pone en el centro de la economía mundial.

Así, en las últimas décadas del siglo XX se empezó a hablar de innovación como una especie de motor de las empresas en la competencia comercial. Esto fue una novedad en el siglo XIX. “Ahora, también las empresas buscan producir nuevos conocimientos con el fin de mejorar sus productos y superar sus competidores, y alentar la innovación en una de las principales tareas de los gerentes de conocimiento”.¹² De ahí, la demanda de proteger jurídicamente este conocimiento. Entonces, la PI protege a la información y al conocimiento, de tal manera que, al hacerlo se pasa de lo público a lo privado mediante la conversión de dicho conocimiento e información en un monopolio temporal, generalmente, de explotación privada y que tiene un valor transferible en el mercado.

V. LOS DIFERENTES TIPOS DE CONOCIMIENTO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Teóricamente el conocimiento se ha dividido en varios tipos para entender los diferentes regímenes legales que lo regulan y las consecuencias de poner al conocimiento como parte de la economía mundial. Así se observa que, en

¹⁰ Zibechi, Raúl, “Capitalismo en modo criminal”, *La Jornada*, 30 de diciembre de 2023. También véase Melendres Candia, Martín Yover, “Minería informal en el Perú”, *Academia*, Perú, 2019.

¹¹ Díaz Pérez, Álvaro, *América Latina y el Caribe: la propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*, Santiago de Chile, CEPAL, 2008, p. 65.

¹² Burke, Peter, *¿Qué es la historia del conocimiento? Cómo la información dispersa se ha convertido en saber consolidado a lo largo de la historia*, 2a. ed., trad. de María Gabriela Ubaldini, Argentina, Siglo XXI, 2017, p. 48.

los campos de éste, los científicos sociales lo han dividido en: el tecnológico, el científico, el cotidiano y el tradicional.¹³

El conocimiento tecnológico tiene un valor en el mercado y está protegido por la PI mediante un monopolio de explotación, generalmente de carácter temporal (quizás la excepción está en el secreto industrial y que su protección no depende del tiempo, sino de su secrecía) para incentivar al creador y en recompensa por su trabajo y genialidad. En realidad, al no existir un sistema de mecenazgo que sostenga económicamente a los creadores, ya que el mismo Estado se retira de ciertas áreas de la economía, se deja que el sistema antiguo de propiedad industrial y los derechos de autor, sin tener cambios substanciales, sean los que retribuyan al creador del conocimiento útil para producir tecnología y creaciones protegidas por el derecho de autor. Es por eso por lo que se crea el monopolio de explotación, que es una excepción al libre flujo de conocimiento e información.

Sin embargo, ¿qué se gana socialmente con la creación del monopolio? La creación del monopolio temporal permite que dicho conocimiento se haga público, no se guarde, como una maniobra para mantener una ventaja competitiva en un ambiente comercial y para que sirva de insumo en otras invenciones. Por supuesto, los posibles innovadores pueden utilizar ese conocimiento para reproducirlo y comercializarlo, siempre y cuando recompensen a sus creadores por su inversión y genialidad; o pueden utilizarlo para la creación de nuevo conocimiento, siempre y cuando no se reproduzca el conocimiento protegido. Cuando se termine el tiempo de protección, éste se convierte parte del dominio público, libre para que otros puedan reproducirlo.

Cabe precisar que no todo el conocimiento es objeto de protección por las normas de la PI, por ejemplo, el científico que está libre en la sociedad y no tiene un valor directo en el mercado; el conocimiento sobre la capa de ozono no se vende, está en el dominio público, sirve a la humanidad. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la segunda generación de la PI, se constriñe a proteger de alguna manera, ya que puede dar pie a crear nuevas tecnologías. Sobre todo por lo que se refiere a la ciencia bioquímica (por la cuestión de la biotecnología) o a la física y matemática, solo por citar ciertos ejemplos. De esa manera, la persona investigadora contemporánea debe tener cuidado en no publicar algún conocimiento que pueda dar mo-

¹³ Tomado de Becerra Ramírez, Manuel, “El capitalismo del conocimiento y la propiedad intelectual”, en Bergel, Salvador y Negro, Sandra (ed.), *Propiedad intelectual. Presente y Futuro. Homenaje al profesor Carlos María Correa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de IF, 2019, pp.1-18.

tivo a una patente, pues en tal caso perdería la novedad, que es un requisito fundamental de patentamiento de las nuevas invenciones.

Respecto al conocimiento cotidiano, que es el que nos permite relacionarnos con nuestro medio ambiente inmediato, que se deriva del aprendizaje empírico y está relacionado con el hacer y usar de los individuos, en principio, es libre de uso y no tiene un valor en el mercado. Sin embargo, el uso incorrecto de las nuevas tecnologías de la información han sido una forma de apropiarse de éste, por ejemplo, los datos personales y el domicilio de las personas que nos permite interactuar con otras personas, ya que tienen características particulares, que se han clasificado como datos sensibles, forman parte de la personalidad de las personas físicas, y el uso de esta información resulta útil para las empresas como una base de datos con fines comerciales. El derecho de la PI en este caso lo protege por la vía de derechos de autor, por lo menos en el derecho mexicano.

Finalmente, tenemos a los CTs que se podría pensar que están libres en el mercado, no obstante, por su enorme valor, los tratados en materia de PI de segunda generación no alcanzaron a protegerlo o no había interés en hacerlo. En efecto, este tipo de conocimiento no se protege en forma clara y suficiente como sí sucede con las demás instituciones de la PI; las preguntas son: ¿no se protege por una estrategia comercial, o no se protege porque se les olvidó? Lo que es obvio es que, a diferencia de los europeos, concretamente Francia y España, han destinado muchos recursos e imaginación para proteger sus CTs.

En el caso de Estados Unidos, un pueblo sin respeto por los pueblos originarios, y de interés eminentemente comercial, y que además ha sido el motor de la protección de la PI en los tratados de comercio, no ha sido afecto a la protección de los CTs, a excepción de productos específicos como el tequila o el mezcal a cambio de la protección del whisky en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y el Pisco, la bebida chilena-peruana (en el Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos con Chile). Sin embargo, los CTs ante una ausencia de regulación, al pensar que está en el dominio público se ha podido privatizar.¹⁴ Esto ha provocado que sea objeto de saqueo permanente, como sucede con la música, la literatura, la medicina tradicional, los tan hermosos diseños de las artesanías tanto en textiles como en objetos de barro u otro material.¹⁵

¹⁴ Díaz Pérez, Álvaro, *op. cit.*, p. 63.

¹⁵ La prensa reporta que representantes legales de los artesanos denunciaron en la Cámara de Diputados de México que “empresas trasnacionales como Nestlé promocionan sus productos con imagen plagiadas de los diseños creados por maestros indígenas”; también se

Con la inserción de la PI al comercio internacional (creándose la segunda generación de derechos de la PI), este esquema de división de los diferentes tipos de conocimiento ha sufrido una modificación substancial, pues los campos del conocimiento tecnológico se han venido ensanchando, a costa de los conocimientos científicos y tradicionales,¹⁶ que en términos generales está íntimamente relacionado con el desarrollo del ser humano. En este sistema de “capitalismo cognitivo” hay un derrame de conocimientos del sur al norte, teniendo como marco jurídico la PI en su segunda generación, es decir, la inserción de la PI en los tratados de comercio internacional, con las consecuencias que esto trae.¹⁷

En ese esquema se argumenta que los CTs no tienen ningún costo, pues es el producto del saber humano de muchas generaciones; a diferencia del conocimiento que es producto de inversiones cuantiosas en los laboratorios de las universidades o centros de investigación de los países desarrollados, lo cual es una falacia, pues precisamente éstos son el resultado de generaciones de trabajo y cuidado, por ejemplo, el caso de la medicina tradicional; lo mismo que las variedades vegetales, como es el caso del maíz,¹⁸ que a través de muchas generaciones no sólo se ha conservado, sino que se ha mejorado y diversificado.

De esta manera, los conocimientos distintos al tecnológico se ven reducidos a su mínima expresión, en cambio, lo relativo a la tecnología se amplía

mencionan las empresas Mango, Hermés, Nike. Cfr. Garduño, Roberto y Méndez, Enrique, “Trasnacionales plagian diseños indígenas, queja en san Lázaro”, *La Jornada*, 27 de octubre de 2017, p. 32. También es conocido el posible plagio de la diseñadora francesa Isabel Marant de un diseño Mixe, como se puede constatar en “Plagio, despedidas y polémica: la moda en 2015”, *Milenio Digital*, 31 de diciembre de 2015, disponible en: http://www.milenio.com/tendencias/Donna_Karan-Kendall_Jenner-Hermes-PETA-Isabel_Marant_mixes-Balmain_x_H-M_0_656334502.html (fecha de consulta: 30 de octubre de 2023).

¹⁶ La idea de una mayor o menos protección de la propiedad intelectual depende de los diferentes niveles de desarrollo tecnológico. Ostergard, Robert L. Jr., *The Development Dilemma. The Political Economy of Intellectual Property Rights in the International System*, Nueva York, LFB Scholarly Publishing LLC, 2003, pp. 2 y 3.

¹⁷ Véase Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, Porrúa, 2009.

¹⁸ En forma más precisa se expresa la idea: “la búsqueda de productos nuevos y materias primas donde se pudieran emplear los conocimientos tradicionales ha provocado una gigantesca presión física, ideológica y psicológica por parte de negociantes, investigadores, empresas con ánimo de lucro, religiosas y no religiosas, en las comunidades indígenas y locales, generando una coacción indebida cuando no una verdadera carrera y lucha por la obtención de beneficios, como es el caso de las empresas de bioprospección”. Cruz, Rodrigo de la, “Protección a los conocimientos tradicionales” (ponencia), Cuarto Taller Acceso a Recurso Genéticos, Conocimientos y Prácticas Tradicionales y Distribución de Beneficios, Isla Margarita, Venezuela, 17 al 19 de julio 2001, p. 3.

a costa de los demás. Desafortunadamente, al quedar “libre” el conocimiento, hay peligro de apropiación. Por otro lado, el conocimiento científico es una fuente importante de donde abrevan gratuitamente los innovadores para producir el de tipo tecnológico, que después será protegido por la PI.

VI. EL CONOCIMIENTO ES EL PRODUCTO DE LA CREATIVIDAD HUMANA

La división entre los diferentes tipos de conocimiento es meramente artificial, pues la creación de éstos no está en estancos separados. La creación del conocimiento nuevo siempre es deudora de alguien más atrás.¹⁹ Por ejemplo, la filosofía griega clásica sigue siendo fuente de nuevas tecnologías, tal es el caso de la lógica matemática que se aplica a las tecnologías de la computación, o la física que se aplica a las tecnologías de las comunicaciones actuales. O aún más, todo lo que se refiere al CT, que los pueblos han cultivado y desarrollado a través de diferentes generaciones, puede dar vida a nuevas variedades de vegetales. En efecto, el conocimiento es producto del ser humano, que tiene su origen en la creatividad. Según algunos autores de filosofía, la creación del ser humano “...no puede darse a partir de la nada, sino siempre a partir de alguna entidad antecedente”.²⁰ La creación del ser humano se da desde las ideas (en sentido amplio, ya que se incluyen los conceptos, imágenes, teorías, metáforas y otras muchas entidades mentales). También el ser humano, para crear, juega con sus emociones y sentimientos.²¹

En ese sentido, todo el conocimiento tiene un contenido y fin social, y al integrar el tecnológico como un elemento de la economía del conocimiento, se corre el peligro, que ya es actual, de que choque con el sentido social de una gran parte del conocimiento protegido por la PI y que al mismo tiempo tiene una función meramente social, como son los medicamentos o el mismo conocimiento científico (cuyo acceso es parte de los derechos humanos).

¹⁹ En la filosofía china, esta idea de creación permanente del conocimiento ya está expresado: “...no existe la idea del original, puesto que la originalidad presupone un comienzo en sentido estricto. El pensamiento chino no se caracteriza por concebir la creación a partir de un principio absoluto, sino por el proceso continuo sin comienzo ni final, sin pensamiento ni muerte”. Byung-Chul Han, Shanzhai, *El arte de la falsificación y la desconstrucción en China*, Buenos Aires, Caja Negra, 2016, p. 13.

²⁰ Marcos, Alfredo, “La creatividad humana: una indagación metafísica”, en Pérez Ranzanz, Ana Rosa y Ponce Miotti, Ana Luisa (coords.), *Creatividad e innovación en ciencia y tecnología*, México, UNAM, 2017, p. 37.

²¹ *Ibidem*, p. 38.

Aquí nos encontramos en una aparente disyuntiva creada por la economía del capitalismo cognitivo, que se puede expresar entre economía *versus* derechos humanos. Sobre eso seguiremos disertando.

VII. LA ARTESANÍA ASOCIADA A CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

En principio, “artesanía” se ha entendido como toda aquella creación hecha a mano por personas y comunidades en las cuales no utilizan una producción industrial, en serie; con materias primas, generalmente locales, que puede o no tener como base los CTs, así se crean utensilios que sirven para adorno, para juego, para resolver un problema cotidiano; tenemos los trabajos artesanales de la cestería, orfebrería, tapicería, carpintería, juguetería, tejidos, etcétera. Todo esto encierra en sí una serie de saberes, de formas de hacer, por lo que se tienen diversos tipos de artesanía, como la urbana, la popular, la indígena, la contemporánea, etcétera, en donde se utiliza, o no, algún CT (por ejemplo, pulseras, libretas, indumentaria, bisutería en general).

Se puede afirmar que elementos comunes entre las diferentes categorías de artesanía se encuentran en que son creaciones con fines expresivos, estéticos y/o utilitarios, y/o religiosos, lo que produce emociones a terceras personas. En el presente nos abocamos a la artesanía asociada a los CTs, ya que es parte esencial de nuestro análisis, por lo que nos referiremos a ésta en adelante como artesanía tradicional (AT).

Podemos observar que la AT y el arte son producciones que no se hacen en serie, a diferencia de la producción industrial. Una de las características de la AT es que no se pueden realizar a gran escala; lo mismo el arte, es una creación única: la Mona Lisa es una pintura única e irrepetible. En cuanto al material utilizable, en el arte, por ejemplo, el artista puede usar el óleo, la acuarela, aunque el pintor es libre de utilizar otros elementos. En el caso de la AT, se utilizan principalmente los materiales locales, que es parte de lo que caracteriza a la creación; además, éstas se realizan por colectividades que son las poseedoras de conocimientos ancestrales que se transmiten de generación en generación. Mucha de esa AT responde a una cosmovisión de las culturas originarias en donde hay un sentido holístico de la vida que no tiene nada que ver con el mercado. Finalmente, son los mismos grupos de creadores que comercializan sus productos.

En realidad, lo que sí hace una diferencia entre arte y artesanía es el precio, y ese es el problema, que al llevar el nombre de “artesanía”, el comprador lo quiere comprar a bajo costo, sin tener razón. Una obra de una

artesana o artesano muchas veces requiere de mucho tiempo, por ejemplo, un huipil de Oaxaca que es hilado y coloreado con técnicas tradicionales.

Se habla de que la diferencia entre arte y artesanía viene desde la Edad Media.²² Congruente con lo que se ha afirmado antes, ahora se puede decir que este tipo de conocimiento, el que hace posible las artesanías, comparte las características de todo conocimiento; es una creación humana y puede ser tan valiosa como una pintura hecha de manera ortodoxa. Sin embargo, en la vida cotidiana el concepto de “artesanía” implica un valor más bajo que el del “arte”. Precisamente, al considerarse artesanía, socialmente se entiende que es una cosa inferior, lo cual es totalmente falso.

El conocimiento, no se encuentra en una situación aislada, inmóvil, si no en movimiento, en evolución y retroalimentación con otros conocimientos; en esencia, es producido en forma colectiva a través de generaciones.

VIII. PROTECCIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL

No obstante la ausencia o la deficiente protección de los CTs a nivel internacional, se ha tratado de proteger con algunos tratados o bien instrumentos jurídicos internacionales,²³ como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948²⁴ del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC);²⁵ la Convención 169 de la OIT sobre

²² Voz “Artesanía”, *Enciclopedia Significados*, disponible en: <https://www.significados.com/artesania/> (fecha de consulta: 4 de enero de 2024).

²³ Marqués Rojas, Velia Fernanda, “Del peyote a Pfizer. Protegiendo el conocimiento tradicional”, *Centro de Estudios Constitucionales SCJN*, 20 de octubre del 2020.

²⁴ El Artículo 27 de la Declaración es el punto de partida para considerar que las creaciones artísticas están protegidas como derecho humano, ya que “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

²⁵ Artículo 15. “1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Parte en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Parte en el Presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Pueblos Indígenas y Tribales, que expresamente menciona que los Estados miembros deben velar porque se fortalezcan y fomenten las artesanías (una diversidad de su elaboración se basa en los CTs), ya que son un factor importante de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico (artículo 23-1); la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2007 (DNU-DPI o Declaración), técnicamente es un instrumento jurídico no vinculante, pero la negociación por muchos Estados y su expresión de que los derechos que ella reconoce “constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”,²⁶ son una muestra de la importancia de ella y que la acción de los Estados puede convertirla en jurídicamente obligatoria mediante su adopción en la legislaciones internas de los Estados.

Además, la Declaración reconoce “que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”.²⁷ En ese sentido, el artículo 11 reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas (sic) “a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas”.²⁸ Establece la indicación para que los Estados proporcionen “reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos juntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”.²⁹

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

²⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, artículo 43, resolución aprobada por la Asamblea General 61/295, 13 de septiembre de 2007.

²⁷ *Ibidem*, p. 2.

²⁸ *Ibidem*, art. 11.1.

²⁹ *Ibidem*, art. 11.2.

mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales...³⁰

En relación con la biodiversidad, está la Convención de Río sobre Biodiversidad de 1992, que, aparte de procurar la conservación de la biodiversidad trata de la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y los tratados que son secuelas; el Protocolo de Nagoya, del año 2010 y que fundamentalmente establece un marco jurídico para que los Estados parte establezcan un marco jurídico para asegurar que los beneficios del acceso a los recursos genéticos se compartan de maneja justa y equitativa con las comunidades indígenas que posean CTs asociados a éstos. En este aspecto se aprobó en 2024 el Tratado de la OMPI sobre la Propiedad Intelectual, los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales Asociados,³¹ el cual se centra en la eficacia, transparencia y calidad del sistema de patentes, relacionadas estos tópicos, lo que desde nuestro punto de vista no fortalece la protección en términos reales de este tipo de conocimientos, ya que el reconocimiento y regulación se realiza en la vía de la PI.

El Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena de 1999 regula los potenciales riesgos a la biodiversidad y salud humana que puede causar el uso de los organismos vivos modificados. La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (CPPDEC) es un documento jurídicamente vinculante promovido por la UNESCO, aprobado en 2005 y que, fundamentalmente, trata de garantizar el derecho de los pueblos a su propia cultura, a producirla, difundirla y disfrutarla. Entre otros objetivos, están los de proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales.³²

Por su parte, México, aparte de los instrumentos anteriores, forma parte de varios tratados, como La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972; la Convención para la Salvaguardia

³⁰ *Ibidem*, art. 31.1.

³¹ Adoptado por la Conferencia Diplomática en Ginebra del 13 al 24 de mayo de 2024, disponible en: https://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2024/article_0007.html (fecha de consulta: 30 de mayo de 2024).

³² Véase Convención sobre a Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de la Organización de Naciones Unidad para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), adoptada en París, 20 de octubre de 2005, disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf00000246264_spa.locale=en.page=7 (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).

del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003; la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005, y la ya referida la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001.

¿Qué se espera con la protección de los CTs? Por supuesto se recomienda la protección de éstos, de otra manera es susceptible de apropiación o uso indebido. Además, es necesario para el acceso y explotación a este tipo de conocimiento “tener pruebas de que se ha obtenido el conocimiento fundamentado previo y se ha llegado a un acuerdo sobre la participación en los beneficios”.³³ Mediante la protección se pretende preservar y fomentar la creación; también compartir los beneficios económicos si se decide comercializar (como se expuso anteriormente, algunas de esas creaciones tienen que ver con ritos que forman parte de su religión o de su propia cosmogonía); en ese sentido, también salvaguardar su cultura de toda imitación.

IX. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL CONOCIMIENTO TRADICIONAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La PI, en su componente de propiedad industrial, derechos de autor y variedades vegetales, es una institución fundamentalmente europea, que no tienen que ver con las características de los CTs, por lo menos en México. Ésta tiene características específicas: una protección temporal (a excepción del secreto industrial, que no tiene límite temporal, sino se protege mientras se mantenga en secrecía); protege a los creadores, mediante un monopolio de explotación; busca promover la creatividad y proteger la inversión. Este es un aspecto particular y razón de ser de la PI. Se argumenta que, si no hay incentivo, no hay creación y éste tiene que ver con la protección de la inversión y una recompensa a la genialidad del creador. Una vez que termina el plazo de protección, el conocimiento se vuelve de dominio público. Todas estas características tienen que ver con un sistema capitalista que protege al individuo productor del conocimiento útil en el mercado; la idea es mantenerlo en funcionamiento con base en innovaciones que se incorporen a éste.

Por otra parte, los tratados contemporáneos de PI como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Acuerdo Amplio y Progresista de Aso-

³³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales*, Ginebra, OMPI, 2020.

ciación Transpacífico (TPP-11), el T-MEC, por citar algunos tratados de los cuales México es parte, no contienen disposiciones relativas a la protección del CT.

Aunque es interesante recordar que en el TLCAN Canadá negoció y logró una “excepción cultural”. Eso significa que la industria cultural canadiense no se incorporó como objeto del libre comercio, como una manera de protección frente al embate estadounidense; cuestión que no hizo México. Sin embargo, en el marco de la PI contemporánea se ha tratado de proteger a los CTs, por ejemplo, mediante derechos de autor, indicaciones geográficas, marcas colectivas o marcas de certificación,³⁴ figuras que han resultado insuficientes.

Los CTs tienen características propias, en principio, se trata de un cuerpo vivo de conocimientos que se desarrolla, mantiene y transmite de generación en generación en una misma comunidad y es de carácter colectivo. Se entiende que este tipo de conocimiento se “origina en la colectividad y ésta es quien los posee, por lo que los derechos e intereses sobre los mismos corresponden a las comunidades y no a los individuos, incluso en los casos en los que dichos conocimientos o creaciones han sido generados por un miembro de una comunidad.”³⁵ Muchas veces no se pueden establecer los límites de creación, es decir, su autor o autores y el tiempo de cuando fueron creadas a menudo forma parte de su identidad cultural o espiritual.

A nivel internacional existe una corriente que propone que la PI sea la vía de protección de los CTs; sin embargo, no hay un intento claro y decidido para que la nueva generación de los derechos de la PI se ocupe de ese tema. Si se hace una revisión de lo que han significado los tratados de libre comercio desde inicios de la década de 1990 para los países en vías de desarrollo, en realidad se observa que no han sido factor para el desarrollo.

Estos tratados de libre comercio han servido para abrir las economías en beneficio de las empresas transnacionales que se han fortalecido con los mercados libres.³⁶ Por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio Unión Europea-México (TLCUEM), que está en proceso de negociación, hay una

³⁴ La UNESCO, junto con la OMPI, elaboraron en 1985 un documento denominado “Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions” en el cual se propone proteger, mediante derechos de autor y derechos conexos, este tipo de conocimiento, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000220160> (fecha de consulta: 28 de enero de 2024).

³⁵ OMPI, *op. cit.*, p. 20.

³⁶ Los tratados de libre comercio han sido un factor para la adopción de las nuevas normas de propiedad intelectual. Véase Halabi, Sam F., *Intellectual Property and the New International Economic Order*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2018, p. 31.

fuerte tendencia para proteger las indicaciones geográficas. Se listan un número largo de indicaciones geográficas europeas, pero ¿qué hay con la protección del CT? En México las comunidades que detentan los CTs se quejan de la piratería de los grandes diseñadores europeos.

En los tratados de libre comercio se ha olvidado proteger los CTs que, en el caso de México, como un país rico en este tipo de conocimientos se manifiesta en una infinidad de productos. El gran problema que se ha incrementado con la globalización es que este tipo de conocimiento, al no tener una protección clara y firme en el campo internacional, ha sido objeto de apropiación. Ello además de significar un perjuicio económico, también afecta a las culturas locales cuyas creaciones forman parte de la cosmogonía de estos pueblos. Así, empresas como Zara, Isabel Marant, Carolina Herrera, Shein y muchas más, se han apropiado de dichas creaciones y estas marcas, generalmente, quedan impunes al carecer de un marco jurídico internacional.³⁷

Para la OMPI, el concepto “Expresiones culturales tradicionales” (ECTs) engloba “la música, la danza, el arte, los diseños, los signos y los símbolos, las interpretaciones, las ceremonias, las formas arquitectónicas, los objetos de artesanía y las narraciones o muchas otras expresiones artísticas o culturales”; y dice que este tipo de conocimiento se caracteriza porque “son parte integrante de la identidad cultural y social de las comunidades indígenas (sic) y locales, comprenden la experiencia y conocimientos y transmiten valores y creencias fundamentales”.³⁸

Se ha explorado que las ECTs no encuadran en el sistema de la PI por sus características específicas y se pone de ejemplo la “originalidad”, que es una característica esencial de los derechos de autor. En el caso de las ECTs no se puede satisfacer, pues es el producto de conocimiento anterior, que no es original. Algunos manejan que, precisamente, este tipo de conocimiento está en el dominio público.

La práctica ha hecho que esas instituciones de la PI, que responden a concepciones capitalistas, no encajen con las concepciones de creación colectiva y tradicional, motivo por el cual se perfilaría a una protección de carácter especial que responda a sus características propias.

³⁷ Pineda Santiago, Irma, “La propiedad intelectual de los pueblos indígenas”, *La Jornada Semanal*, 9 de julio de 2023, p. 13.

³⁸ OMPI, “Expresiones culturales tradicionales”, disponible en: <https://www.wipo.int/es/web/traditional-knowledge/traditional-cultural-expressions/index> (fecha de consulta: 5 de enero del 2024).

Las ECTs se pueden proteger por la vía de otros tratados internacionales como las dos convenciones de la UNESCO: la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural e Inmaterial, de 2003; y la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005; así como por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y el Convenio No. 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

X. LA OMPI Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

La OMPI se ha ocupado desde principios de este siglo de la protección de los recursos genéticos, de los CTs y el “folclore” (sic). Para eso creo un órgano, el Comité Intergubernamental sobre PI y Folclore (CIG), que, desde 2008, se encargó de la elaboración de un documento sobre el análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales.³⁹

Este documento se actualizó en 2022 y con un estudio, elaborado con muchas voces técnicas de varias nacionalidades, se sugiere tomarlo en consideración para el diseño de una legislación nacional propia.

Una de las primeras definiciones que tiene el documento es que logra caracterizar a las ECTs:

- a) son el producto de la actividad intelectual creadora,
- b) han sido transmitidas de generación en generación, sea oralmente, sea por imitación,
- c) reflejan la identidad social y cultural de una comunidad,
- d) consisten en elementos característicos del patrimonio de una comunidad,
- e) suelen ser creadas por autores desconocidos o imposibles de localizar, o por comunidades,
- f) suelen ser creadas ante todo por motivos espirituales y religiosos,
- g) suelen ser creadas y reproducidas con ayuda de recursos naturales, y

³⁹ Este documento que la CIG preparó lo elaboró con la finalidad de que: “a) se señalen las obligaciones, disposiciones y posibilidades que ya existen a nivel internacional para la protección de las expresiones culturales tradicionales (ECT); b) se señalen las lagunas que existan a nivel internacional, y se aclarasen, en la medida de lo posible, con ejemplos específicos; c) se expusiesen las consideraciones importantes para determinar si es necesario suplir esas carencias; d) se señalasen qué opciones existen o puedan perfilarse para hacer frente a cualquier carencia que se haya determinado, incluidas las opciones jurídicas o de otra índole, sea a nivel internacional, regional o nacional; e) se adjuntase un anexo con una matriz correspondiente a los temas a los que se hace referencia en los apartados a) y d) *supra*”. Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, WIPO/GRTKF/IC/37/7, 6 de julio de 2018.

h) evolucionan, se desarrollan y se recrean constantemente en la comunidad.⁴⁰

Estas características, como se verá, crean cierta complejidad para proteger por vía de la PI a las ECTs, tomando en consideración que la PI está hecha para proteger otro tipo de conocimiento. Sin embargo, el estudio de la OMPI considera que hay una buena batería de tratados internacionales en materia de PI que se pueden aplicar, no sin cierta labor de interpretación, a fin de adecuarlos a las características de los ECTs.⁴¹

XI. ¿QUÉ PROTEGE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES?

Ahora bien, la OMPI propone para la protección de las ECTs, los elementos siguientes: “*i*) las expresiones distintivas y creativas en sí mismas; *y/o ii*) la reputación o el carácter distintivo asociado a las mismas; *y/o iii*) su método de fabricación (en el caso de las artesanías, los instrumentos musicales y los textiles, por ejemplo)”.⁴²

Como se ve, estos elementos de protección pueden converger, o no. Además, el documento de la OMPI, si bien propone la protección de las ECTs por parte de la PI, también reconoce que hay una serie de limitaciones para que se puedan aplicar a las ECTs. Esas limitaciones pueden ser técnicas, conceptuales *y/u* operativas.

⁴⁰ Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/45/7), 27 de septiembre de 2022, anexo I, p. 4, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_45/wipo_grtkf_ic_45_7.pdf.

⁴¹ “*a*) la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, de 1961 (la «Convención de Roma», de 1961); *b*) el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 1967 (el «Convenio de París», de 1967); *c*) el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1971 (el «Convenio de Berna, de 1971»); *d*) el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, de 1971 (el «Convenio Fonogramas», de 1971); *e*) el Acuerdo sobre los ADPIC, de 1994; *f*) el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, de 1996 (el «WCT, de 1996»); *g*) el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 1996 (el «WPPT, de 1996»); *y h*) el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, de 2012 (el «Tratado de Beijing, de 2012»)”.

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, WIPO/GRTKF/IC/37/7, *cit.* anexo I, pp. 5 y 6.

⁴² *Ibidem*, anexo I, p. 4.

1. *Las limitaciones técnicas*

El requisito de originalidad. El derecho de autor protege exclusivamente las obras originales; sin embargo, muchas producciones literarias y artísticas tradicionales no lo son en este sentido. Del mismo modo, se ha señalado la posibilidad de que los diseños tradicionales no sean “nuevos” ni “originales” de modo que los haga merecedores de la protección de los diseños industriales. Por otra parte, las adaptaciones de las ECTs se pueden proteger como obras y diseños *originales*, por ello es necesaria la protección preventiva.

Titularidad. El ejercicio de la protección que dimana del derecho de autor y de los diseños industriales suele requerir la identificación de un creador o de creadores conocidos, a fin de determinar quiénes serán los titulares de los derechos y los beneficiarios. Sin embargo, es difícil, cuando no imposible, identificar a los creadores de las ECTs debido a que éstas son creadas y conservadas de forma colectiva. Además de que el concepto mismo de “titularidad”, en el sentido que se le atribuye en el dominio de la PI, también puede resultar ajeno a muchos pueblos originarios.

Fijación. El requisito de fijación en muchas legislaciones nacionales en materia de derecho de autor impide la protección de expresiones intangibles, como las danzas y las canciones, a menos que estén fijadas en algún tipo de soporte. Puede ocurrir incluso, que determinadas expresiones que se hayan materializado, no reúnan el requisito de fijación necesario, como la pintura facial y corporal, y las esculturas de arena. Ahora bien, por otra parte, los derechos sobre las grabaciones y la catalogación de las ECTs se confieren a las personas responsables de esos actos de fijación y no a los custodios de las ECTs.

Plazo de protección. Se considera que el plazo de protección en el marco del derecho de autor y los derechos conexos no es adecuado para las ECTs. En primer lugar, no atiende a la necesidad de protegerlas a perpetuidad o, al menos, mientras la comunidad exista. Por otra parte, un plazo de protección limitado requiere ciertamente que se conozca la fecha de creación de la obra o la primera publicación, lo que generalmente no es posible respecto a éstas.

Formalidades. Aunque no existen formalidades en el caso del derecho de autor y los derechos conexos, se prevén requisitos de registro y renovación, aunque dichos requisitos pueden ser obstáculos para la utilización de las instituciones de la PI por las comunidades y pueblos originarios.

Excepciones y limitaciones. Además de la cuestión del plazo de protección limitado previsto por la PI, se ha aducido que otras excepciones y limita-

ciones que generalmente se prevén en las legislaciones en la materia no son convenientes en el caso de las ECTs. Por ejemplo, se suele autorizar a los archivos y bibliotecas a realizar reproducciones de obras y a ponerlas a disposición del público sin autorización de las personas titulares.

Protección preventiva. Los pueblos y comunidades originarias están preocupados por el hecho de que empresas o personas que no pertenecen a dichas comunidades imiten o copien sus ECTs o las utilicen como fuente de inspiración y adquieran derechos de PI sobre sus obras derivadas: diseños, marcas u otras producciones. Por ejemplo, algunas comunidades han expresado su preocupación respecto a la utilización en el comercio de palabras, nombres, diseños, símbolos y otros signos distintivos por terceros, y de su registro como marcas. Además de que no se protege el estilo de las obras literarias y artísticas, ni el de los diseños, respectivamente.

2. *Divergencias conceptuales*

Respecto a las deficiencias de los sistemas de PI, los integrantes de los pueblos originarios han expresado ante la OMPI y ante otras instancias internacionales, sus dudas sobre la capacidad de los tratados para atender a sus necesidades fundamentales. Por ejemplo, han afirmado que “...la propia concepción de «titularidad» en el marco del sistema convencional de PI es incompatible con las nociones de responsabilidad y de custodia en virtud de las leyes y los sistemas consuetudinarios”.⁴³ Ello en virtud de que las personas autoras de los pueblos originarios quedan sometidas a normas, reglamentos y responsabilidades complejos y dinámicos, más próximos a los derechos de utilización y de gestión, que son comunitarios por naturaleza.

Por ejemplo, tratándose del derecho de autor, el cual tiene como objetivo permitir la explotación comercial de las obras en una forma justa y equilibrada, en el caso de las ECTs, las obras “...son creadas en primer lugar para objetivos espirituales y religiosos y no llegan a un público tan amplio como sería posible”.⁴⁴

Es interesante ver que el documento del Comité reconoce que, ante la dificultad de poder aplicar la PI, recomienda el establecimiento de un derecho *sui generis*, o bien la utilización de mecanismos ajenos a la PI.⁴⁵

⁴³ *Ibidem*, anexo I, p. 10.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ “Las necesidades de las comunidades indígenas respecto de sus ECT a las que no se pueda atender en el marco del sistema de PI quizás podrían satisfacerse mediante el estable-

3. *Divergencias operativas*

Otra de las limitaciones se identifica como “obstáculos operativos y prácticos, como es el caso de la dificultad de acceder a un asesoramiento jurídico competente y a medios de financiación para adquirir derechos sobre sus TCE (sic) y hacerlos valer”.⁴⁶ Por ejemplo, el uso de marcas comerciales para proteger las ECTs.

A. *ECTs compartidas*

Un problema importante y recurrente se plantea cuando la titularidad de las ECTs es compartida por más de una comunidad y se ejercen en un mismo territorio o diferentes. Entre las opciones para resolver este problema cabe mencionar la cotitularidad de los derechos sobre una misma ECT o similares y los ejerzan por separado. Se ha hecho hincapié en permitir que las leyes y protocolos consuetudinarios sean un factor determinante. Otra solución posible consiste en conferir esos derechos al Estado o a un organismo público.

B. *Carencias inherentes a los sistemas de PI*

Se intenta poner de relieve tanto las carencias que se deben subsanar respecto a las ECTs como las carencias en la protección que disponen éstas y que son inherentes a la PI y no específicas de las ECTs (como es el caso de las limitaciones y excepciones en virtud del derecho de autor). La PI no permite ejercer un control absoluto sobre la materia protegida; en particular, los sistemas de derecho de autor y derechos conexos están sujetos a una amplia gama de excepciones y limitaciones. Los límites implican decisiones sobre el alcance de la materia protegida y obedecen con frecuencia a importantes consideraciones de política, como la libertad de expresión y la protección del dominio público, por ejemplo, el empleo de otras culturas

cimiento de un sistema de PI *sui generis* y/o la utilización de mecanismos ajenos al sistema de PI, como las normas relativas a la blasfemia, los derechos culturales y otros derechos humanos, la dignidad, la preservación del patrimonio cultural, la difamación, y los derechos a la propia imagen y a la vida privada. Se ha citado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas como fuente que refleja las aspiraciones de los pueblos indígenas a este respecto”. *Idem*.

⁴⁶ *Idem*.

como fuente de inspiración forma parte del proceso de creación, y el uso del “estilo” de una ECT no se ha de considerar necesariamente apropiación indebida, en particular cuando se reconoce su fuente.

Por lo anterior, con el objeto de hacer frente a dichas limitaciones, desde la OMPI se propone un enfoque estratificado en el ámbito de protección, es decir, que los titulares de las ECTs puedan tener distintos “...tipos o niveles de derechos o de medidas en función de la naturaleza y las características de la materia protegida, el grado de control que poseyeran los beneficiarios y el grado de difusión de la misma”.⁴⁷

Algunos doctrinarios plantean una combinación de regulación local, que responda a las características propias de este tipo de conocimiento, junto con una regulación multilateral, que impida la apropiación indebida de este tipo de conocimiento por actores externos.⁴⁸

XII. CONSIDERACIONES FINALES

En un mundo dominado por la globalización económica que toma a la PI como un elemento protector de quienes producen la tecnología de la actual revolución tecnológica, evidentemente no urge para los dominantes en la economía globalizada proteger el CT, precisamente porque los Estados promotores de los tratados de libre comercio no cuentan con una riqueza de éste, como sí la tiene México, que en ese campo es una “potencia” por su riqueza y diversidad.

En ese sentido, para los Estados desarrollados es mejor dejar libre, sin protección, a los CTs, para que quede como *res nullius* y susceptible de aprovechamiento para la industria. Por eso es necesario protegerlos en el derecho interno y a sus creadores, y crear espacios para negociar los tratados internacionales con la inclusión de la protección de este tipo de conocimiento. Pero si el CT es diferente al que conocemos como producto de la revolución tecnológica, entonces se debería proteger de otra manera, no con la PI que tiene características concretas que no son *ad hoc*.

Es necesario una regulación original que no sea estrictamente de la PI, que contenga algunas directrices, por ejemplo: el Estado debe de proteger, pero no hacer accesible los CTs que no se quiera compartir. Un punto importante es obtener el consentimiento previo, libre e informado de los

⁴⁷ *Ibidem*, anexo I, p. 11.

⁴⁸ Lowenstein, Vanesa y Wegbraut, Pablo, “Protección del Folclore-Expresiones culturales tradicionales”, *Boletín del IIDA*, marzo de 2005, p. 9.

detentores para la promulgación de una nueva legislación que proteja su conocimiento, en consonancia con los derechos que están reconocidos en los tratados internacionales para la protección de los derechos de los pueblos originarios.

Se debe de crear una normativa con la cual se proteja la autoría y una compensación económica de carácter colectivo, pero, fundamentalmente, las normas se deben de crear desde abajo, desde las ideas de las comunidades poseedoras de ese conocimiento colectivo. El Estado no debe de suscribir ningún tratado de comercio que no contenga una protección del CT.

Las características concretas originales de las ECTs hacen que sea complicado su regulación y protección, ante lo cual, el trabajo realizado por la OMPI es de gran valor porque aborda la complejidad de la protección de éstas por la PI, y a pesar de su dificultad, llega la idea de una protección especial de forma estratificada y recomienda que sean los Estados con sus características particulares quienes, al final, decidan sobre su regulación.

Este estudio no está exento de crítica, pues la postura última de la OMPI no desemboca en la negociación de un tratado, a pesar de que se aprobó el relativo a CTs asociados a recursos genéticos, como ya lo referimos líneas arriba, el cual no abona al fondo de las problemáticas sobre su uso y disposición, por lo que sigue pendiente la creación de mecanismos internacionales con los cuales hacer frente a la práctica de la piratería de éstos y de las ECTs.

En su lugar, la protección se deja a los intentos internos de regulación aún en peligro de no ser efectivos cuando se trata de infractores, fuera de las fronteras de tal o cual Estado. En ese sentido, debe haber un esfuerzo adicional para proteger a las ECTs y beneficiar a sus poseedores que lo han mantenido y desarrollado a través de los siglos.

XIII. FUENTES DE CONSULTA

“ARTESANÍA”, *Enciclopedia Significados*, disponible en: <https://www.significados.com/artesania/> (fecha de consulta: 4 de enero de 2024).

BECERRA RAMÍREZ, Manuel y SCHTEINGART, Martha (coords.), *Las perspectivas del Estado en la obra de Marcos Kaplan*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “El capitalismo del conocimiento y la propiedad intelectual”, en BERGEL, Salvador y NEGRO, Sandra (eds.), *Propiedad intelectual. Presente y futuro. Homenaje al profesor Carlos María Correa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IBde IF, 2019.

- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La pandemia COVID-19 y la propiedad intelectual en el orden mundial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, Porrúa, 2009
- BROWNSWORD, Roger y GOODWIN, Morag, *Law and the Technologies of the Twenty-First Century*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2012.
- BURKE, Peter, *¿Qué es la historia del conocimiento? Cómo la información dispersa se ha convertido en saber consolidado a lo largo de la historia*, 2a. ed., trad. de María Gabriela Ubaldini, Argentina, Siglo XXI, 2017.
- BYUNG-CHUL HAN, Shanzhai, *El arte de la falsificación y la desconstrucción en China*, Buenos Aires, Caja Negra, 2016.
- COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE, “Proyecto actualizado de análisis de las carencias en la protección de las expresiones culturales tradicionales” (WIPO/GRTKF/IC/45/), OMPI, 27 de septiembre de 2022, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_45/wipo_grtkf_ic_45_7.pdf (fecha de consulta: 4 de enero de 2024).
- CRUZ, Rodrigo de la, “Protección a los conocimientos tradicionales” (ponencia), Cuarto Taller Acceso a Recurso Genéticos, Conocimientos y Prácticas Tradicionales y Distribución de Beneficios, Isla Margarita, Venezuela, 17 al 19 de julio 2001.
- DÍAZ PÉREZ, Álvaro, *América Latina y el Caribe: la propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*, Santiago de Chile, CEPAL, 2008.
- GARDUÑO, Roberto y MÉNDEZ, Enrique, “Trasnacionales plagian diseños indígenas, queja en san Lázaro”, *La Jornada*, 27 de octubre de 2017.
- HALABI, Sam F., *Intellectual Property and the New International Economic Order*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2018.
- JANEWAY, William H., *Doing Capitalism in the Innovation Economy*, Cambridge, Reino Unido University Press, 2018.
- LIST, Friedrich, *The National System of Political Economy*, trad. de Sampson S. Lloyd, Nueva York, Augustus M. Kelly, 1966.
- LOWENSTEIN, Vanesa y WEGBRAIT, Pablo, “Protección del Folclore-Expresiones culturales tradicionales”, *Boletín del IIDA*, marzo de 2005.
- MARCOS, Alfredo, “La creatividad humana: una indagación metafísica”, en Pérez Ranzanz, Ana Rosa y Ponce Miotti, Ana Luisa (coords.), *Creatividad e innovación en ciencia y tecnología*, México, UNAM, 2017.

- MARQUÉS ROJAS, Velia Fernanda, “Del peyote a Pfizer. Protegiendo el conocimiento tradicional”, *Centro de Estudios Constitucionales SCJN*, 20 de octubre del 2020.
- MELENDRES CANDIA, Martín Yover, “Minería informal en el Perú”, *Academia*, Perú, 2019.
- OMPI, “Expresiones culturales tradicionales”, disponible en: <https://www.wipo.int/es/web/traditional-knowledge/traditional-cultural-expressions/index> (fecha de consulta: 5 de enero del 2024).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales*, Ginebra, OMPI, 2020, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_933_2020.pdf.
- OSTERGARD, Robert L. Jr., *The Development Dilemma. The Political Economy of Intellectual Property Rights in the International System*, Nueva York, LFB Scholarly Publishing LLC, 2003.
- PIKETTY, Thomas, *Una breve historia de la igualdad*, Buenos Aires, Paidós, 2002.
- PINEDA SANTIAGO, Irma, “La propiedad intelectual de los pueblos indígenas”, *La Jornada Semanal*, 9 de julio de 2023.
- “Plagio, despedidas y polémica: la moda en 2015”, *Milenio Digital*, 31 de diciembre de 2015, disponible en: http://www.milenio.com/tendencias/Donna_Karan-Kendall_Jenner-Hermes-PETA-Isabel_Marant_mixes-Balmain_x_H-M_0_656334502.html (fecha de consulta: 30 de octubre de 2023).
- UNESCO y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, “Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions”, 1985, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000220160> (fecha de consulta: 20 de enero de 2024).
- ZIBECHI, Raúl, “Capitalismo en modo criminal”, *La Jornada*, 30 de diciembre de 2023.