

CAPÍTULO TERCERO

LAS ARTESANÍAS TRADICIONALES COMO EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS, CONSIDERACIONES DESDE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL, LA LIBRE DETERMINACIÓN Y LA AUTONOMÍA

Patricia BASURTO GÁLVEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las artesanías tradicionales y el derecho de autor*. III. *Las expresiones culturales tradicionales y la propiedad industrial*. IV. *Los derechos colectivos adyacentes en la protección de las expresiones culturales tradicionales de los pueblos originarios*. V. *Consideraciones finales*. VI. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

Ante los cambios vertiginosos en las realidades sociales, los pueblos originarios¹ han logrado sobrevivir en medio de la globalización que se ha impuesto como una forma de dominación por parte de quienes se conciben como más civilizados, de los que se han denominado “sistemas occidentales”, de

* Doctora en Derecho por el Instituto Universitario de Iberoamérica, maestra y licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, y académica en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos referencia la denominación de “pueblos indígenas”, nosotros emplearemos el término “pueblos originarios”, en virtud de las diversas manifestaciones que ellos mismos han hecho para ser así denominados, y que se encuentra documentado por el Instituto Nacional de Pueblos Indígenas, antes Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, en la *Consulta sobre mecanismos para la protección de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales, recursos naturales, biológicos y genéticos de los pueblos indígenas*, México, CDI, 2011, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/37014/cdi_consulta_proteccion_conocimientos_tradicionales.pdf (fecha de consulta: 12 de marzo de 2023).

tal forma que a través del derecho positivo impera la “ley del más fuerte,” por lo que a la mayoría nos aplica el andamiaje jurídico construido de forma vertical.

A pesar de la globalización impuesta por los “sistemas occidentales” que han dictado el “ser” y “estar” de los individuos y sociedades desde la verticalidad, muchos pueblos originarios aún siguen vivos en muchos sentidos; no obstante, en el afán de homogeneizar lo que sea posible, varios pueblos han quedado en el olvido, aislados, y otros, se han extinguido.²

El respeto y la garantía a los derechos humanos (DD HH), como la libre determinación y autonomía de los pueblos originarios, constituyen la base para la construcción de mecanismos que hagan viable la protección de las artesanías tradicionales (ATs) como bienes colectivos y patrimonio cultural de éstos, así como de las formas de hacer, es decir, los CTs.

En este orden de ideas, cabe analizar, comprender y aprender en torno al ser de los pueblos originarios, quienes han expresado su identidad de forma singular y única. ¿Cómo preservar las ATs y los CTs que aún queda de ellos? Es necesario analizar si los derechos que les han sido reconocidos desde lo jurídico se han respetado, y qué es lo que ellos, a través de sus representantes e integrantes de los distintos pueblos originarios, han logrado hacerse escuchar en distintos espacios, como son foros, mesas de trabajo, publicaciones, entrevistas, comunicados de prensa, etcétera, pues se ha evidenciado en esos espacios la necesidad de que se les reconozca en relación con la protección de sus creaciones como una expresión de su cultura, de la cuales son poseedores.

Conforme a lo expuesto, este capítulo partirá de la premisa de que los pueblos originarios tienen dignidad, la cual constituye la justificación misma de su ser, pero ésta ha sido vulnerada ante la no protección de estas comunidades, de los CTs de los que son poseedores y de las propias creaciones; por ello es relevante considerar lo que desde la propiedad intelectual (PI) existe para protegerlos, así como las ventajas y desventajas que ello conlleva, y cómo debería ser la construcción plausible que pretenda protegerles y a su patrimonio cultural, lo que nace de ellos.

Se ha evidenciado la falta de respeto a lo ya reconocido como derechos de los pueblos originarios, ejemplo de esto es el uso sin consentimiento de los CTs, de sus creaciones en general para fines comerciales por terceros. También es evidente la falta de construcción de formas de protección a

² Como ejemplo tenemos la historia del viejo mundo, cuando los aztecas o mexicas y los incas se extinguieron, en principio, por las enfermedades que fueron contagiadas por los colonizadores.

partir de un diálogo de saberes, entendido como el establecimiento de canales de comunicación en un plano de igualdad con otros saberes de otros pueblos, con otras visiones, como el derecho, la economía, la sociología, la antropología, etcétera, donde una cultura no es mejor, ni superior a otra.

México es un país con una diversidad extraordinaria, biológica y culturalmente, lo cual se ha conservado en gran medida por los pueblos originarios que poseen y/o se encuentran asentados en lugares donde existen ecosistemas por ellos resguardados; ellos son quienes, con sus particulares y específicas creaciones artísticas, producciones alimenticias y prácticas tradicionales, hacen de México un lugar distinto, único y diverso de otros lugares en el mundo. En este sentido, dichos pueblos conservan su identidad manifestada en sus ECTs, que llevan implícitos en muchos casos CTs, además de que estos han sentado las bases para el desarrollo e innovación tecnológica, como es la medicina tradicional, por ejemplo.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos ¿Por qué se deben garantizar los derechos a la libre determinación y autonomía para la defensa de las ECTs como patrimonio cultural de los pueblos originarios en México?

De un primer acercamiento a la normativa actual en materia de PI se puede dar cuenta de que ésta ha sido diseñada para proteger al ser humano en su calidad individual, por lo cual no es acorde a la cosmovisión e intereses de los pueblos originarios respecto a sus obras creativas, y, por tanto, no es suficiente para la protección de sus ECTs, lo que implica atender las necesidades de la colectividad, de quienes detentan los saberes, en donde no es viable identificar una persona en lo individual como creadora.

Por otra parte, social y jurídicamente hablando, la falta de reconocimiento y protección de las ECTs desde una visión de DD HH da lugar a la apropiación, lo que implica su uso y aprovechamiento por terceras personas que son ajenas a los pueblos y comunidades originarias, y que, además, no tienen nada que ver con su cosmovisión, así como el sentido de pertenencia que se asocia a dichas expresiones y otros elementos como son el territorio y el medio ambiente.

El análisis sobre la temática referida desde los ámbitos académico y jurídico es de suma relevancia, toda vez que los elementos que se expondrán abonarán a la visión sobre los pueblos originarios y la construcción de un diálogo, no con el afán de señalar lo que es mejor para ellos, sino cuestionar qué es lo que se puede proponer desde la horizontalidad, ya que no sólo se trata de las ECTs que se desarrollan en este tipo de colectividades, sino que trascienden a otros sujetos creadores, innovaciones en las experiencias desde perspectivas aculturales y se llevan a procesos políticos y económicos

de distintas dimensiones. No obstante, se tiene presente que la necesidad de protección también se extiende a otros sectores distintos a estos pueblos, como son las personas artesanas y sus obras, en sus diferentes clasificaciones o denominaciones, es decir, rurales, urbana, etcétera.

En el presente capítulo se hará referencia indistintamente a las ATs como ECTs, en el entendido de que estas últimas las engloban, es decir, de forma general las ATs son formas en que se expresan las culturas tradicionales que devienen de pueblos originarios, esto dada la relevancia que tienen como parte de las cosmovisiones, tradiciones y actividades económicas que sustentan a las familias de estos pueblos y comunidades, así como la trascendencia que tienen en la preservación y conservación de la diversidad cultural.

En términos económicos, las ATs también representan una fuente de sustento para otras personas, que sin pertenecer a pueblos originarios realizan este tipo de obras, pero en este capítulo se concreta al análisis de la actividad creativa de los pueblos originarios como generadores de ECTs, y en ello se incluye a las ATs, porque es una forma en que se manifiesta la cultura de éstos; además de que en el capítulo anterior se expuso en específico sobre las personas artesanas y las artesanías.

Para el análisis es indispensable revisar lo que desde la PI se ha considerado pertinente o ha utilizado como mecanismos de protección para los sujetos creadores que son los pueblos originarios y detentores de CTs; las ECTs y de los CTs asociados a éstas, porque por mucho tiempo era la única vía que existía; así como qué problemáticas se generan con las formas de protección desde esta visión y no desde los pueblos y comunidades originarias.

La creación de los instrumentos normativos a través de los cuales se han pretendido proteger las ECTs se ha realizado desde una visión ajena a los DD HH, lo cual ha propiciado que no se respeten y ni se garanticen los sistemas normativos de los pueblos originarios, por lo cual ha incidido en la no protección de las ECTs como patrimonio cultural de éstos desde su visión, y, por ende, no se preserva la diversidad y riqueza cultural que deviene de dichos pueblos.

Este capítulo es un análisis esencialmente de carácter normativo. En este tenor, se identifica qué legislación general o federal en México se ha creado respecto a las ECTs; los CTs asociados a éstas; los detentores de los CTs considerados como patrimonio cultural, así como de los derechos que adyacen al ejercicio de éstos, es decir, la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades originarias. Se considera que la esencia es un

enfoque humanista, constructivista e interpretativo, ya que, al hablar de los pueblos originarios, requiere sensibilidad y comprensión de la otredad.³

Dada la relevancia del tema, el abordaje que se hace es desde una visión de los DD HH de corte naturalista. La reforma del año 2011 en la materia constituye un parteaguas que impacta positivamente todo el sistema jurídico mexicano, a fin de observar lo previsto en el artículo 1o. constitucional que señala:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.⁴

Esto ha significado un avance en el derecho positivo que es el que actualmente nos rige, debido a que tales derechos tienen su origen en la dignidad del individuo y de los pueblos desde la visión de Kant,⁵ quien reconoce que la dignidad del hombre parte del sujeto con fines propios, como un fin en sí mismo y no como un medio.

En concordancia con Luis Recaséns Siches,⁶ se reconoce a la dignidad del ser humano sobre la base de una teoría de los valores morales, justificando así desde una concepción humanista que el Estado y sus instituciones se

³ Villabella Armengol, Carlos Manuel, “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”, en Cáceres Nieto, Enrique (coord.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, t. 4. p. 164.

⁴ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 10 de junio de 2011.

⁵ Aguirre-Pabón, Javier Orlando, “Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant”, *Universitas*, Bogotá, núm. 123, julio-diciembre de 2011, p. 59.

⁶ *Cfr.* Recaséns Siches, Luis, “Los derechos humanos”, *Diánoia*, México, vol. 20, núm. 20, 1974.

justifican y cobran sentido como un medio que sirve a los individuos para su realización, lo cual permite analizar los derechos colectivos como la libre determinación y autonomía de los pueblos originarios, como DD HH que se deben respetar para hacer eficaces otros derechos como son los relativos a la identidad y la protección del patrimonio cultural.

Se considera la teoría dualista de los DD HH de Gregorio Peces Barba,⁷ quien incorpora elementos del iusnaturalismo como la ética, así como la necesidad de la positivización como requisito para que un derecho humano sea, lo cual replantearía: que se reconozca.

De esta manera se pretende contribuir a la constitucionalización del derecho internacional,⁸ donde hay un avance a través de la incorporación de nuevos ordenamientos y reformas legislativas de forma paulatina,⁹ sobre todo en el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos a la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades originarias.

En el caso mexicano se ha reformado recientemente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia indígena,¹⁰ pero falta mucho camino por recorrer en lo referente a los derechos referidos y del derecho a la consulta como derechos que adyacen y son interdependientes en la realización de otros que permitan una protección eficaz de los detentores de los CTs, de las personas creadoras y de las mismas ECTs, por lo que en el presente texto no es el objetivo exponer desde los derechos culturales,¹¹ ya que estos son DD HH que garantizan el acceso y disfrute de la cultura, las artes y las manifestaciones de la diversidad cultural, por lo que

⁷ Cfr. Peces Barba, Gregorio, “Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y derecho”, 1989, pp. 265-277, disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12917/sobre_Peces_1989.pdf (fecha de consulta: 20 de enero de 2023).

⁸ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 671.

⁹ Cfr. Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, *Revista IIDH*, vol. 39, 2004, pp. 71-99.

¹⁰ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de septiembre de 2024.

¹¹ Cfr. Flores Deleón, Erika, “Relación interdependiente entre diversas categorías esenciales del derecho cultural. Derecho del patrimonio cultural inmaterial, derecho autoral y derecho de los pueblos originarios”, en Pérez Ramírez, Nancy Jazmín y Ortega Maldonado, Juan Manuel (coords.), *Propiedad intelectual de los pueblos y comunidades indígenas de México. Perspectivas y retos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024. La autora refiere al derecho cultural y derechos culturales indistintamente, pero se difiere de esta postura en virtud de que no solo existe un derecho cultural, sino que hay diferentes derechos culturales,

implican, entre otros, participar en la vida cultural de la comunidad; disfrutar de las artes; compartir los avances científicos y sus beneficios; preservar, difundir y desarrollar manifestaciones y expresiones culturales y artísticas, etcétera.

Se buscan pautas para llegar a conclusiones que lleven a propuestas que fortalezcan el ejercicio de los DD HH de estos pueblos, pues a raíz de las reformas a nuestra carta magna que se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 y lo resuelto por la Suprema Corte Justicia de la Nación en el caso Radilla Pacheco,¹² se da origen a los controles difusos de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, principio *pro persona* y la debida diligencia, que obliga a todas las autoridades que en el ámbito de sus competencias, promuevan, respeten, protejan y garanticen los DD HH de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo que se puede interpretar con carácter enunciativo.

II. LAS ARTESANÍAS TRADICIONALES Y EL DERECHO DE AUTOR

Desde la PI, en sus vertientes derechos de autor y propiedad industrial, se han generado una serie de instituciones jurídicas en aras de proteger la creatividad y la novedad, esencialmente, de tal forma que se reconocen estos elementos en las obras que se generan de forma individual y colectiva.

En este tenor, se expondrá qué figuras o instituciones jurídicas han sido utilizadas para proteger desde el derecho a las ATs de los pueblos y comunidades originarias, así como evidenciar algunos problemas que se han generado en aras de contar con una protección frente al uso indebido por parte de terceros.

Conforme a la PI, toda persona creadora tiene derechos morales y patrimoniales como sujeto individual, sea por la vía de propiedad industrial o derecho de autor, y en este último se encuentran los derechos conexos, es decir, se puede tener la calidad de intérprete, ejecutante, editor, productor, etcétera; de igual forma se protege cuando en lo colectivo se crea alguna

y si se alude a uno, habría que especificar a cuál, ya que cada uno tiene características específicas.

¹² Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Tribunal Pleno, 14 de julio de 2011, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf.

obra artística o literaria o que tengan que ver con esta última categoría referida.

¿Qué pasa con las obras que tienen su origen en las colectividades denominadas pueblos y comunidades originarias, y que, además, están asociadas a CTs? En la normativa actual del derecho de autor, toda creación es reconocida y protegida desde que se materializa una obra original, sin necesidad de un registro, lo cual se considera relevante para efectos de prueba, así que los creadores de pueblos originarios en lo individual pueden ser reconocidos como autores, y sus obras protegidas conforme a algunas de las figuras jurídicas establecidas en ley.

En este tenor, se pueden considerar autores conocidos, anónimos o usar un seudónimo; según su comunicación, las obras pueden ser divulgadas, inéditas o publicadas; según su origen, primigenias y derivadas; de colaboración; y colectivas.¹³

Asimismo, las personas autoras gozan de los derechos que conllevan el tener la calidad de autor; es decir, pueden ejercer los derechos patrimoniales o de explotación: de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación; así como ejercer los derechos morales: paternidad o autoría, divulgación, integridad de la obra, modificar la obra, arrepentimiento o retirada de la obra del comercio y acceso al ejemplar único.

Como se observa, lo que una persona originaria crea es susceptible de ser materializada y puede ser protegida desde el derecho de autor; la obra está impregnada de su personalidad, de su identidad, pero ¿qué pasa en el caso de las obras colectivas, que constituyen una expresión de la colectividad a la que se pertenece y que están basadas en CTs?

Desde el derecho de autor, en enero de 2020 se introdujeron reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) que, por primera vez, integran los vocablos “expresiones culturales tradicionales” y “obras artesanales”. Sin embargo, no define qué son, y sólo da algunas pautas al referir que se trata de obras artesanales que derivan “de las expresiones de las culturas tradicionales, de la composición pluricultural que conforman al Estado Mexicano, en las que se manifiestan elementos de la cultura e identidad de los pueblos y comunidades a que se refiere el artículo 2o. Constitucional, a quienes esta Ley reconoce la titularidad de los derechos”.¹⁴

Los elementos que se destacan respecto a las ECTs (lo que incluye a las artesanías) son la cultura e identidad de los pueblos y comunidades originarias, es decir, la creatividad que surge de éstos son el reflejo de las culturas e

¹³ *Cfr.* Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), art. 4o.

¹⁴ *Ibidem*, art. 157.

identidades que como colectivo les caracteriza, por tanto, se puede afirmar que son únicos, y que, por primera vez, se les reconoce normativamente la titularidad de sus creaciones en dicho ordenamiento,¹⁵ lo que se refuerza con la reforma constitucional de 2024, donde ya son reconocidos como sujetos de derecho.¹⁶

La protección que se precisa en torno a este reconocimiento tiene que ver con la explotación que se haga sin autorización, de tal forma que se protege a los pueblos creadores y a las obras, mismas que no se pueden utilizar por terceras personas ajenas al pueblo o comunidad, y a quienes crean en la voluntad de permitir o no el uso de las ECTs; se protegen los derechos patrimoniales de explotación, así como los derechos morales, al menos se evidencia la intención del legislador.¹⁷

Hay un aspecto elemental en la forma en que se precisa la protección contra la explotación sin autorización de las ECTs, y tiene que ver con el permiso de explotación en cualquiera de sus modalidades (comunicación pública, reproducción, comercialización), tendrá que ser por escrito, así como también se reconoce la protección de éstas contra su deformación (derecho moral).

Esto somete a esquemas del derecho positivo a los pueblos originarios al establecer que el consentimiento debe constar por escrito, lo que conlleva a que éstos tienen que recurrir a figuras del derecho civil y administrativo para que toda autorización sea válida, por tanto, se tienen que inscribir, como todo acto jurídico en los registros correspondientes, que en este caso es el Instituto Nacional del Derecho de Autor (Indautor). Desde la perspectiva de DD HH, se violenta el respeto y la garantía del derecho a la libertad de los pueblos y comunidades originarias, a decidir las formas que ellos consideren más acertadas para la protección de sus ECTs, es decir, de su gran riqueza cultural.

Por otra parte, en el artículo 159 de la LFDA se encuentran limitantes a los derechos patrimoniales, en concreto, al ejercicio de los derechos de explotación de las ECTs, en los términos señalados en el título VI de dicha normativa, donde se dispone que serán por causa de utilidad y dominio públicos.

Se considera causa de utilidad pública la publicación o traducción de obras literarias o artísticas necesarias para el adelanto de la ciencia, la cul-

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Cfr.* CPEUM, art. 2o., párr. sexto.

¹⁷ LFDA, art. 158.

tura y la educación nacionales.¹⁸ Conforme a la normativa, otro aspecto que limita a los derechos patrimoniales de quienes detenta los CTs y a quienes crean, es el dominio público, el cual se entiende como el uso libre por cualquier persona, con la restricción de respetar los derechos morales¹⁹ de las personas autoras, lo cual colisiona con la naturaleza de estos sujetos y de las expresiones mismas que en colectivo detentan y crean, ya que no es legítimo, ni social, ni convencional o constitucionalmente aceptable que se sigan las reglas generales del derecho de autor en este aspecto, porque en la protección de la riqueza cultural de los pueblos y comunidades originarias no puede, ni debe, limitarse en el ejercicio de sus derechos, por una temporalidad a la que los derechos de autor en general están sometidos, que es de cien años después de la muerte de la persona autora, y cien años después de ser divulgadas ¿cuánto tiempo han existido sobre a faz de la tierra estos pueblos y comunidades?

Esto ha sido causa de justificación para que terceros dispongan y se apropien de lo que no tienen derecho, y aleguen que basta con respetar los derechos morales de los pueblos y comunidades originarias al mencionar de qué pueblo o comunidad es la expresión cultural de la que han dispuesto en otras creaciones al estar supuestamente en el dominio público.

Cabe destacar que, en concordancia con el artículo 158, estos pueblos y comunidades se pueden oponer a la deformación de sus ECTs, siempre y cuando se cause un demérito o perjuicio de su imagen; el punto medular es ¿cómo probar que existe una voluntad de causar un demérito o un perjuicio? La carga de la prueba correspondería en todo caso a los pueblos originarios bajo el principio de derecho “quien afirma está obligado a probar”, esto es incongruente, resulta un planteamiento incorrecto toda vez que, quien dispone de algo que no le pertenece, de lo que no tiene derecho a explotar, de usar las ECTs, evidentemente está causando un perjuicio por disponer de ellos, sin derecho.

Otras limitaciones a los derechos patrimoniales que en la LFDA se encuentran, la constituyen una lista que precisa los casos en que se podrán utilizar de alguna forma las ECTs, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra; sin autorización del titular del derecho patrimonial; sin remuneración; que se cite invariablemente la fuente, y sin alterar la obra, que son los siguientes casos:

I. Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;

¹⁸ *Ibidem*, art. 147.

¹⁹ *Ibidem*, art. 152.

II. Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;

III. Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;

IV. Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.

Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;

V. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatálogada y en peligro de desaparecer;

VI. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo;

VII. Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos; y

VIII. Publicación y representación de obra artística y literaria sin fines de lucro para personas con discapacidad.

Las entidades autorizadas o reconocidas podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción, bajo los términos de los tratados internacionales suscritos y aprobados por los Estados Unidos Mexicanos, para el intercambio transfronterizo de ejemplares en formatos accesibles, incluida su importación.²⁰

También en artículo 149 de la LFDA se establece otra modalidad que legitima actos que se pueden realizar sin autorización respecto a las ECTs, y que constituyen otras formas de limitar los derechos patrimoniales:

I. La utilización de obras literarias y artísticas en tiendas o establecimientos abiertos al público, que comercien ejemplares de dichas obras, siempre y cuando no hayan cargos de admisión y que dicha utilización no trascienda el lugar en donde la venta se realiza y tenga como propósito único el de promover la venta de ejemplares de las obras, y

II. La grabación efímera, sujetándose a las siguientes condiciones:

a) La transmisión deberá efectuarse dentro del plazo que al efecto se convenga;

b) No debe realizarse con motivo de la grabación, ninguna emisión o comunicación concomitante o simultánea, y

²⁰ *Ibidem*, art. 148.

c) La grabación sólo dará derecho a una sola emisión.

La grabación y fijación de la imagen y el sonido realizada en las condiciones que antes se mencionan, no obligará a ningún pago adicional distinto del que corresponde por el uso de las obras.

Las disposiciones de esta fracción no se aplicarán en caso de que los autores o los artistas tengan celebrado convenio de carácter oneroso que autorice las emisiones posteriores.

La legislación en comento estipula que no se causarán regalías cuando haya una ejecución si concurren de manera conjunta las siguientes circunstancias:

I. Que la ejecución sea mediante la comunicación de una transmisión recibida directamente en un aparato monorreceptor de radio o televisión del tipo comúnmente utilizado en domicilios privados;

II. No se efectúe un cobro para ver u oír la transmisión o no forme parte de un conjunto de servicios;

III. No se retransmita la transmisión recibida con fines de lucro, y

IV. El receptor sea un causante menor o una microindustria.²¹

Por último, normativamente se limitan los derechos patrimoniales de quienes tengan la titularidad de los derechos conexos: artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, de videogramas u organismos de radiodifusión, la utilización de sus actuaciones, fonogramas, videogramas o emisiones, ya que no se consideran violaciones a los derechos cuando: “I. No se persiga un beneficio económico directo; II. Se trate de breves fragmentos utilizados en informaciones sobre sucesos de actualidad; III. Sea con fines de enseñanza o investigación científica, o IV. Se trate de los casos previstos en los artículos 147, 148 y 149 de la presente Ley”.²²

De esta forma se constata cómo desde el derecho de autor se encuentran algunas limitantes al uso de las ECTs, a fin de protegerlas y a sus detentores también, pero que no es suficiente, ni pertinente, que sea a través de esquemas del derecho positivo por las razones apuntadas.

Otra consideración que amerita destacar es que el uso y la disposición que se puede hacer sobre las obras que tiene su origen en los pueblos y comunidades originarias, como se ha señalado, es una cuestión grave, toda vez que se legitima y se legalizan las prácticas que ya venían ocurriendo en

²¹ *Ibidem*, art. 150.

²² *Ibidem*, art. 151.

la realidad, tal es el caso de los diseñadores Pineda Covalín,²³ entre otros, quienes incurrieron en violaciones a los derechos de estos pueblos al plasmar elementos de las ECTs en ropa de vestir, accesorios, muebles, etcétera, y que supuestamente “no incurrieron” en una infracción, en una violación de la norma, porque se había referido al pueblo o comunidad; sin embargo, es evidente que sí hay violaciones a los derechos colectivos de los pueblos originarios, ya que, a pesar de que se citó de dónde fueron tomados los diseños, los pueblos y comunidades no han tenido ningún beneficio, ninguna ganancia, además de no haber obtenido el permiso del uso y disposición de los elementos culturales. Es con posterioridad a la reforma de 2020 de la LFDA y de la LFPPCPyCIyA que entonces esos diseñadores cambiaron su política en sus creaciones, como se puede constatar en los diseños que utilizan actualmente,²⁴ aunque podría causar confusión por la combinación de trazos y colores, además de que las ECTs fueron una punta de lanza para posicionar su marca en el mercado, y los detentores de las ECTs no se beneficiaron, sino por el contrario, fueron despojados y utilizados.

Se pueden nombrar diversos casos en donde se ha hecho uso indebido de las ECTs, como el de la editorial Penguin Random House, quien usó en un libro de Jordi Soler un dibujo de Tenango sin dar crédito a los detentores del saber; la diseñadora gráfica Nora Grosse fue quien se ostentó como la creadora de tal iconografía; en ese entonces, por medio de una asociación civil, los detentadores originarios alzaron la voz, y la editorial ofreció una disculpa, así como una indemnización, y donde el dilema resultó en determinar a quién se le haría llegar, ya que no solo una comunidad se ostentaba como poseedora y con derecho a dicho beneficio.²⁵

Otra disposición que se integró en la LFDA tiene que ver con la forma en que se debe autorizar el uso de las ECTs cuando no se pueda identificar un titular; será entonces la Secretaría de Cultura en conjunción con el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) quienes lo tendrán que hacer, y si no es posible, entonces la Secretaría de Cultura determinará a quién se le puede otorgar el uso de éstas, y en caso de controversia, se resolverá de manera colegiada entre estos organismos: la Secretaría de Cultura, el INPI

²³ Navia, Diana, “Plagios a diseños de indígenas van en aumento”, *El Financiero*, 22 de octubre de 2023, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/plagios-a-disenos-de-indigenas-van-en-aumento/> (fecha de consulta: 30 de junio de 2024).

²⁴ Véase en la página web de Pineda Covalín en: https://pinedacovalin.com/collections/mujer?page=10&sort_by=best-selling (fecha de consulta: 15 de julio de 2024).

²⁵ Ventura, Abida, “Artesanos, contra Alfaguara por uso indebido de Tenango”, *El Universal*, 26 de junio de 2018, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/cultura/letras/artesanos-contra-alfaguara-por-uso-indebido-de-tenango/> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).

y los representantes de los pueblos y comunidades originarias.²⁶ La pregunta es ¿en dónde quedan las formas y autoridades tradicionales a través de las cuales los pueblos y comunidades originarias han resuelto las diversas controversias a las que se han enfrentado?

Se evidencia inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la reforma de 2020, ya que dichos pueblos y comunidades no fueron consultados para crear estas medidas legislativas conforme a lo estipulado en el artículo 6o. del Convenio 169 de la OIT, donde se encuentra la base del derecho a la consulta respecto a toda medida legislativa que se pretenda implementar, ya que afecta a los pueblos originarios; en este caso es evidente el impacto que tiene en otros derechos colectivos, como el uso y disposición de su patrimonio cultural, al no haber realizado la consulta.

Las autoridades, en este caso el Congreso de la Unión, aducen que sí hubo consulta a través de foros; no obstante, a éstos no se les puede considerar como tal a la luz del convenio 169 de la OIT porque no está realizada conforme a los estándares internacionales: libre, previa, informada, culturalmente adecuada; por tanto, el reclamo de los pueblos y comunidades originarias en este tópico sigue pendiente en la agenda pública.

III. LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES Y LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

A través del sistema de la propiedad industrial también se han hecho registros para tratar de proteger la creatividad de los pueblos y comunidades originarias, pero como se ha afirmado, la regulación de las ECTs se ha sometido al derecho positivo, sin considerar la naturaleza de éstas, que tiene su origen en la cosmovisión particular de quienes las generan y detentan. Se exponen cuáles son esas figuras a las que se han recurrido y qué es lo que se observa de ello.

La denominación de origen (DO) y la indicación geográfica (IG) son signos distintivos que identifican la prestación de productos o servicios; ambas constituyen bienes nacionales en el sentido amplio de la expresión, ya que es el Estado mexicano el titular de éstos y sólo concede el uso a quienes cumplan con lo establecido en la norma oficial mexicana y en las reglas de uso, respectivamente, que es donde se establecen los estándares que se deben cumplir para utilizar una u otra.

²⁶ *Cfr.* LFDA, art. 160.

La DO tienen que ver con productos vinculados a una zona geográfica de la cual son originarios, “siempre y cuando su calidad, características o reputación se deban exclusiva o esencialmente al origen geográfico de las materias primas, los procesos de producción, así como los factores naturales y culturales que inciden en el mismo”.²⁷

La IG por su parte, implica el reconocimiento, la distinción de una zona geográfica, una referencia que sirva para designar o indicar un producto como originario de ahí, o una combinación del nombre del producto y una zona geográfica. Esto siempre y cuando determinada calidad, características o reputación del producto se atribuyan al origen geográfico, o de alguno de los siguientes elementos: materias primas, procesos de producción o factores naturales y culturales.²⁸

El caso del mezcal, es un ejemplo emblemático de una DO, donde la materia prima es elemental en el sabor, ya que se extrae de una zona geográfica que posee características determinantes que inciden en éste, y, por tanto, dicho signo hace posible la distinción entre otros productos similares, de igual forma sucede con los procesos de elaboración utilizados; en este sentido es importante resaltar que los mezcales artesanales quedan fuera de esta protección, ya que, quienes no cuenten con la licencia de uso de dicha DO incurrirían en una infracción si la utilizaran, por lo que se encuentran en una clara desventaja administrativa y legal, a pesar de que lo artesanal (los procesos de elaboración no industrializados y materia prima también) hace única a esta bebida.

El dilema con estas figuras de la propiedad industrial es que no es viable someter a estos esquemas de protección a las ECTs, porque solo unos cuantos podrían usar este tipo de licencia, así como resulta costosa la implementación de la infraestructura que requieren los procesos industriales establecidos en normas oficiales mexicanas o reglas de uso para la elaboración de los productos.

Estas formas de protección resultan discriminatorias por la exclusión que formalmente se da al formalizar las declaratorias de una DO o IG, quedan fuera otros actores que también poseen el hacer, la técnica, y son concedores de las materias primas que suman a lo que resulta único, distintivo, pero que, por cuestiones económicas, de relaciones humanas, por desconocimiento, o por contar con cosmovisiones distintas, no se benefician de éstas y quedan limitadas a no usar las licencias y se obligan a comercializar en la clandestinidad o buscar otras formas para dar a conocer sus productos, sus ECTs.

²⁷ *Cfr.* Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (LFPI), art. 264.

²⁸ *Ibidem*, art. 265.

Por otra parte, se encuentran las marcas colectivas, las cuales constituyen signos distintivos que se registran por asociaciones o sociedades de productores, fabricantes o comerciantes de productos, o prestadores de servicios, legalmente constituidas, con la finalidad de hacer la diferencia en el mercado. Los productos o servicios deben poseer calidad o características comunes entre ellos y diversas respecto de los productos o servicios de terceros.²⁹

Conforme a la norma aplicable en materia de marcas colectivas, en primer lugar, se exige la organización de productores o prestadores de servicios, lo que de entrada resulta excluyente para quienes no formen parte de ésta, por ejemplo, el papel amate de San Pablito Pahuatlán,³⁰ que es una marca colectiva registrada. Este pueblo es una comunidad originaria ubicada en la sierra norte del estado de Puebla, cuya lengua originaria es otomí, siendo algunas de sus tradiciones la creación de papel amate y la alfarería, pero que en el afán de encontrar una alternativa para proteger este tipo de artesanía y un reconocimiento de que ellos son los detentores del cómo, se les vendió la idea de que una marca colectiva era la opción que les convenía, por lo que el pueblo creyó en su momento que todos los habitantes podían hacer uso de la marca, con la novedad de que no era así, ya que la legislación estipula que sólo son titulares quienes se encuentren asociados y hayan registrado la marca son quienes pueden usar la marca.

Las marcas colectivas como un signo que distingue productos y servicios de otros similares en el mercado, tienen como características esenciales que necesariamente se concede a organizaciones de productores, prestadores de servicios o fabricantes, pero además bajo las reglas de uso que ellos mismos crean, donde se establecen las especificaciones que hacen que el producto o servicio cuente con determinada calidad y las sanciones en caso de incumplimiento de éstas, además de que no se puede licenciar, es decir, solo quienes conformen la organización podrán explotar la marca; a diferencia de las marcas tradicionales donde el titular sí puede licenciar el uso.³¹

Las marcas colectivas pueden servir para que bienes y servicios se protejan frente a terceros, pero en el caso de las ECTs, el tema se complejiza, ya que la titularidad de los CTs se les adjudica a unos cuantos de la comunidad o pueblo que en conjunto los detentan, por lo que se da lugar a la apropiación

²⁹ *Ibidem*, art. 179.

³⁰ Cfr. Hernández, Heriberto, “Edil de Pahuatlán se apropia de marca colectiva de papel amate, denuncian”, *El Sol de Puebla*, 23 de marzo de 2017, disponible en: <https://oem.com.mx/elsoldepuebla/local/edil-de-pahuatlan-se-apropia-de-marca-colectiva-de-papel-amate-denuncian-20115494> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2024).

³¹ LFPPI, art. 181.

ción, al despojo de facto y jurídicamente avalados por la norma; se crean otros tipos de conflictos sociales y de convivencia entre los integrantes de la colectividad, como la exclusión y la discriminación.

IV. LOS DERECHOS COLECTIVOS ADYACENTES EN LA PROTECCIÓN DE LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

La historia da cuenta de la deuda que el Estado mexicano tiene con los pueblos originarios en muchos sentidos, y entre estos se encuentra el reconocimiento y protección de los DD HH colectivos, por ello, es importante tener presente que fue a partir del movimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), en 1994, cuando los pueblos originarios se hicieron oír colectivamente en reclamo al respeto de sus derechos, de ahí que de ese corte temporal a la fecha se marque un antes y un después al respecto.

Cabe precisar que un poco antes del movimiento referido existió una iniciativa de Ley Federal de Protección y Fomento a la Producción de Artesanías de 1991,³² pero no prosperó, como fue el caso también de otras iniciativas posteriores. En este sentido, es de gran relevancia el tema que Boaventura de Sousa Santos ha expuesto desde otra visión a la positivista, como son las “espistemologías del sur”, que es una metáfora de la exclusión en la que se expresa de alguna forma el silenciamiento y destrucción de los pueblos y saberes, por lo que destaca la importancia de los saberes del sur global, a través del diálogo, en contraposición al etnocentrismo. Se requiere comprender la relevancia de conocer desde el otro, de una reconstrucción intercultural, de un diálogo entre las culturas y no de una imposición; del derecho a organizar y participar en la creación de mecanismos que garanticen los derechos; contar con una concepción intercultural de los DD HH.³³

Un antecedente en el que no se ahonda en el presente, pero que se considera un instrumento elemental, es el relativo a los Acuerdos sobre los Derechos y Cultura Indígena, mejor conocido como Acuerdos de San Andrés

³² *Cfr.* Iniciativa de Ley Federal de Protección y Fomento a la Producción de Artesanías presentada por la diputada Albertina Barbosa de Meraz, en la sesión del miércoles 26 de junio de 1991, disponible en: <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/54/267.html> (fecha de consulta: 22 de marzo de 2023).

³³ *Cfr.* De Sousa Santos, Boaventura, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Montevideo, Trilce-Extensión Universitaria, 2010, disponible en: <http://bdjc.iaa.unam.mx/items/show/164#lg=1&slide=0> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2023).

Larráinzar entre el EZLN y el Ejecutivo federal del 16 de febrero de 1996,³⁴ ya que sientan las bases para el establecimiento de una nueva relación entre el Estado mexicano y los pueblos originarios, a través de la modificación del marco jurídico en el que se demandaba incorporar a éstos como sujetos colectivos de derecho³⁵ y su derecho a la libre determinación a través de su autonomía y que esto les permitiría decidir y ejercer sus formas propias de organización social, política, económica y cultural; aplicar sus sistemas normativos en la solución de conflictos internos, garantizar el acceso a la jurisdicción del Estado con base en sus particularidades culturales; reconocer el derecho que tienen sobre sus tierras y territorios así como el acceso a los recursos naturales en ellos existentes.

Por otra parte, desde lo normativo en el ámbito internacional, algunos instrumentos que se tienen como base del presente estudio son la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas de 2007; la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016; el Convenio 169 de la OIT en 2014; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también conocido como el “Protocolo de San Salvador”; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1988; y la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003, etcétera, con independencia de que algunos de éstos no sean vinculantes, pero sí constituyen una guía. La CPEUM, base de nuestro ordenamiento jurídico, reconoce como DD HH de los pueblos y comunidades originarias la libre determinación y autonomía, los cuales consideramos como derechos adyacentes.

En México, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011, los derechos individuales o denominados en ese entonces garantías individuales, fueron reconocidos como DD HH, por lo cual se dio un giro a la concepción de lo que se había entendido hasta entonces como garantías, aunque en estricto sentido, gramaticalmente hay una enorme diferencia entre las concepciones “derechos” y “garantías”.

³⁴ Cfr. Organización Internacional del Trabajo (OIT), Acuerdo de San Andrés Larráinzar, 16 de febrero de 1996, disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/indigenous/sandres.htm> (fecha de consulta: 20 de febrero de 2023).

³⁵ Esto ya está reconocido en la reforma constitucional al artículo 2o., publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de septiembre de 2024.

Para efectos de este capítulo se deberá entender por garantía todo mecanismo normativo, institucional o jurisdiccional que sirva para hacer viable y efectivo el respeto y ejercicio de los DD HH reconocidos en la CPEUM y los instrumentos internacionales reconocidos por México.³⁶

Los derechos, en principio, se entienden como un conjunto de normas jurídicas, creadas por el Estado para regular la conducta externa de los hombres y que, en caso de incumplimiento, está prevista de una sanción.³⁷ En un primer momento fueron reconocidos a los individuos como seres individuales, pero con el tiempo, en aras de caminar hacia la equidad y la justicia, el catálogo se ha abierto a una mayor protección, por lo que se colocó en su momento el tema de los derechos colectivos que adyacen de forma elemental para que otros puedan ser garantizados también.

Estos derechos colectivos como el derecho a la libre determinación y la autonomía están consagrados en instrumentos internacionales, como el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio 169),³⁸ por ejemplo, y que a su vez impactan otros derechos sobre las tierras, los territorios, los recursos naturales, la consulta, el patrimonio cultural, la identidad, etcétera.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) encontramos el reconocimiento de que “los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos”,³⁹ con independencia de los que correspondan en lo individual.

Entre otros derechos colectivos de los pueblos indígenas se encuentran el reconocimiento de su historia, lengua, identidad, cultura propios, a las tierras, los territorios y los recursos naturales que tradicionalmente han ocupado y utilizado, así como el derecho a sus CTs colectivos.

En este sentido, la DNUDPI también reconoce el derecho a la libre determinación, el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos

³⁶ Rivadeneira, Ramiro *et al.*, *Garantías constitucionales. Manual técnico*, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Serie capacitación, núm. 5, segunda edición abril de 2006, disponible en: <https://www.inredh.org/archivos/pdf/garantias.pdf> (fecha de consulta: 7 de enero de 2023).

³⁷ Flores Gomes González, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo, *Nociones de derecho positivo mexicano*, 25a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 50.

³⁸ OIT, Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf.

³⁹ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), Res. 61/295, 2007, p. 4, disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf (fecha de consulta: 20 de enero de 2023).

internos y locales,⁴⁰ así como el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y correlativamente se reconoce también su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.⁴¹

Lo anterior se fortalece con lo señalado en el artículo 34 de la DNU-DPI, ya que se establece que los “pueblos indígenas” (sic) tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, sistemas jurídicos, esto de conformidad con las normas internacionales de DD HH

En el artículo 18 de la DNU-DPI se establece: “Los pueblos indígenas (sic) tienen *derecho a participar en la adopción de decisiones* en las cuestiones que afecten a sus derechos, *por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos*, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”.⁴²

Disposición que se complementa con lo que se estipula en el artículo 19: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados *por medio de sus instituciones representativas* antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.⁴³

En el instrumento internacional referido se han reconocido estos derechos colectivos de los pueblos originarios, de tal forma que los Estados firmantes se ven obligados a respetar, proteger y garantizarlos, sin detrimento de los derechos que en lo individual cada integrante de una comunidad o pueblo originario tiene.

Con relación a la libre determinación de los pueblos originarios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado conforme al artículo I.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen, asimismo, a su desarrollo económico, social y cultural.”⁴⁴ Se

⁴⁰ *Ibidem*, art. 4o.

⁴¹ *Ibidem*, art. 5o.

⁴² Las cursivas son propias para añadir énfasis.

⁴³ Las cursivas son propias para añadir énfasis.

⁴⁴ *Cfr.* Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 1o., disponible en: <https://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>.

suma a esta definición la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales, de tal forma que no se les prive de sus medios de subsistencia.⁴⁵

Este derecho también se le conoce como el derecho de autoafirmación, que consiste, esencialmente, en la capacidad exclusiva que tiene un pueblo de proclamarse existente, con base a una realidad sociológica que contenga un elemento objetivo (la etnia) unido a otro subjetivo (la conciencia étnica). Mediante el derecho de autodefinición, el pueblo determina por sí mismo quiénes son las personas que los constituyen. Asimismo, la autodelimitación es el derecho que tiene todo pueblo para determinar por sí mismo los límites de su territorio. La autodisposición es el derecho de todo pueblo para organizarse de la manera que más le convenga. En su manifestación interna se traduce en la facultad de darse el tipo de gobierno que quiera, mientras la externa consiste en la facultad de determinar su estatus político y su futuro colectivo, junto con el resto de la población y el Estado al que pertenece.⁴⁶

Por otra parte, el derecho de autonomía se comprende como la libre determinación de los pueblos originarios para decidir de forma libre seguir perteneciendo, o no, a un Estado al que se encuentra integrado; de esta concepción destacamos como elemento esencial el autogobierno, que se comprende como el derecho de poder escoger sus autoridades de entre los miembros de su propio pueblo o comunidad, con competencias y facultades mínimas para “legislar” acerca de su vida interna y para la administración de sus asuntos.⁴⁷

Por su parte, el Convenio 169 consagra en sus artículos 14 a 19 los derechos sobre la tierra de los pueblos originarios. En su texto se afirma que, al aplicar el Convenio, “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.⁴⁸

Se constata que ellos tienen sus propias formas de organización y que se les reconoce el derecho a tener sus propias instituciones que los representan, así como del derecho a la consulta, otro derecho que da cuenta de la

ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights (fecha de consulta: 20 de febrero de 2023).

⁴⁵ PIDESC, art. 2o. Cabe señalar que, aunque no es un instrumento ratificado por México, constituye un referente que sirve de guía para dotar de contenido a los derechos.

⁴⁶ Cfr. De Obrieta Chabaud, José A., *El derecho humano a la autodeterminación de los pueblos*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 63-101.

⁴⁷ *Ibidem*, nota 39, p. 38.

⁴⁸ Convenio 169 de la OIT, art. 13.1.

interdependencia de los DD HH, e indispensable en el respeto y garantía de otros derechos, el cual se dota de contenido en el siguiente articulado:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular *a través de sus instituciones representativas*, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuesta.⁴⁹

Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI) de 2016, dispone en el artículo XXI “Derecho a la autonomía o al autogobierno”, lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la *libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno* en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.
2. Los pueblos indígenas *tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión*. También tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. Asimismo, tienen el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo los cuerpos deliberantes.⁵⁰

⁴⁹ *Ibidem*, art. 6.

⁵⁰ OEA, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2016, disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/DADPI.pdf> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2023) Las cursivas son propias para añadir énfasis.

El Artículo XXIII, relativo a la “Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas” del ordenamiento en comento, señala:

1. Los pueblos indígenas *tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones*, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados *por medio de sus instituciones representativas* antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.⁵¹

En este orden de ideas, Naciones Unidas integró un manual para las instituciones nacionales de DD HH sobre la DNUDPI, en el que, al referirse al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, señala que se debe interpretar “...en general como el derecho a negociar libremente su condición jurídica y social y *su representación* en el Estado en que viven”.⁵²

Por su parte, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), así como en otra serie de instrumentos jurídicos aprobados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre para la Tierra), tales como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y el Programa 21, se establecieron normas jurídicas internacionales para proteger los derechos de los pueblos originarios a sus conocimientos y prácticas tradicionales en la esfera de la gestión y la conservación del medio ambiente. De esto se resalta la necesidad de proteger el quehacer tradicional de los pueblos.

En el artículo 8o., inciso j, del CDB se exhorta a las partes a que, con arreglo a su legislación nacional, respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las “comunidades indígenas” (sic) y locales pertinentes para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, y aplicar dichos conocimientos, innovaciones y prácticas

⁵¹ *Ibidem*, art. XXIII. Las cursivas son propias para añadir énfasis.

⁵² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Manual para las instituciones nacionales de derechos humano*, Australia-Suiza, APF-ONU, 2013, p. 23, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UNDRIPManualForNHRIS_SP.pdf, (fecha de consulta: 12 de marzo de 2023). Las cursivas son propias para añadir énfasis.

tradicionales indígenas con la aprobación y la participación de los “pueblos indígenas” (sic) que los poseen.⁵³

También se encuentra que la DNUDPI consagra varios artículos a los derechos territoriales, de tal forma que se encuentra un tratamiento de DD HH, esencial para los pueblos originarios. Los artículos 25 al 32 hacen referencia a las tierras, los territorios y los recursos; se afirma el derecho de los “pueblos indígenas” (sic) a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado”;⁵⁴ con este fin, “los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los «pueblos indígenas» (sic) de que se trate”.⁵⁵

Por su parte, las *Directrices Voluntarias sobre la Gobernanza Responsable de la Tenencia de la Tierra, la Pesca y los Bosques en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional*, aprobadas por el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial en 2012, se recogen principios, recomendaciones técnicas y prácticas para mejorar la gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques, que se refiere por ser el primer instrumento significativo a nivel mundial en la esfera de la gobernanza de la tierra, ya que promueve un enfoque participativo e inclusivo que garantice la consulta con todos los interesados,⁵⁶ incluidos los pueblos originarios. Eso reafirma la necesidad de respetar y garantizar el derecho a la consulta como una forma de participación de estos pueblos en su gobernanza.

En estas Directrices figura una sección específica sobre los “«pueblos indígenas» (sic) y otras comunidades con sistemas consuetudinarios de tenencia,” que se deben interpretar en congruencia con las normas internacionales, tal como se consagran en la DNUDPI y en el Convenio 169, por lo que robustece el derecho a la participación que tienen éstos a través de consultas en la toma de decisiones que les afecten, y en ello se encuentra su protección como sujetos creadores y de cada una de sus ECTs, en virtud de que muchos de éstas se encuentran vinculados a la tierra y el territorio, donde existen los recursos materiales base para la elaboración de ATs y otros productos.

⁵³ Naciones Unidas, Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992, disponible en: <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf> (fecha de consulta: 23 de febrero de 2023).

⁵⁴ Cfr. DNUPI, p. 25, (fecha de consulta: 25 de enero de 2023).

⁵⁵ *Ibidem*, art. 26.

⁵⁶ Cfr. Coalición Internacional para el Acceso a la Tierra, *Evaluación del impacto. Informe abreviado*, 2021, disponible en: https://d3o3cb4w253x5q.cloudfront.net/media/documents/IILC_IA_report_-_Spanish.pdf (fecha de consulta: 25 de febrero de 2023).

Por otro lado, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, subraya la importancia de erradicar la pobreza y el hambre, en todas sus formas y dimensiones, asegurando que “nadie se quede atrás”,⁵⁷ entre otros, los “pueblos indígenas” (sic). Este instrumento se refiere con la finalidad de sustentar la importancia de proteger a los pueblos originarios en todos los aspectos, ya que, si se protege a éstos y a sus obras, se preserva la continuidad y la transmisión de las formas de hacer, además de que constituye una forma en que se allegan de recursos monetarios que les permita contar con un mínimo vital, entendido como “un contenido esencial de los derechos sociales que impide a los Estados retroceder en las garantías de subsistencia de las personas”,⁵⁸ que se traduce también como un ingreso básico exigido por la dignidad humana.⁵⁹

Como se puede observar, se ha construido un andamiaje jurídico internacional, cuya tendencia manifiesta protección hacia los pueblos y comunidades originarias, de lo que destaca la libre determinación y la autonomía, lo cual es elemental en el ejercicio de otros derechos colectivos como los que tienen que ver con la identidad manifestada en la diversidad de las ECTs; la creatividad colectiva de estos sujetos, así como la posesión de sus CTs, de tal forma que se avance en que “nadie se quede atrás”.

En este orden de ideas, se expondrá sobre los derechos a la libre determinación y la autonomía en México y de forma enunciativa se hará referencia al derecho a la consulta, que es una forma en que se pueden ejercer estos derechos, de tal forma que se podrá constatar la interdependencia que existe entre los DD HH, así como la necesidad de garantizar unos derechos para hacer viables el ejercicio de otros.

El artículo 1o. de la CPEUM establece la obligación de las autoridades de respetar, proteger, promover y garantizar los DD HH reconocidos en esta norma fundamental, así como de los que se encuentran en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, además, conforme al artículo 2o., se encuentran ya reconocidos como sujetos de derecho a las comunidades y los pueblos originarios, lo que suma al reconocimiento explícito de los derechos de autodeterminación y autonomía:

El derecho de los pueblos indígenas (sic) a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional.

⁵⁷ Organización de las Naciones Unidas, documento A/RES/70/1 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, 21 de octubre de 2015, disponible en: <https://docs.un.org/es/a/res/70/1> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2023).

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

⁵⁹ Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, EUA, Oxford University Press, 1999.

Para el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas (sic) se deben tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos, de asentamiento físico y de autoadscripción.

Se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir, conforme a sus sistemas normativos y de acuerdo con esta Constitución, sus formas internas de gobierno, de convivencia y de organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar y desarrollar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

La jurisdicción indígena se ejercerá por las autoridades comunitarias de acuerdo con los sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas, dentro del marco del orden jurídico vigente, en los términos de esta Constitución y leyes aplicables.

III. Elegir de acuerdo con sus sistemas normativos a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal, la soberanía de los Estados y la autonomía de la Ciudad de México. En ningún caso, sus sistemas normativos limitarán los derechos político-electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales.⁶⁰

También se encuentra sustento de estos derechos en otros ordenamientos nacionales e internacionales que robustecen el respeto, la protección y la garantía del derecho a la autodeterminación, en el sentido de que sean las propias comunidades y pueblos originarios quienes elijan sus autoridades o instituciones representativas, lo cual da cuenta no sólo de una legitimidad jurídica y social; así también encontramos que la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales refiere en su artículo 26, numeral 3, lo siguiente:

⁶⁰ CPEUM, art. 2o. Las cursivas son propias para anadir énfasis.

Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los Ayuntamientos. Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, así como el de elegir *a sus autoridades*, con el propósito de fortalecer la participación y representación política *de conformidad con sus tradiciones y normas internas*, garantizando el principio de paridad de género.⁶¹

El derecho a la libre determinación no se define, pero se puede distinguir una de sus características, que es respetar la representación de los pueblos y comunidades originarias, a quienes ellos elijan, y, por tanto, ninguna autoridad que no sea del pueblo o comunidad tiene facultad para determinar quién o quiénes los representan.

Por otra parte, a nivel nacional, se han emitido tres ordenamientos que regulan la consulta relativa a los pueblos originarios, que es un derecho que robustece el derecho a la libre determinación, que adyace y confirma la interdependencia de los DD HH. En estos ordenamientos se reconocen a las autoridades originarias, tradicionales o comunitarias que son nombradas conforme a los sistemas normativos del pueblo o comunidad originarias; un primer ordenamiento se denomina Ley de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas del Estado de Quintana Roo, que en su artículo 6o., inciso II, dispone: “*Autoridades indígenas, tradicionales o comunitarias: Aquellas que los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas reconocen como tales, y que son nombradas con base en sus sistemas normativos, las cuales pueden o no coincidir con las autoridades municipales, auxiliares o agrarias*”.⁶²

Por su parte, la Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de Durango establece: “Artículo 3. Para efectos de la presente Ley se entenderá por: I. *Autoridades indígenas: Aquéllas electas y reconocidas por los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con sus sistemas normativos internos*”.⁶³

La tercera disposición es la Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí, que también reconoce el derecho de los pue-

⁶¹ La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales está disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGIPE.pdf>. Las cursivas son propias para añadir énfasis.

⁶² Ley de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas del Estado de Quintana Roo, *Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo*, publicada el 24 de agosto de 2022. Las cursivas son propias para añadir énfasis.

⁶³ Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de Durango, *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Durango*, Tomo CCXXX, No. 72, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=pwUhdNvCSySjs8D73SRJEDmI6VFch7jsCiGjBynaajH9.XI99V7eJeZhfM6N0ZzDJE> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2023). Las cursivas son propias para añadir énfasis.

blos y comunidades indígenas a elegir a sus autoridades que les representen: “Artículo 3. Para efectos de la presente ley se entiende por: I. *Asamblea*: máxima autoridad de las comunidades indígenas; II. *Autoridades indígenas*: las *autoridades tradicionales*, sean agrarias, administrativas, civiles y ceremoniales, *electas mediante los procedimientos establecidos en los sistemas normativos de las comunidades*”.⁶⁴

La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió en 2014 un Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas, donde se destaca el criterio *pro persona*, que implica que la norma que mejor proteja y dé contenido a un derecho reconocido, debe ser tomada como base para la interpretación judicial en el caso específico; y en su numeral “4. 4. Derecho al autogobierno”, que se refiere a la libre determinación, la cual se expresa como una forma de autonomía y que a partir de lo dispuesto en el apartado A del artículo 2o. de la CPEUM se derivan otros derechos, como definir sus propias formas de organización social, económica, política y cultural.⁶⁵

También reafirma el derecho de los pueblos originarios a elegir a sus autoridades de acuerdo con sus propios sistemas normativos, lo que se apoya en la determinación de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso del municipio de Cherán, Michoacán, donde se ordenó una consulta en los términos del Convenio 169 de la OIT, ya que la mayoría de la población decidió registrarse bajo su propio sistema de usos y costumbres.⁶⁶

Es evidente que, desde esta perspectiva, la noción de los sistemas normativos de pueblos originarios “no tienen una categoría jurídica equiparable al derecho ordinario, perspectiva por demás contraria al espíritu del reconocimiento constitucional y convencional de estos derechos”.⁶⁷

⁶⁴ Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí, *Periódico Oficial del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí*, Año XCII, edición extraordinaria del 8 de julio de 2010, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=ni0zTjugiDQ2W7Em2qvUppqSQLs2FawepUQbyWmezA3rozQ9Wr9XBnwoSd5TBteET> (fecha de consulta: 15 de enero de 2023). Las cursivas son propias para añadir énfasis.

⁶⁵ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, México, SCJN, 2014, p. 15, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_indigenas.pdf (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

⁶⁶ Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, expediente SUP-JDC-9167/2011, disponible en: <https://www.te.gob.mx/sentenciasHTML/convertir/expediente/SUP-JDC-09167-2011> (fecha de consulta: 20 de enero de 2023).

⁶⁷ *Ibidem*, p. 16.

Por otra parte, en la Ciudad de México respecto a la libre determinación y autonomía de los pueblos originarios se cuenta con la Ley de Derechos de los Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes en la Ciudad de México (LDPyBOyCIRCdMx, en adelante) donde se reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos originarios, como el derecho a decidir libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.⁶⁸

Esta disposición contiene elementos esenciales del derecho a la libre determinación respecto a decidir sobre su condición política, así como al libre desarrollo económico, social y cultural, lo que implica que tienen el derecho a decidir lo que más les convenga para lograr el desarrollo en estos aspectos que se refieren, lo cual tiene sustento en la CPEUM, ya que se reconocen los sistemas normativos de los pueblos originarios, por lo cual, se les debe garantizar el derecho a crear sus propios instrumentos normativos que a su vez garanticen el desarrollo económico, social y cultural.

En la reforma constitucional del 30 de septiembre de 2024, los pueblos originarios ya son reconocidos como sujetos de derechos, ya no más como entes de interés público. Esto da cuenta de que, no solo tienen derechos en lo individual, sino como integrantes de una comunidad o pueblo y gozan de derechos colectivos. Además, es importante reconocer los derechos de autonomía, y no el derecho a la autonomía, es decir, existen diversos derechos que se arropan por éste, como son el derecho a la participación y el derecho a la representación.

Artículo 14. Las *autoridades representativas* de los pueblos, barrios y comunidades elegidas de conformidad con sus sistemas normativos propios serán reconocidas en el ejercicio de sus funciones por las autoridades de la Ciudad. Los cargos a ocupar tendrán el carácter de honoríficos y no formarán parte de las estructuras administrativas, ni recibirán remuneración alguna por parte de las alcaldías ni del Gobierno de la Ciudad de México.

Artículo 15. Organización y representación colectiva

1. Los pueblos, barrios y comunidades, *tienen derecho a mantener y desarrollar sus formas de organización y elegir a sus autoridades representativas de conformidad con sus sistemas normativos propios*. Elegirán a sus autoridades para un periodo máximo de tres años, dentro de las cuales se designará una persona representante ante el Consejo Consultivo.

⁶⁸ Cfr. Ley de Derechos de los Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes en la Ciudad de México, art. 6o., numeral 2, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/vfOrdenamientoDetalle.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimEQRfidjWfjSx-07TI8zwcOCapmW/a4DdeMXtTVpF25MLG> (fecha de consulta: 20 de febrero de 2023).

2. En la elección de sus autoridades participarán las y los habitantes de dicho territorio de conformidad con los derechos humanos reconocidos por la presente ley, la Constitución Federal, la Constitución local y los tratados internacionales de la materia. Podrán solicitar el apoyo del Instituto Electoral de la Ciudad de México.⁶⁹

Cabe destacar que en esta regulación se reitera el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos originarios, lo cual garantiza la participación de los integrantes de la comunidad o pueblo, así como el de ser representados como ellos acuerden.

Llama la atención que se precisa sobre el carácter honorífico de los cargos, así como también que éstos no forman parte de las estructuras administrativas, y la no recepción de remuneración por parte de las alcaldías de la Ciudad de México; hay un reconocimiento de una autonomía limitada, porque, como es sabido, la cuestión económica es importante para hablar de una verdadera autonomía, así que en términos reales, ésta se reconoce solo para ciertos efectos, para conservar hasta cierto punto la existencia de los pueblos y comunidades originarias. En Michoacán, por ejemplo, el pueblo de Cherán,⁷⁰ en su momento tuvo que judicializar la defensa del reconocimiento de su libre determinación y autonomía respecto a la elección de sus representantes, de su gobernanza, lo cual debe cambiar, en virtud de las reformas constitucionales en Michoacán, que trascienden en el sentido de que ya se reconocen como sujetos de derecho, además del reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos originarios “...en un marco constitucional de autonomía y autogobierno en sus ámbitos comunal, municipal, regional y como pueblo indígena” (sic).⁷¹

Otro avance que se encuentra en la LDPyBOyCIRCdMx es la prohibición de intervenir por parte de los sujetos obligados de la Ciudad de México en las formas de organización interna de los pueblos y comunidades originarias,⁷² lo cual robustece el autogobierno.

Los derechos de autonomía abrigan también la capacidad de que los pueblos y comunidades originarias para que decidan e implementen prác-

⁶⁹ *Ibidem*, arts. 14 y 15. Las cursivas son propias para anadir énfasis.

⁷⁰ Donde no hay una ley específica, como el caso de la Ciudad de México.

⁷¹ Art. 3o., Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo, reformado por el Decreto número 52 por el que se reforman diversos artículos de la referida Constitución, publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Michoacán* el 17 de diciembre de 2024.

⁷² Ley de Derechos de los Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas Residentes en la Ciudad de México, art. 16.

ticas que incidan en su desarrollo económico, político, social, educativo, cultural, del manejo de los recursos naturales, del medio ambiente, así como para resolver sus conflictos internos, esto apegado al orden constitucional y a los DD HH,⁷³ es decir, los derechos de la autonomía relativa a sus asuntos internos serán ejercidos conforme a sus sistemas de organización y normativos en el marco constitucional y de los DD HH, así como dentro de los espacios geográficos en donde se encuentren asentados éstos.⁷⁴

Otros derechos colectivos que se reconocen en la referida ley, y que se puede afirmar, constituyen formas en que se puede ejercer la autonomía, son:

- Derecho a *promover y reforzar sus sistemas normativos y formas de organización política, económica, social y cultural.*
- Derecho a *enriquecer y fortalecer sus identidades y prácticas culturales.*
- Derecho a participar en la *organización de consultas* respecto a las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro tipo que les pueda afectar sus derechos conforme a la ley referida.
- Derecho a contar con un *sistema de justicia para la regulación y solución de los conflictos internos* dentro del marco constitucional y los DD HH.
- Derecho a *decidir sus prioridades* respecto a su desarrollo económico, social y cultural.
- Derecho a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de la Ciudad de México.
- Derecho a *participar en conjunción con el Gobierno de la Ciudad de México en el diseño, gestión y ejecución de los programas* de restauración, preservación, uso y aprovechamiento de los bosques, lagos, cuerpos de agua superficiales, subterráneos y afluentes, ríos, cañadas de su ámbito territorial; así como de reproducción de la flora y fauna silvestre, y de sus recursos y conocimientos biológicos.
- Derecho de *administrar sus bienes comunitarios.*
- Derecho a *salvaguardar los espacios públicos y de convivencia comunitaria,* construcciones, edificaciones, edificios e instalaciones, así como la imagen urbana de sus pueblos y barrios.
- Derecho de *administrar y formular planes para preservar, controlar, reconstituir y desarrollar su patrimonio cultural, arquitectónico, biológico, natural, artístico, lingüístico, saberes, conocimientos y sus ECTs, así como la propiedad intelectual colectiva* de los mismos, mediante su participación en la

⁷³ *Ibidem*, art. 17.

⁷⁴ *Ibidem*, art. 18.

elaboración de los programas parciales previstos en el Sistema de Planeación.

- Derecho a *participar en el diseño, ejecución y evaluación de los programas económicos* en sus ámbitos territoriales, así como participar, a través de sus autoridades o representantes, en la planeación de las políticas económicas que les atañen, de conformidad con la legislación aplicable.
- Derecho de *acceder al uso, gestión y protección de sus lugares religiosos, ceremoniales y culturales*, incluidos los panteones, encargándose de la seguridad y el respeto hacia los mismos, con la salvaguarda que prevean las disposiciones jurídicas aplicables de carácter federal o local.
- Derecho a *mantener, proteger y enriquecer las manifestaciones pasadas y presentes de su cultura e identidad, su patrimonio* arquitectónico e histórico, objetos, diseños, tecnologías, artes visuales e interpretativas, idioma, tradiciones orales, filosofía y cosmogonía, historia y literatura, y transmitirlos a las generaciones futuras.
- Derecho a realizar *acciones dirigidas a la investigación, rescate y aprendizaje de sus lenguas, cultura y artesanías para la preservación de sus tradiciones*, entre otros.⁷⁵

En general, en cada uno de los derechos referidos se destaca el derecho a la participación como una forma en que se manifiesta la autonomía, que, cabe precisar se reconoce en lo individual y colectivo.

Este capítulo enfatiza que el derecho a la libre determinación y los derechos de autonomía son adyacentes e interdependientes a muchos otros derechos como es el derecho a la consulta, que se reconoce internacionalmente y, que, aunque no se encuentre legislado en México a nivel federal o de forma general, sí se encuentran disposiciones en la materia en las entidades referidas.

La Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (LINPI) reconoce los derechos a la libre determinación y autonomía, solo que además de los pueblos originarios, se refiere también a los afroamericanos, y como un derecho que depende de la libre determinación al derecho de autoidentificarse conforme a la historia, identidad y cosmovisión de cada pueblo.⁷⁶ Se destaca la atribución y función de este Instituto de promover, fortalecer

⁷⁵ *Ibidem*, arts. 18 y 19.

⁷⁶ Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, art. 3o., segundo párrafo, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=b/EcoMjefu>

y coadyuvar el ejercicio de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades originarias,⁷⁷ aunque esto es una obligación conforme a nuestra CPEUM, según lo dispone el artículo 1o.

El Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) es la instancia que, como autoridad, está obligada a respetar, proteger, promover y garantizar los DD HH colectivos de los pueblos y comunidades originarias en el marco de sus atribuciones:

El Instituto es la autoridad del Poder Ejecutivo Federal en los asuntos relacionados con los pueblos indígenas y afromexicano, que tiene como objeto definir, normar, diseñar, establecer, ejecutar, orientar, coordinar, promover, dar seguimiento y evaluar las políticas, programas, proyectos, estrategias y acciones públicas, para garantizar el ejercicio y la implementación de los derechos de los pueblos indígenas y afromexicanos, así como su desarrollo integral y sostenible y el fortalecimiento de sus culturas e identidades, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los instrumentos jurídicos internacionales de los que el país es parte.⁷⁸

Así, el INPI tiene la obligación de garantizar el reconocimiento a la libre determinación y su expresión, que es la autonomía de los pueblos y comunidades originarias en el marco de la CPEUM y los instrumentos internacionales de los que México es parte.⁷⁹ En términos generales, el INPI debe garantizar la atención transversal en cada una de las dependencias y entidades de la administración pública federal, los poderes federales y los órganos constitucionales autónomos.⁸⁰

Hacer énfasis en esta disposición es importante porque da cuenta quién es la autoridad que tiene la obligación de velar por los DD HH de los pueblos originarios, y se ha señalado a la ley de la Ciudad de México como el órgano normativo para reconocer expresamente derechos colectivos de los pueblos y comunidades originarias, dada la relevancia que tiene al ser la capital del país y donde se encuentra un avance legislativo considerable en la materia, a pesar de que la población originaria es menor en comparación con el estado de Oaxaca, donde se encuentran la mayoría de los pueblos originarios.

FeB6DOaNOimBloAc/AncrUnk69QuHyBk6War9nVWXlHqzqy10D4Iwq (fecha de consulta: 22 de febrero de 2023).

⁷⁷ *Ibidem*, art. 4o., fracción IV.

⁷⁸ *Ibidem*, art. 2o.

⁷⁹ *Ibidem*, art. 6o., fracción II.

⁸⁰ *Ibidem*, art. 11, fracción V, segundo párrafo.

Lo que se ha expuesto destaca la relevancia del reconocimiento y garantía de los DD HH de los pueblos originarios, como la libre determinación y la autonomía, a efecto de que otros derechos se puedan garantizar, como es la protección de las ECTs como patrimonio cultural de éstos, por tanto, tienen el derecho a decidir cómo construir sus formas de organización, así como los mecanismos que así consideren y acuerden les garantice protección en el marco de los DD HH.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El tema de las ECTs ha cobrado gran relevancia debido al potencial económico que representa la comercialización de éstas, en específico de las artesanías en general; no obstante, se deja de lado que gran parte de ellas forman un patrimonio cultural de comunidades y pueblos originarios, con significados distintos, uno de los cuales tiene que ver con la utilidad y/o belleza que pueden tener, pero más allá de ello, se encuentra la identidad de las comunidades; las diferentes cosmovisiones que no se comprenden por terceros, o, por qué no decirlo, aceptadas; no se respeta la diferencia, la diversidad cultural.

No obstante que el presente análisis se ha centrado en las ATs que devienen de los pueblos originarios, no omitimos la relevancia que tiene reconocer y proteger a las que no devienen de lo tradicional, o que son tradicionales, pero que no tienen un origen en los saberes de pueblos originarios, así como también quienes las crean ameritan ser reconocidos y protegidos.

Desde la PI se han evidenciado algunas de las implicaciones que conlleva hacer uso de las instituciones jurídicas que se encuentran reguladas en México, es el caso las marcas colectivas que, lejos de lograr una cohesión social, propician la discriminación, ya que excluye de los derechos morales y patrimoniales a quienes no forman una organización que sea titular de la marca; de poder explotar la expresión cultural de que se trate, además de que éstas tienen un carácter territorial, lo que constituye una limitante más, que no suma a la protección de los sujetos creadores como colectividad.

Por su parte, las DO e IG, aunque pueden tener un mayor alcance y representación por parte del Estado, no son acordes a las cosmovisiones de los pueblos y comunidades originarias, adicionalmente que el titular de éstas es el Estado y no quienes crean o detentan los CTs, así como también se limita la forma artesanal del hacer, ya que la producción es industrial.

La PI ofrece una protección para otro tipo de creaciones que ha resultado eficaz y eficiente, así se encuentran garantizados los derechos patrimo-

niales y morales de obras, productos y servicios en lo individual o colectivo, pero no en el caso de las comunidades y pueblos originarios y de sus ECTs.

Respetar y garantizar los derechos colectivos a la libre determinación y la autonomía garantiza el ejercicio de otros derechos, como el de consulta, de participación, de identidad, de posesión, etcétera. Esto permitirá que se puedan construir mecanismos que protejan las ECTs como patrimonio cultural de los pueblos originarios en México, y mejor aún, de los detentores de los CTs. Además, en esa libertad de acción, debe considerar la relevancia que tiene la bioética, por ejemplo, para la construcción de los mecanismos que protejan a los pueblos creadores y sus obras, y también la posibilidad de dialogar con otros modelos que se han implementado como un mecanismo de protección, como es el caso de los protocolos de Australia, lo cual también se abordará en esta obra.

Es importante respetar y garantizar la libre determinación y autonomía como DD HH de comunidades y pueblos originarios, para que estén en la posibilidad de construir mecanismos que mejor consideren protejan las ECTs y como sujetos detentores de CTs. Dicha protección se extiende sin límite contra quienes ven a las ECTs como un fin que puede ser distinto a quienes originalmente las elabora (casos de apropiación, despojo, piratería, etcétera).

Otro aspecto que se debe considerar en la construcción de mecanismos de protección que sirva para los pueblos y comunidades originarias, así como para las personas interesadas en proteger las ECTs, es el trabajo colaborativo, ya que, en conjunto, a través del diálogo de saberes, de forma casuística se puede construir lo que los propios creadores determinen les resulte viable, efectivo. Desde una visión de DD HH, habría que trabajar de la mano con los pueblos y comunidades originarias, de tal forma que se haga efectivo lo que desde el derecho ya se tiene.

La dignidad como premisa constituye la justificación esencial humanista que permite el desarrollo de los derechos colectivos como la libre determinación y la autonomía, es decir, ésta es el fin en sí misma porque es parte natural del ser humano, por tanto, si se respeta la dignidad, se podrá respetar a la persona humana y todo lo que concierna a ésta: ECTs y, en general, el patrimonio cultural.

VI. FUENTES DE CONSULTA

AGUIRRE-PABÓN, Javier Orlando, “Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant”, *Universitas*, Bogotá, núm. 123, julio-diciembre de 2011.

- COALICIÓN INTERNACIONAL PARA EL ACCESO A LA TIERRA, *Evaluación del impacto. Informe abreviado*, 2021, disponible en: https://d3o3cb4w253x5q.cloudfront.net/media/documents/ILC_IA_report_-_Spanish.pdf (fecha de consulta: 25 de febrero de 2023).
- COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *Consulta sobre mecanismos para la protección de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales, recursos naturales, biológicos y genéticos de los pueblos indígenas*, México, CDI, 2011, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/37014/cdi_consulta_proteccion_conocimientos_tradicionales.pdf (fecha de consulta: 12 de marzo de 2023).
- DE OBRIETA CHABAUD, José A., *El derecho humano a la autodeterminación de los pueblos*, Madrid, Tecnos, 1993.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Montevideo, Trilce-Extensión Universitaria, 2010, disponible en: <http://bdjc.ii.unam.mx/items/show/164#lg=1&slide=0> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2023)..
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- FLORES DELEÓN, Erika, “Relación interdependiente entre diversas categorías esenciales del derecho cultural. Derecho del patrimonio cultural inmaterial, derecho autoral y derecho de los pueblos originarios”, en PÉREZ RAMÍREZ, Nancy Jazmín y ORTEGA MALDONADO, Juan Manuel (coords.), *Propiedad intelectual de los pueblos y comunidades indígenas de México. Perspectivas y retos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2024.
- FLORES GOMES GONZÁLEZ, Fernando y CARVAJAL MORENO, Gustavo, *No-ciones de derecho positivo mexicano*, 25a. ed., México, Porrúa, 1986.
- HENDERSON, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, *Revista IIDH*, vol. 39, 2004.
- HERNÁNDEZ, Heriberto, “Edil de Pahuatlán se apropia de marca colectiva de papel amate, denuncian”, *El Sol de Puebla*, 23 de marzo de 2017, disponible en: <https://oem.com.mx/elsoldepuebla/local/edil-de-pahuatlan-se-apropia-de-marca-colectiva-de-papel-amate-denuncian-20115494> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2024).
- NAVIA, Diana, “Plagios a diseños de indígenas van en aumento”, *El Financiero*, 22 de octubre de 2028, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/>

- economia/plagios-a-disenos-de-indigenas-van-en-aumento/* (fecha de consulta: 30 de junio de 2024).
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Manual para las instituciones nacionales de derechos humano*, Australia-Suiza, APF-ONU, 2013, disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UNDRIPManualForNHRI_Sp.pdf.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, documento A/RES/70/1 “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, 21 de octubre de 2015, disponible en: <https://docs.un.org/es/a/res/70/1> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2023).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Acuerdo de San Andrés Larráinzar, 16 de febrero de 1996, disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/indigenous/sandres.htm> (fecha de consulta: 20 de febrero de 2023).
- PECES BARBA, Gregorio, “Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y derecho”, 1989, pp. 265-277, disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12917/sobre_Peces_1989.pdf (fecha de consulta: 20 de enero de 2023).
- RECASÉNS SICHES, Luis, “Los derechos humanos”, *Diánoia*, México, vol. 20, núm. 20, 1974.
- RIVADENEIRA, Ramiro *et al.*, *Garantías constitucionales. Manual técnico*, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, Serie capacitación, núm. 5, segunda edición abril de 2006, disponible en: <https://www.inredh.org/archivos/pdf/garantias.pdf> (fecha de consulta: 7 de enero de 2023).
- SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad*, EUA, Oxford University Press, 1999.
- VENTURA, Abida, “Artesanos, contra Alfaguara por uso indebido de Tenango”, *El Universal*, 26 de junio de 2018, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/cultura/letras/artesanos-contr-alfaguara-por-uso-indebido-de-tenango/> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2024).
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”, en CÁCERES NIETO, Enrique (coord.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, t. 4.