

CAPÍTULO CUARTO

EL NUEVO PARADIGMA MEXICANO DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS ARTESANÍAS COMO EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES Y PATRIMONIO CULTURAL DE PUEBLOS ORIGINARIOS

Patricia BASURTO GÁLVEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las artesanías como expresiones culturales tradicionales y patrimonio cultural colectivo*. III. *Apropiación cultural*. IV. *¿Qué es lo nuevo del paradigma mexicano?* V. *Ventajas y desventajas del nuevo paradigma*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

La protección de la creatividad en el mundo jurídico por mucho tiempo ha sido por dos vías, esencialmente: la propiedad industrial y el derecho de autor y conexos; conocidos ambos ámbitos como propiedad intelectual (PI). Su evolución en los últimos tiempos, debido a los cambios científicos y tecnológicos, se percibe acelerada, por lo que se han creado nuevas figuras de protección de las obras y para las personas creadoras, por ejemplo, las marcas olfativas y sonoras.

Así, la PI tiene una naturaleza eminentemente económica, esto a raíz de que muchas de las creaciones se consideran como industrias, es decir, que siguen la lógica de ésta, de la competencia comercial, de un capitalismo cognitivo, como ya se refirió en otro apartado, sobre todo en lo que se refiere a lo audiovisual, musical, editorial y los nuevos medios, por lo que los países

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

con poderío económico, como Estados Unidos de América, por ejemplo, han impulsado para que estos tópicos se hayan integrado en instrumentos internacionales vinculantes de tipo comercial, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Acuerdo sobre los ADPIC-Plus (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) y el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP-11). Esto significa una comercialización voraz de la creatividad, sin importar la diversidad cultural de los países que tienen un arraigo y una cantidad de historias inigualables, como México, y en específico la diversidad cultural de sus pueblos y comunidades originarias.

En nuestro sistema jurídico contamos con la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), cuya última reforma fue en julio de 2020, la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial de 2020, la Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal con la última reforma de 2012, así como las leyes estatales que integran los elementos de artesanía y “artesano”, pero se puede apreciar que los instrumentos normativos que se han generado no corresponden a lo que se requiere para proteger no solamente a la artesanía y las personas que las crean, sino, en general, a las expresiones culturales, donde también caben las artesanías, y, en específico, de los pueblos y comunidades originarias.

No obstante lo anterior, se debe tener presente que no solo existe este tipo de artesanías, pero al considerar que estas tienen una relevancia trascendental, en virtud de los significados, cosmovisiones, diversidad de formas de hacer, CTs y formas de vida que se identifican en y a través de estas creaciones, que son el resultado de las culturas, de la creatividad colectiva, donde no es posible identificar una persona en lo individual como creadora o propietaria de la iconografía; de los diseños, a diferencia de la creatividad que surge de la persona en lo individual o de obras colectivas que devienen de una asociación, empresa u otro tipo de agrupación.

En este sentido, es importante reconocer que la mayoría de las creaciones de los pueblos y comunidades originarias parten de CTs sobre las formas de hacer y de cómo obtienen la materia prima, además de que no todo es de carácter utilitario, sino que, por las cosmovisiones de éstos, tienen distintos significados, ya que les representa, les da identidad.

En este tenor, el 17 de enero de 2022 se publicó la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (LFPPCPyCIyA), lo cual concretizó, en parte, el intento de algunos años atrás sobre legislar respecto a las artesanías, ya que se presentaron algunas iniciativas de ley que quedaron en ello solamente, y que

ahora se ha materializado de forma amplia, es decir, no sólo se incluye a las artesanías, sino que se alude al patrimonio cultural, como una de las formas en que se expresa la identidad de éstos.

Así, dada la relevancia de la normativa, el objetivo del presente es analizar lo que aporta la ley como un nuevo paradigma en México que trata de proteger el patrimonio cultural de los “pueblos y comunidades indígenas” (sic) y afromexicanas, y exponer los pros y contras que implica su implementación.

El patrimonio cultural se comprende, para efectos del presente, en los mismos términos que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) lo ha referido, como el legado cultural que se recibe del pasado, que se vive en el presente y que se transmitirá a las generaciones futuras. No se limita a monumentos y colecciones de objetos. Comprende expresiones vivas heredadas de nuestros antepasados, como tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos y prácticas relativos a la naturaleza y el universo, y saberes y técnicas vinculados a la artesanía realizada con base a los CTs. Pese a su fragilidad, el patrimonio cultural inmaterial o patrimonio vivo es un importante factor del mantenimiento de la diversidad cultural.¹ El análisis se centrará, principalmente, en la ley referida.

Este instrumento normativo constituye un paradigma novedoso, único, y específico, relativo a la protección del patrimonio cultural de los pueblos originarios y afromexicanos; se reconoce el esfuerzo y voluntad política que hubo en la construcción de la norma, pero, como toda obra humana, tiene sus deficiencias y es viable de perfeccionar.

Antes de entrar al análisis de algunos tópicos novedosos que se integran en la LFPPCPyCIyA, es importante precisar que ésta carece de origen de una legitimidad social, en virtud de que, aunque se atendió lo jurídico en parte, al seguir el procedimiento legislativo conforme al artículo 73 de la CPEUM y su Reglamento, no se contó con la participación en términos del Convenio 169 de la OIT respecto a la consulta hacia quienes se dirige la norma; es decir, los pueblos originarios² y afromexicanos no fueron consultados conforme a los estándares internacionales en la creación de la ley referida. Además, con la creación de esta norma se han vulnerado los derechos a la libre determinación y autonomía, por citar algunos, ya que hay otros

¹ UNESCO, “¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?”, disponible en: <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2023).

² Se utilizará el vocablo “pueblos originarios” y no “indígenas” en demanda de éstos en diversos espacios públicos.

DD HH que también se han violentado en virtud de la interdependencia que guardan.

Lo que se encuentra en la exposición de motivos de la LFPPCPyCIyA son una serie de razones que pretenden justificar que sí hubo consulta, pero al final sólo es una pretensión, en virtud de que no se puede considerar que una consulta se lleve a cabo solamente a través de foros o eventos donde se expongan algunas cuestiones respecto a la intención de crear una ley y algún contenido de ésta, ya que, para que el derecho a la consulta se garantice, debió haber sido libre, previa, de buena fe y culturalmente adecuada, es decir, que se haya hecho del conocimiento de todos los pueblos originarios y comunidades afromexicanas conforme a sus formas de organización, así como que sus autoridades representativas hayan intervenido, y que el conocimiento de la medida legislativa que se pretendía implementar en ese entonces se debió haber dado a conocer y consensuado, en su caso, en las lenguas de todas las partes involucrados; la buena fe no se presume por la forma en que se creó dicho instrumento.³

Es importante precisar que, al considerar que existen violaciones a los DD HH en la creación de esta ley, se interpuso una acción de inconstitucionalidad por parte de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) el 16 de febrero de 2022, en específico por la falta de consulta previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe a los pueblos y comunidades originarias y afromexicanas, durante el proceso previo a su emisión, así como por la tipificación de conductas que no deberían ser sancionadas por el derecho penal, ya que inhibe la promoción del conocimiento de manifestaciones culturales de los pueblos y comunidades originarias y afromexicanas.⁴ Acción que está pendiente de resolver y que de declararse inconstitucional la disposición, entonces quedaría inexistente, y, por tanto, latente la creación de instrumentos que garanticen la protección de las expresiones culturales de comunidades y pueblos originarios, con independencia de las consecuencias jurídicas que resultaran por la aplicación que ésta ha tenido hasta el momento.

³ Cfr. el artículo 6o. del Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf (fecha de consulta: 25 de febrero de 2023).

⁴ Cfr. Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), Acción de inconstitucionalidad 33/2022, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/documento/accion-de-inconstitucionalidad-332022#:~:text=Demanda%20de%20acci%C3%B3n%20de%20inconstitucionalidad,particular%20de%20su%20art%C3%ADculo%2073%2C> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2023).

Por otra parte, si esta ley siguiera vigente, hay diversas aristas que se deberían atender y modificar, pero, sobre todo, es trascendental que se construyan mecanismos que faciliten la implementación de la ley, además de que, a la fecha, el reglamento de ésta no ha sido expedido. Poco sirve que se plasmen ideales de justicia social como los que se encuentran en el cuerpo de la ley si en la práctica no se puede acceder a ella. Sin embargo, se expondrá si es un paradigma que cumple con el objetivo de garantizar la protección del patrimonio cultural, o qué es lo que se puede rescatar, modificar o proponer.

II. LAS ARTESANÍAS COMO EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES Y PATRIMONIO CULTURAL COLECTIVO

Las expresiones culturales conforme a la Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, se pueden comprender como “resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural”,⁵ es decir, toda aquella creación que se considera de carácter cultural por consenso social, lo cual tiene que ver con valores, creencias, convicciones, idiomas, saberes, artes, tradiciones, instituciones y modos de vida, que constituyen el medio por los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo.⁶

En este sentido, las artesanías, vocablo que ha generado muchas discusiones sobre lo que es y lo que no, se comprende, para efectos del presente, en sentido amplio como una expresión cultural, pero solo se hará referencia a las que son creadas a partir de lo tradicional, de los CTs que poseen los pueblos originarios, por tanto, en adelante, al referirse a las ECTs, éstas se encuentran incluidas en las artesanías.

Lo que antes no era reconocido como valioso monetariamente, hoy ha cobrado una relevancia eminentemente económica para terceras personas ajenas a las creadoras y detentoras de los saberes tradicionales, este es el caso de las ECTs de los pueblos originarios, lo cual ha sido en contra de la vulneración de los DD HH colectivos, y que acentúa la brecha de la desigualdad en muchos sentidos.

⁵ Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, art. 4.4, disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142919_spa (fecha de consulta: 15 de enero de 2023).

⁶ *Ibidem*, art. 2o.

Algunas de las causas que dan origen a la problemática planteada respecto a la falta de protección de las ECTs como patrimonio cultural al ser usadas por terceras personas desde los DD HH, son:

- Falta de empoderamiento de los pueblos originarios en diferentes aspectos, por ejemplo: desarrollo de capacidades, conocimiento de los derechos de los que son sujetos, participación en los procesos de creación de las leyes.
- Falta de garantía de su autonomía y libre determinación en el ejercicio de sus derechos como pueblos originarios.
- Falta de mecanismos jurídicos para la protección de las ECTs de los pueblos originarios.

Por otra parte, se considera que algunas consecuencias de estas causas enunciadas, son:

- Uso y explotación de las ECTs por parte de terceros sin autorización ni retribución.
- Dificultad para comercializar las ECTs susceptibles de serlo a través de un pago justo y equitativo.
- No contar con mecanismos que protejan al sujeto creador y las creaciones como expresiones culturales.
- Pérdida del patrimonio cultural, al desincentivar que las nuevas generaciones continúen en la preservación de las ECTs.
- Vulneración de los derechos a la autonomía y libre determinación.
- Incumplimiento de instrumentos internacionales que contienen elementos relacionados con la protección de los derechos colectivos de los pueblos originarios, como el derecho a la consulta.
- La vulneración de los sistemas normativos de las comunidades y pueblos originarios.

En este sentido, un primer paso para el respeto de los DD HH es el reconocimiento de éstos en nuestra norma fundamental, lo cual ya se encuentra a partir de 2011, por lo que debemos seguir y avanzar para que el respeto y protección de dichos derechos sea una realidad, ya que no es suficiente con saber y reconocer que se es titular de derechos si no se garantizan, es decir, que no se cuente con mecanismos que hagan viables el ejercicio y defensa de estos.

Por las razones aludidas, se exponen diversos aspectos que pueden ayudar en la construcción y desarrollo de instrumentos que sirvan para la pro-

tección de los sujetos denominados pueblos originarios en su calidad de creadores y detentores de los CTs, así como del resultado de su creatividad, que tienen como fundamento un patrimonio cultural colectivo.

Se precisa que solamente se hará referencia a los pueblos originarios y no de los afroamericanos como detentores de los CTs y creadores, en virtud de que aquellos constituyen el sustento pluricultural de nuestra nación, como se reconoce y establece en el artículo 2o. de la CPEUM,⁷ además de que la naturaleza de los pueblos afroamericanos tiene características diversas, y, por tanto, ameritan un estudio específico, lo cual no es objeto del presente.

Uno de los DD HH reconocidos a los pueblos originarios tiene que ver con el patrimonio cultural, en virtud de que son poseedores de conocimientos ancestrales, tradicionales, pero, sobre todo, se expresan de diversas formas: son creadores de una diversidad de ECTs, y en esta obra se ha enfocado, principalmente, a las artesanías, que, como ya se precisó, se comprenden como ECTs de los pueblos originarios, mismas que han cobrado una relevancia inusitada en los últimos tiempos.

En este orden de ideas, el primer paso está dado al reconocer que éstos tienen y poseen un patrimonio cultural, lo cual obliga a que se respeten otros DD HH, como la libre determinación, la autonomía y el derecho a la consulta, que, por su naturaleza de interdependencia, también es importante proteger y cuya base se encuentra en su reconocimiento a partir de 2011 en nuestra norma fundamental, lo que permite exigir el respeto y garantía de éstos por medios no jurisdiccionales y jurisdiccionales, por lo que es elemental contar con mecanismos que hagan viables su ejercicio y su defensa.

Estas razones justifican la necesidad de exponer diversos aspectos que pueden ayudar en el desarrollo y construcción de instrumentos, que no necesariamente tienen que ser de carácter jurídico, sino lo que a través del diálogo de saberes se acuerden crear y sirvan para la protección de las ECTs en el ejercicio de sus derechos, ya que ellos son el fundamento de un patrimonio cultural colectivo.

El patrimonio cultural que tiene su origen en los pueblos originarios, necesariamente se encuentra vinculado a la libertad, la diversidad, la identidad, la dignidad, incluso a cuestiones ambientales si nos referimos a los recursos materiales que se utilizan en su generación como ECTs que se ma-

⁷ Cfr. el artículo 2o. de la CPEUM que se reformó mediante el 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 Afroamericanas, en el *Diario Oficial de la Federación*, 30 de septiembre de 2024.

terializan. Al reconocer y proteger el patrimonio cultural, implícitamente se protege la dignidad del ser humano, ya que “toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos”.⁸

La perspectiva de los DD HH es relevante en el reconocimiento y protección del patrimonio cultural, donde el ser humano es el centro, y, por tanto, los pueblos y comunidades originarias, por lo que se requiere, en primer lugar, concientizar sobre la importancia que tiene, por una parte, el reconocimiento de las diversas ECTs, y por otra, la protección de quienes poseen los CTs como un patrimonio cultural de los pueblos, según corresponda.

La Declaración de México sobre las Políticas Culturales refiere en su numeral 1 que “...cada cultura representa un conjunto de valores único e irremplazable; la humanidad se empobrece cuando se ignora o destruye un grupo determinado”.⁹ Esto fortalece parte del planteamiento que se hace respecto a la importancia de garantizar la protección del patrimonio cultural, al ser en cada cultura diverso y único.

La noción del patrimonio cultural ha evolucionado, la cual tiene su origen en la Segunda Guerra Mundial, que, con la finalidad de proteger los “bienes culturales”, se creó la UNESCO, en ese entonces y en un primer momento se consideraron los monumentos que dan cuenta de la historia, y que, por los estragos de la guerra muchos fueron destruidos. Así, la noción de bienes culturales se integró por primera vez en la Convención de La Haya de 1954,¹⁰ lo que da cuenta de la importancia del patrimonio, al considerarlo como un bien y, sobre todo, que se caracteriza como cultural.

El origen etimológico del concepto “patrimonio”, del latín *patrimonium*, alude a los bienes que el hijo tiene, que provienen de los antepasados, y que posteriormente, se transmiten por herencia.¹¹ En general, el patrimonio es una herencia de los antecesores, y desde el derecho se han creado algunas teorías para comprender los significados que se han asignado y asociado a éste y que al ser una construcción del ser humano, es importante conocer

⁸ UNESCO, Declaración sobre los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, París, 1966, art. 1o., disponible en: <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/declaration-principles-international-cultural-co-operation>.

⁹ “Declaración de México sobre las Políticas Culturales”, en UNESCO, *Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales. Informe final*, México, 26 de julio-6 de agosto de 1982, celebrada en México como parte de los trabajos de la UNESCO, disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000052505_spa (fecha de consulta: 11 de marzo de 2023).

¹⁰ Cfr. García Cuetos, María del Pilar, *El patrimonio cultural. Conceptos básicos*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2011, p. 28.

¹¹ Voz “patrimonio”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t. IV, p. 2353.

cuál es el alcance de su contenido. Así, el patrimonio cultural en cuanto a concepto, se ha ampliado, por lo que se usa en la actualidad como sinónimo de bien cultural, de expresión y de manifestación culturales, y que tiene que ver con los valores que cada sociedad, pueblo o comunidad le asignan a lo creado, sea material o inmaterial.

Se destaca aquí el vocablo “herencia”, es decir, lo que se trasmite por los antecesores, esto invita a reflexionar sobre la preservación de los bienes que existen al pasar de una generación a otra, por ejemplo, las artesanías como formas de expresiones de las culturas, las cuales se pueden visibilizar y tocar, pero que en sentido amplio las ECTs también se pueden saborear (cocina tradicional mexicana o bebidas espirituosas), o solo ser perceptibles por el oído (música tradicional) o el olfato (el incienso y las hierbas que se usa en un temazcal).

El patrimonio se puede entender desde diversas posturas doctrinales (finalista y realista, por ejemplo),¹² las cuales refieren a los bienes presentes y futuros del individuo, así como a las obligaciones, por lo que sólo la persona tiene patrimonio. En otro sentido, el que pertenece a algo, que se destina a un fin y la otra visión que sólo se puede considerar como la suma de bienes y derechos, pero que no se puede atribuir a un individuo, que no es susceptible de derechos subjetivos, tal es el caso de las ECTs que tienen su origen en la colectividad denominada pueblos originarios, como son la medicina tradicional, el mezcal artesanal, el papel amate, los diversos bordados (como los de Tenango de Doria, etcétera). En estas acepciones no se incluye lo relativo a la personalidad y el estado civil.

El patrimonio, del tipo que sea, permite la posibilidad de que un individuo, una persona o una colectividad de individuos puedan ostentar cualquiera de las calidades siguientes: propietario o poseedor. En el primer caso se puede usar, gozar, poseer y disponer de los bienes conforme a su naturaleza y contenido de los derechos y facultades sobre éstos. En tanto que el poseedor tiene un poder de hecho que se ejerce sobre el bien o los bienes para su aprovechamiento total o parcial o para su custodia.¹³

En este tenor, la persona propietaria tiene un dominio amplio sobre los bienes, no así quien posee, ya que conforme a derecho se tiene un poder limitado sobre los bienes, así se ha integrado desde una visión del derecho

¹² Cfr. Unión Postal Universal, *Enciclopedia jurídica*, 2014, disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/patrimonio/patrimonio.htm> (fecha de consulta: 4 de marzo de 2023).

¹³ Cfr. art. 790, Código Civil Federal, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCF.pdf> (fecha de consulta: 15 de enero de 2023); Real Academia Española (RAE), voz “posesión”, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/posesi%C3%B3n-civil> (fecha de consulta: 15 de enero de 2023).

positivo, lo cual da cuenta de la importancia de comprender otros sistemas normativos, así que al someter a los pueblos originarios al positivismo se violentan sus derechos a la autonomía y libre determinación, se limita la comprensión de sus cosmovisiones, de cómo perciben la propiedad, por ejemplo, en Tlacoapa, Guerrero, no hay distinción entre la figura de la persona propietaria y la poseedora, al menos en su lengua significa lo mismo.¹⁴

Una de las características del patrimonio es la posibilidad de transmitirse, pero antes de ello, en algún momento tuvo un origen, se creó, de forma natural o como resultado de la creatividad del ser humano, y que, una vez heredado, da lugar a otra creación o creaciones, es decir, los saberes y/o los conocimientos sobre formas de hacer también constituyen un patrimonio, y resultan en nuevas creaciones por tradición, que se renuevan e incorporan con el paso del tiempo elementos tecnológicos. Estos saberes o conocimientos son ancestrales que de una a otra generación se han heredado de forma oral, por lo general, ya sea en el seno familiar o en los pueblos o comunidades, como ejemplo tenemos los cantos, las formas de cultivo, el tejido, etcétera.

Los saberes o CTs constituyen un patrimonio cultural, que pueden generar otras ECTs, y al estar en posesión de colectividades como son pueblos o comunidades originarias, es difícil identificar titulares de éstas en lo individual, pues se asume que el conocimiento se generó con base en la experiencia de quienes, como parte de éstos, lo compartieron a las generaciones venideras como una herencia, que les ha permitido preservar, tanto los conocimientos como otras expresiones, resultado de su aplicación. Así, el patrimonio cultural se crea y transmite, con la posibilidad de transformarse, incluso de perderse, si no se conserva lo heredado entonces se puede diluir.

En este sentido, quien es titular de un patrimonio tiene el poder y libertad de poseer, preservar y disponer, y en el caso de los pueblos y comunidades originarias tienen o debieran tener ese poder de disponer de su patrimonio cultural y la libertad de determinar cómo se preserva, se transmite y se protege, es decir, como sujetos detentores y creadores deberían construir sus propios mecanismos que garanticen el respeto y ejercicio de estos derechos.

¹⁴ Tlacoapa, Guerrero, es un pueblo originario, ubicado en la región de la montaña, lugar donde mis padres son originarios y hablan la lengua tlapaneca, por lo que la información se obtuvo de preguntarle a ellos y a otros parientes originarios del lugar si hay diferencia entre propiedad y posesión. A lo que respondieron que en su lengua no hay distinción entre estos conceptos.

Los pueblos indígenas (sic) tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.¹⁵

Las ECTs como patrimonio cultural colectivo se comprende como el conjunto de bienes indivisibles atribuidos unitariamente a una pluralidad de personas unidas entre sí, de modo que las personas en lo individual no se deben ostentar como titulares de éstos. El conjunto de bienes o ECTs que se pueden identificar en posesión de un pueblo o comunidad originaria constituye su identidad; sirven como elementos distintivos¹⁶ de los que solo podrían disponer quienes generan dicho patrimonio.

El patrimonio de los pueblos y comunidades originarias se debe respetar y garantizar en sus propiedades o elementos, como son la apropiación, transmisión y permanencia.¹⁷ Lo que se resalta es que al respetar y proteger el patrimonio cultural de éstos, se puede evitar la apropiación, el despojo, la piratería, etcétera. En fin, en general la disposición de las ECTs sin el consentimiento de quienes las han creado conlleva a diversas consecuencias y la posibilidad de la no permanencia de éstas y de los CTs implícitos.

Los CTs son patrimonio cultural y se debe evitar que se perpetúe el despojo; esta discusión se ha colocado desde hace décadas a nivel internacional y nacional, a fin de encontrar soluciones posibles a través del derecho; contar con instrumentos jurídicos que garanticen que los poseedores de estos

¹⁵ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 31.1, Res. 61/295, 2007, disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf (fecha de consulta: 20 de enero de 2023).

¹⁶ Olivé Negrete, Julio, "El 60 aniversario de la Escuela Nacional de Antropología e Historia", *Memoria, 60 años de la ENAH*, México, Conaculta-INAH, 1999, citado en Cottom, Boly, "Patrimonio cultural nacional: el marco jurídico y conceptual", *Derecho y cultura*, órgano de divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura, A. C., México, núm. 4, 2001, p. 84.

¹⁷ Mairal Buil, Gaspar, *Tiempos de la cultura (Ensayos de antropología histórica)*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, p. 138, disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/88427> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2023).

conocimientos y los creadores de las ECTs sean reconocidas y respetadas, así como otros derechos que son interdependientes.

Se debe reconocer que la existencia de los conocedores sobre una técnica y procesos tradicionales sobre el qué y el cómo se puede crear y/o conservar es trascendental, y, por tanto, estos saberes constituyen un patrimonio, además de que pueden generar otras ECTs de carácter estético, religioso, social y/o utilitario y que también puede resultar en muchos casos, en la solución de problemas y satisfacción de necesidades, por ejemplo, en el ámbito alimenticio, en donde los CTs se encuentran presentes en las formas de hacer para el cultivo, extracción, crianza de animales; en lo estético para el sector textil, que abarca desde el cultivo de la materia prima hasta la obtención de una prenda que resulta atractiva a la vista y de utilidad, además de que conlleva una diversidad de significados conforme a las cosmovisiones de cada pueblo o comunidad originaria.

Lo extraordinario del patrimonio cultural de las comunidades y los pueblos originarios es la diversidad en todo lo que crean, las formas en que se expresan, lo cual antes no era considerado como una riqueza que pudiera representar grandes ganancias económicas, sobre todo para la industria farmacéutica, la cual se ha apropiado de CTs sobre las plantas medicinales, y que se utilizan como base para la generación de medicamentos, esto ha resultado atractivo para los gigantes farmacéuticos. Un ejemplo es el medicamento denominado QG5, que fue creado para combatir problemas de gastritis y la farmacéutica se ahorró años de investigación científica al partir de lo que ya conocían comunidades veracruzanas.¹⁸

Los pueblos originarios, al tener una percepción diferente del cosmos, se han regido por sus propias normas de convivencia, las cuales se encuentran en conflicto con el resto de la sociedad que se rige por un derecho positivo, y que, en el afán de homogeneizar la cultura de los pueblos, donde lo único que “vale” es aquello que reconoce el derecho, se han cometido una gran cantidad de violaciones a los DD HH, tanto en lo individual como en lo colectivo.

Uno de los instrumentos internacionales creado para la protección del patrimonio cultural es la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural,¹⁹ que en el artículo 1o., de forma enunciativa, se encuentra lo que se considera patrimonio cultural, como los monumentos, conjuntos y lugares, cuyo valor sea excepcional y universal desde la

¹⁸ Véase “G5 similares no tiene, su historia es única ¡Conócela!”, disponible en: <https://marcas.genommalab.com/qg5/el-origen-de-qg5> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2023).

¹⁹ Aprobada en Conferencia General de la UNESCO en noviembre de 1972.

historia, ciencia o arte. Se integra una lista de bienes de carácter cultural y natural, pero una cuestión importante es que lo cataloga como un patrimonio mundial.

El adjetivo de “mundial” lleva a cuestionarse sobre la titularidad y la posesión de los patrimonios, ¿A caso las ECTs que tienen su origen en pueblos y comunidades originarias plenamente identificadas deberían ser calificadas o declaradas patrimonio mundial? Si son colectividades las que poseen y/o crean ECTs, sean tangibles o no, lo justo es que se reconociera a quienes aportan esas creaciones y detentan los CTs, y no al mundo en general.

El patrimonio cultural se percibe tangible (muebles e inmuebles) e intangible, así, los pueblos originarios son creadores y poseedores de una diversidad de bienes que lo conforman de naturaleza distinta, ya sean arquitectónicos, arqueológicos, históricos, artísticos o científicos, con valores excepcionales y universales. En el caso del patrimonio intangible,²⁰ éste se entiende como todo aquello que no es visible, pero sí perceptible por otros sentidos, como el oído y el olfato. La *pirekua*, la cocina o la medicina tradicionales, por ejemplo, son ECTs que dan cuenta de los saberes de los pueblos, y constituyen un valioso y único patrimonio cultural que identifican a comunidades o pueblos específicos, así como también encontramos en éstos una memoria colectiva que registra los conocimientos y técnicas de los antepasados, de CTs, como una forma de preservarlos.

Los valores y diversidad culturales se reflejan en el patrimonio cultural colectivo de los pueblos originarios, además se reconoce la relevancia que tienen en la producción, salvaguardia, preservación y recreación de dicha riqueza patrimonial, así lo ha considerado la UNESCO en el preámbulo de la Convención sobre la Salvaguardia de Patrimonio Cultural Inmaterial.²¹ Éstos contribuyen a que exista una diversidad biocultural y promueven la creatividad al poseer y transmitir sus tradiciones y conocimientos; además estos elementos trastocan otros ámbitos de la vida, por ejemplo, la preservación del medio ambiente. No sólo es una cuestión ornamental, cultural, utilitaria, sino de la vida misma, ya que gracias a esos saberes se conservan los recursos naturales y, por ende, ciertas condiciones para la vida.

El patrimonio cultural de los pueblos y comunidades originarias es de carácter colectivo, no se puede atribuir a un individuo, pertenece a la colectividad y, por tanto, en esa libertad de decidir sobre su patrimonio son

²⁰ Véase UNESCO, Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, 2003, disponible en: <https://ich.unesco.org/doc/src/Brochure-indigenous-people-201904-ES.pdf> (fecha de consulta: 10 de marzo de 2023).

²¹ *Idem.*

los únicos que tienen derecho de disponer de éste, conforme a sus sistemas normativos o derecho consuetudinario (conocidos como usos y costumbres) y dialogar con otros saberes para procurar el respeto y garantía del patrimonio; construir mecanismos que resulten eficientes y eficaces en el ejercicio de los DD HH colectivos que les han sido reconocidos.

III. APROPIACIÓN CULTURAL

Uno de los principales problemas respecto al patrimonio cultural es el de la disposición y uso de los CTs y de las ECTs, de los saberes que detentan, de la iconografía, de las formas de hacer, por parte de personas ajenas a los pueblos y comunidades originarias, sin la autorización y reconocimiento de quienes poseen estos elementos, de quienes son creadores en lo colectivo; por eso es relevante referirse a la apropiación cultural, concepto que no es claro, pero que se puede describir como

...el acto por el que un miembro de una cultura relativamente dominante hace uso de una expresión cultural tradicional y la reutiliza en un contexto diferente, sin contar con autorización, hacer mención de su origen ni proporcionar compensación por su utilización, lo cual causa un daño al poseedor o poseedores de la expresión cultural tradicional.²²

Esta concepción aporta otros elementos al referirse a las ECTs, a su reutilización sin contextualizar, a la falta de autorización del uso, a la omisión de mencionar su origen, a la falta de compensación en su uso (lo que conforme al Convenio 169 se denomina reparto justo de beneficios), y al daño al poseedor o poseedores que se causa como consecuencia de usarlas sin tomar en cuenta dichos aspectos.

La apropiación cultural es un fenómeno político, jurídico, social y cultural, producto de la globalización, que ocurre en todas partes del mundo, no solo en México, un ejemplo evidente de ello lo observamos en China, donde se reproducen muchas expresiones culturales que no tienen nada que ver con los saberes tradicionales de ese país, pero que sirven para comercializar, y, por tanto, se puede afirmar que se apropian del patrimonio cultural de los pueblos.

²² Vézina, Brigitte, “Frenar la apropiación cultural en la industria de la moda mediante la propiedad intelectual”, *Revista de la OMPI*, agosto de 2019, disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2019/04/article_0002.html (fecha de consulta: 30 de marzo de 2023).

En el problema de la apropiación cultural, la tecnología ha sido un vehículo que lo acentúa, por ejemplo, la digitalización de las ECTs que, al ponerse a la disposición, a la vista de un mayor número de personas, éstas se internacionalizan, se masifican; el patrimonio cultural entonces se ha vuelto más susceptible de ser apropiado por terceras personas que no tienen nada que ver con la generación de esa diversidad de ECTs, pero que se las apropian para explotarlas comercialmente.

El ámbito textil es un ejemplo donde las industrias de la moda se han apropiado de diseños, iconografías para estamparlas en prendas de vestir, y así obtener jugosas ganancias, y en el mejor de los casos, solo se concretaron a “reconocer” a qué comunidades corresponden los diseños. Un ejemplo de ello es el caso de Pineda Covalin,²³ quienes en sus producciones (indumentaria, accesorios y muebles) antes de la publicación de la LDPyBOyCIRCdMx sólo hicieron referencia la comunidad de donde provenía la iconografía utilizada, pero ¿quién supervisó o verificó que haya habido un reparto justo de beneficios para los pueblos o comunidades generadores y poseedores de las ECTs? ¿A caso estos diseñadores obtuvieron el consentimiento previo, libre e informado de los poseedores? Ya que es evidente que dispusieron de lo que no es suyo, de lo que no son poseedores, y mucho menos generadores, hay una apropiación cultural a todas luces que ha afectado a los pueblos y comunidades poseedoras de esa riqueza cultural, se les ha despojado de su patrimonio que les identifica y, por tanto, se ha atentado contra la dignidad de los seres humanos que los integran.

En este sentido es importante preguntarse ¿Cómo se puede definir lo que es la apropiación indebida? En la LFPPCPyCIyA se encuentra una definición de lo que es este fenómeno, así en el artículo 3o. dispone:

I. Apropiación indebida: es la acción de una persona física o moral nacional o extranjera, por medio de la cual *se apropia* para sí o para un tercero, de uno o más elementos del patrimonio cultural, *sin la autorización* del pueblo o comunidad indígena o afromexicana que deba darlo conforme a lo establecido en esta ley. Asimismo, *cuando exista la autorización correspondiente el autorizado realice actos como propietario* de uno o más elementos del patrimonio cultural *en detrimento de la dignidad e integridad* del pueblo o comunidad indígena o afromexicana a que pertenezca.²⁴

²³ Véase el capítulo tercero de la presente obra, donde se abunda sobre el caso.

²⁴ Art. 3o., Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, disponible en: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=Zjujyqyrt96Vr7eY7TvcwvFUUD5ELBNQpAPc5cG+V1B7IWkR>

De esta definición hay varios aspectos que ameritan ser considerados y analizados: en primer lugar, al escuchar el vocablo “apropiación,” viene a la mente cualquier objeto posible de obtener, poseer o disponer, pero si se suma el vocablo “indebida,” entonces implica que no hay un derecho sobre éste, sino que, al no tener algún derecho sobre la cosa, es que el acto pasa a ser indebido.

En estricto sentido, el vocablo “apropiación” implica que haya un titular del bien, un propietario; la Real Academia Española define que la apropiación es la “acción y efecto de apropiar o apropiarse”;²⁵ apropiar en referencia a una persona es “tomar para sí alguna cosa, *haciéndose dueña de ella*, por lo común *de propia autoridad*”;²⁶ y la apropiación indebida como el “delito que comete quien hace suya una cosa que ha recibido con obligación de devolverla”.²⁷

En este tenor, no es posible aceptar que una persona se adueñe, se haga propietario de un bien sin el consentimiento de quien por derecho lo posee o es titular, porque, en todo caso, la denominación correcta sería propietaria o propietario, pero esto implica que se tiene un dominio pleno sobre el objeto, o bien, si es poseedor, solo podrá ejercer algunos derechos sobre éste.

Habría que preguntarse si para los pueblos originarios el concepto de “propiedad” tiene la misma connotación como se comprende por quienes no contamos con una identidad originaria, y más si se trata del patrimonio cultural que se puede identificar como posesión o creación de determinado pueblo o comunidad originaria, de ahí la objeción que se manifiesta y cuestiona sobre la corrección de esta terminología para referirse a una disposición amplia o no de los elementos patrimoniales de una cultura específica.

Hay una evidente ambigüedad y vaguedad en la definición, lo cual permite ver un campo de oportunidad para replantear y construir a favor de los sujetos a quienes les afecta dicha acción, ya que lo que se integra en la ley referida tiene que ver con propiedad, el ejercicio de actos de propietario respecto al patrimonio cultural sin autorización y en detrimento de la dignidad e integridad de un pueblo o comunidad originaria o afromexicana. La discusión se centra entonces en el significado de los vocablos “propiedad” y “posesión”, y cuál de estos es correcto aplicar y usar para referirse a la disposición y uso sin derecho de las ECTs.

QDivW4Vpl6dI1HA4 (fecha de consulta: 10 de enero de 2023). Las cursivas son propias para añadir énfasis.

²⁵ RAE, voz “apropiación”, *Diccionario de la Lengua Española*, cit.

²⁶ RAE, voz “apropiar”, *Diccionario de la Lengua Española*, cit. Las cursivas son propias para añadir énfasis.

²⁷ RAE, voz “apropiación indebida”, *Diccionario de la Lengua Española*, cit.

En este sentido, es pertinente preguntarse si las ECTs son objeto de propiedad, lo que significaría un amplio dominio al respecto, o si lo correcto es hablar de posesión, esto se coloca a la luz porque una gran diversidad de ECTs tienen su origen en pueblos y comunidades originarias, y, por tanto, en CTs, donde no se puede identificar un sujeto en lo individual como el creador o generador de dichos conocimientos que dan lugar a otras ECTs, por ejemplo, en el ámbito textil se utilizan técnicas que van desde la generación de la materia prima, como la grana cochinilla, que da color a los hilos una vez que se procesa y que termina en una hermosa prenda de vestir; familias de estos pueblos y comunidades poseen los saberes sobre las formas de hacer; sin embargo, no son dueños de los saberes, ya que estos son resultado de la tradición, entonces la colectividad no es dueña como se conoce desde el positivismo jurídico.

El término “propiedad” implica que se pueda identificar un propietario; en el caso de las ECTs, ¿quién o quiénes serían los propietarios? ¿Es posible identificar quiénes pueden tener la titularidad de los derechos sobre la disposición de los saberes y de las obras que se generan como consecuencia de aplicar éstos? En materia de propiedad, los actos de dominio, en sentido amplio, los ejerce quien tiene el derecho de disponer, de usar y de explotar. Si se alude a las personas creadoras en lo individual, por supuesto que es factible, pero no así de los derechos que corresponden a una colectividad, como es el caso de la posesión de los CTs, de la iconografía, por ejemplo, que representa una identidad; esto va más allá de la propiedad. Si se hace referencia a las obras que se generan como consecuencia de haber aplicado los saberes, entonces es factible de comercializar, pero no implica que se transmita la propiedad sobre el uso y disposición de los saberes, de la iconografía integrada.

La propuesta que se plantea es que la apropiación en el caso del patrimonio cultural de comunidades y pueblos originarios así debe ser denominada simplemente, sin el vocablo “indebida”, y que consiste en realizar actos de disposición, uso, y/o explotación sin derecho sobre las ECTs de los pueblos y comunidades originarias, de lo contrario, se podría pensar que si es viable que terceras personas se puedan apropiar debidamente.

Con los componentes referidos, se propone una definición que puede ayudar a reflexionar sobre lo que se tiene normativamente y aterrizarlo en la práctica, en la defensa de los derechos que adyacen, como se expone en el capítulo tercero, a la protección del patrimonio cultural; propuesta que suma a la del vocablo “apropiación” y que es la siguiente: la apropiación cultural es la acción o conjunto de acciones respecto a la disposición, uso, y/o explotación sin derecho sobre expresiones culturales de los pueblos y comu-

nidades originarias, lo cual incluye la falta de reconocimiento del origen de éstas, de compensación en el uso, así como el daño que se pueda causar en cualquiera de sus modalidades.

La apropiación cultural es un problema que afecta a los poseedores y al patrimonio mismo, generalmente es realizada por quien o quienes detentan el poder económico, y que reproduce sistemáticamente relaciones de poder, de desigualdad, de pobreza y de marginación. Se observa cómo empresas transnacionales disponen del patrimonio cultural de tal manera que ratifican el poder que ejercen sobre quienes son vulnerables por las circunstancias y el contexto en el que se encuentran los pueblos y comunidades originarias.

Así, en una obra artesanal, resultado de los CTs, se observa un diseño, iconografía, pero también se visualiza a través de la obra representada una colectividad, y no a un sujeto en lo individual, no a la persona artesana quien la concretó. El mercado desafortunadamente responde a las lógicas del neoliberalismo, y, por ello, el patrimonio cultural se ve como una mercancía simplemente, ni siquiera se ve a la persona artesana, sino a la riqueza económica que ello representa, sobre todo a la industria de la moda.

El simbolismo, lo identitario que implica el patrimonio cultural, no se visualiza, no importa la razón de ser, la cosmovisión de los pueblos y comunidades originarias se considera exótico, folclórico (ambos términos que resultan peyorativos y en desuso), pero nada más, esto no significa que no pueda existir un intercambio cultural, por supuesto que lo hay, pero debe ser a través del diálogo, del consentimiento, de quienes son poseedores de los saberes, de aquí la importancia de poder identificar quiénes son los actores de los procesos en cada contexto, y así tener claro que no es lo mismo la apropiación cultural (conlleva al saqueo, al despojo, al robo) que la asimilación cultural y la eliminación cultural; acciones que se diferencian por el contexto en el que se da el intercambio de estas expresiones y por la manera en cómo interactúan los actores: quienes usan o disponen y los sujetos creadores.

El intercambio de expresiones culturales es otro proceso donde no hay apropiación cultural, por ejemplo, compartir con otras culturas por parte de las personas que integran los pueblos y comunidades originarias, como tampoco es que portemos alguna indumentaria “indígena”, o un diseño textil tradicional, ya que en este caso sólo se hace uso de la prenda.

En este orden de ideas, es válido cuestionar si la venta de las obras que resultan de la aplicación de los CTs es apropiación cultural. En principio no se dispone de los saberes o de las ECTs, en virtud de que los pueblos originarios se pueden organizar y encargar a terceros que los pongan a la venta.

Caso contrario sería que terceras personas dispusieran, usaran o explotaran esos saberes o las expresiones culturales que deriven de éstos sin consentimiento y/u omitan el reconocimiento de los actores creadores en otras creaciones que en lo individual realicen.

Así, al referirse a la apropiación cultural implica una disposición, uso y/o explotación de ECTs de los pueblos o comunidades originarias sin derecho a ello. En la LFPPCPyCIyA se encuentra una definición de apropiación indebida, pero ello da lugar a inferir que sí es posible una “apropiación debida”,²⁸ por ello la insistencia en que este concepto se debe modificar por el que se ha propuesto en párrafos anteriores, es decir, al usar esta denominación cabe la posibilidad de que jurídicamente alguien más se pueda ostentar como propietario de las ECTs al realizar actos plenos de dominio conforme al término de propiedad que en derecho se conoce. La apropiación cultural se ha reconocido normativamente y para evitar que prolifere, se ha creado un nuevo paradigma, el cual se expone a continuación.

IV. ¿QUÉ ES LO NUEVO DEL PARADIGMA MEXICANO?

Parte del objetivo central del presente se concentra en este apartado y tiene que ver con la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (LFPPCPyCIyA), de la que se abundará como un nuevo paradigma, a través del cual se pretende proteger el patrimonio cultural de estos pueblos y comunidades que constituyen el sustento de nuestra nación y permite contar con una composición pluricultural.

El objeto principal que se encuentra en la ley en comento es “reconocer y garantizar la protección, salvaguardia y el desarrollo del patrimonio cultural y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas (sic) y afromexicanas”.²⁹ De entrada, además de reconocer que hay un patrimonio cultural y PI de los pueblos y comunidades originarias y afromexicanas, se debe garantizar la protección de éste, sino también su salvaguardia y desarrollo. Estos ideales abonan a la justicia tan anhelada por parte de los sujetos a quienes se dirige la normativa.

²⁸ La referida Ley en su artículo 3o. integra lo que se debe entender como “apropiación indebida”, de la cual se destaca que no hay autorización sobre uno o más elementos del patrimonio cultural del pueblo o comunidad indígena o afromexicana, y se realicen actos como propietario. En el artículo 74 se señala como delito la conducta de quien se ostente como propietario, autor, creador o descubridor de alguno de los elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.

²⁹ LFPPCPyCIyA, art. 1o.

Por otra parte, se mencionan los diversos fines de la LFPPCPyCIyA, esencialmente son de reconocimiento, garantía y promoción, a fin de que se proteja el patrimonio cultural “de los pueblos y comunidades indígenas (sic) y afroamericanas”, de los CTs, de las ECTs y de la PI colectiva relativa a dicho patrimonio.³⁰

Esta ley no proporciona una definición de lo que se debe entender por CTs y ECTs, pero con base en lo expuesto hasta el momento en esta obra, se entiende que los primeros tienen que ver con todo conocimiento derivado de los pueblos originarios que se ha transmitido verbalmente por generaciones y que es aplicado en aras del bienestar y/o tradición de la comunidad, independientemente del uso, ya sea medicinal, mejoramiento en los cultivos o producción de recursos naturales y/o elaboración de bienes ornamentales, principalmente, por lo que destacan dos elementos esenciales: el vínculo con la comunidad y las tradiciones.

Respecto a las ECTs, al inicio del segundo apartado de este capítulo se refirió que son todas aquellas que resultan de la creatividad de los pueblos y comunidades originarias en que se han aplicado los CTs, con independencia de su fin.

Por otra parte, en esta ley sí se encuentra lo que se debe entender por patrimonio cultural:

...conjunto de *bienes materiales e inmateriales* que comprenden las lenguas, conocimientos, objetos y todos los elementos que constituyan las culturas y los *territorios* de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, que *les dan sentido de comunidad con una identidad propia* y que *son percibidos por otros como característicos*, a los que tienen el pleno derecho de *propiedad*, acceso, participación, práctica y disfrute de manera activa y creativa.³¹

Esta noción fortalece la concepción del patrimonio cultural propuesta por la UNESCO con los elementos siguientes: territorios de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas; los que constituyan la culturas de éstos y que les den sentido de comunidad con identidad propia. Se reconoce normativamente el derecho de propiedad en sentido pleno de estos pueblos y comunidades.

También se reconoce a la PI colectiva, lo que no era reconocido formalmente sobre un patrimonio que se ha construido desde lo comunitario, con características diversas, distintivas y únicas en comparación a la PI de

³⁰ *Ibidem*, art. 2o.

³¹ *Ibidem*, art. 3o., fracción XII. Las cursivas son propias para añadir énfasis.

colectivos, como las asociaciones o sociedades civiles o mercantiles. Esto es un avance en cuanto al reconocimiento y la protección de los derechos.

Además del objetivo de proteger, también se encuentra la finalidad de promover el respeto y desarrollo del patrimonio cultural. Se destaca la interdependencia de éstos (proteger y promover), ya que, si se protege se promueve el respeto y desarrollo de dicho patrimonio; al contar con una garantía de proteger, entonces el promover no sería un problema que exponga a las ECTs como objeto de apropiación. Así, la LFPPCPyCIyA establece como otro de sus fines, “establecer disposiciones para que, en el ejercicio de la libre determinación y autonomía, los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas definan, preserven, protejan, controlen y desarrollen los elementos de su patrimonio cultural, sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales”.³²

Esto se destaca en relación con la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades originarias para proteger, controlar y preservar su patrimonio cultural, lo que se traduce en que son éstos a los que les corresponde el derecho de decidir cómo y cuáles vías deberán construir para que estos fines se cumplan, pero como se observará, la LFPPCPyCIyA establece mecanismos que contravienen lo que supuestamente esta ley tiene como uno de los fines de “establecer disposiciones” para que sean posibles los derechos de la libre determinación y autonomía en aras de proteger otros, como se precisa en el capítulo tercero.

Una de las nuevas instituciones que se establece como disposición para proteger a las ECTs es el contrato de autorización que se traduce en un “acuerdo de voluntades que celebran el pueblo o la comunidad indígena o afromexicana propietaria del patrimonio cultural a que se refiere esta Ley y un tercero, mediante una autorización expresa para su uso, aprovechamiento o comercialización, mediante una distribución justa y equitativa de beneficios”.³³ Se considera plausible que ya exista la posibilidad de autorizar jurídicamente el uso y la explotación de las ECTs por parte de los pueblos y comunidades originarias (autorizantes), lo que implicaría que haya el consentimiento colectivo por parte de los poseedores de éstas.

Dicho otorgamiento de voluntad debe ser conforme a los estándares internacionales, es decir, que haya una consulta previa, libre, informada, culturalmente adecuada, a fin de que, quien desee usar y/o explotar las ECTs, lo haga conforme a lo acordado con los poseedores, y respetar el derecho al reparto justo de beneficios, como sucede en el caso de la PI, donde al haber

³² *Ibidem*, art. 2o., fracción III.

³³ *Ibidem*, art. 3o., fracción V.

una explotación sobre la obra creada, corresponde una remuneración, un pago, una ganancia económica, es decir, quien haga un uso de las ECTs para su beneficio económico, lo realice en acuerdo con los poseedores, de tal forma que se determinen cuáles serán esos beneficios que se deberán recibir y que no necesariamente podrían ser de carácter económico.

Se abre la posibilidad de proteger, al menos territorialmente a los sujetos creadores y las ECTs, pero es de cuestionarse sobre la forma en que debe constar el consentimiento, ya que la LFPPCPyCIyA dispone que debe ser mediante contrato de autorización,³⁴ esto coloca a los pueblos y comunidades originarias en una situación de vulnerabilidad nuevamente, ya que no se consideran sus sistemas normativos y se les obliga a someterse a los procesos burocráticos de registro y prueba, a fin de que haya validez en los acuerdos entre los poseedores y quien o quienes quieran disponer de las ECTs, cuya finalidad de esas terceras personas es comercial, eminentemente.

Los artículos 9o. y 26 de la LFPPCPyCIyA dan cuenta de la formalidad que debe reunir todo contrato de autorización, a fin de que no sea afectado de nulidad de pleno derecho, así como del contenido que debe tener. También son causales de este tipo de nulidad cualquier contrato o convenio con terceros que implique el uso, aprovechamiento o comercialización del patrimonio cultural colectivo que suscriba un integrante de un pueblo o comunidad originaria a título personal,³⁵ así como en caso de que se transmita de forma definitiva alguna de las modalidades de explotación.³⁶

En caso de existir diferencias en cuanto a las autorizaciones a terceros entre dos o más comunidades originarias que gocen de la “propiedad” de un mismo elemento de su patrimonio cultural, el Instituto Nacional de Pueblos Indígenas (INPI) convocará a la conciliación o fungirá como mediador; se señala que, de acuerdo con las normas, procedimientos y prácticas tradicionales, de no llegar a una solución se podrá recurrir a los tribunales. En tanto no haya una solución, no podrá haber uso o aprovechamiento del elemento cultural respectivo.³⁷

Otra forma en que se podrán resolver controversias entre las comunidades indígenas (sic) y afroamericanas sobre la “propiedad” de los elementos

³⁴ El artículo 3o., fracción V, de la citada ley define lo que es el contrato de autorización en los términos siguientes: “acuerdo de voluntades que celebran el pueblo o la comunidad indígena o afroamericana propietaria del patrimonio cultural a que se refiere esta Ley y un tercero, mediante una autorización expresa para su uso, aprovechamiento o comercialización, mediante una distribución justa y equitativa de beneficios”.

³⁵ LFPPCPyCIyA, art. 8o.

³⁶ *Ibidem*, art. 25.

³⁷ *Ibidem*, art. 29.

del patrimonio cultural, estipula que la autoridad ordenará el peritaje correspondiente o cualquier estudio que se necesite a instituciones y personas especializadas en la materia de que se trate, conforme lo establezca el reglamento de la Ley.³⁸ Cuando se refiere a la autoridad que puede ordenar un peritaje ¿a cuál se refiere? Inferimos que al INPI, lo que se desprende del artículo 30 de la LFPPCPyCIyA, el cual tiene que ver con las diferencias que pueden surgir si más de una comunidad o pueblo se arrogan el derecho de uso, aprovechamiento y comercialización del patrimonio cultural. Como se observa, necesariamente deben intervenir autoridades como el INPI, Indautor o la Fiscalía General de la República, todo dependerá del tipo de conflicto, así como de la vía que se elija: mediación, queja o denuncia.³⁹

Si bien es cierto que en el artículo 6o. de la ley referida se reconoce que se debe respetar “el derecho de libre determinación y autonomía, así como las formas de gobierno, instituciones, sistemas normativos, procedimientos y formas de solución de controversias de los pueblos y comunidades indígenas (sic) y afromexicanas”,⁴⁰ y que el orden de prelación para solucionar los conflictos serán los sistemas normativos de los pueblos y comunidades originarias o afromexicanas, se encuentra contradicción con lo que se establece en el artículo 97 sobre las formas de solución de controversia que en el párrafo anterior se señalaron, ya que éstas se tienen que apegar a los procedimientos respectivos contemplados en la normativa.

En este sentido, debido a la interdependencia de los DD HH, se tendría que haber consultado a los pueblos y comunidades involucradas en la legislación, a fin de determinar la forma en cómo, cada comunidad o pueblo legítimarían que terceros usaran las ECTs de las que son creadoras, así como determinar de qué manera se podrían solucionar las controversias, lo cual no podría ser contrario a éstos.

Por otro lado, se puede presentar el supuesto de incumplimiento de contrato por parte de los terceros autorizados para la explotación de las ECTs, entonces, la LFPPCPyCIyA dispone que se pueden presentar dos tipos de acciones: revocación o cancelación. El primer supuesto será a través de la representación que suscribió la autorización o por acuerdo del pueblo o comunidad que corresponda, conforme a los sistemas normativos respectivos, por no haberse cumplido el contenido en el contrato. En el segundo caso tendrá que ser conforme al Código de Comercio, pero si en el proceso

³⁸ *Ibidem*, art. 30.

³⁹ *Ibidem*, art. 57.

⁴⁰ *Ibidem*, art. 6o.

se llega a una solución conforme al sistema normativo respectivo, entonces ésta prevalecerá.⁴¹

Es relevante considerar que en la normativa se evidencia la voluntad de respetar los sistemas normativos frente al incumplimiento por parte de terceros en la contratación para la explotación del patrimonio cultural. El pueblo o comunidad pueden revocar el contrato, sin necesidad de acudir a las autoridades administrativas para dar por terminado un acuerdo de voluntades, pero para efecto de prueba, formalmente, se deberá comunicar ante el Indautor la determinación de dar por terminado un acuerdo o convenio por incumplimiento.

Por otra parte, en relación con el derecho de la propiedad colectiva,⁴² se insiste en volver a la discusión respecto a qué es lo más conveniente para los pueblos y comunidades originarias, en virtud del significado de propiedad, ya que este vocablo se relaciona con la terminología de copropietarios. Pareciera una cuestión insignificante, pero no es así, porque obliga a enfocarse a la propiedad del patrimonio, ya que, quien ostenta la calidad de propietario tiene la disposición, los derechos de uso, disfrute y explotación en el sentido amplio sobre el bien o bienes, entonces al reconocer un patrimonio se tendría que reconocer al propietario o propietarios de éste o éstos, y no a la humanidad como en la práctica ha sucedido en las declaraciones de patrimonio cultural de la humanidad que se han realizado, lo cual es tema de otras líneas, porque hay que analizar cuáles son las implicaciones. Esto demuestra la importancia de lo que se debe comprender como patrimonio en términos de las comunidades y pueblos originarios.

Otro de los tópicos que encontramos en la LFPPCPyCIyA tiene que ver con el reparto justo y equitativo de beneficios que se encuentra en instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que reconocen el derecho de beneficiar a las comunidades y pueblos indígenas (sic), ya sea que se lleven a cabo programas de prospección o de explotación de recursos en sus tierras, o que se utilicen los conocimientos, innovaciones o prácticas de las comunidades indígenas (sic) o locales, respectivamente.⁴³ Se tiene que garantizar como derecho humano, un beneficio justo y equitativo a las comunidades y los pueblos originarios; el reto es cómo se ejerce en cada autorización el uso de las ECTs.

Así, la nueva ley es un paradigma que refleja la voluntad política y jurídica de avanzar en la protección del patrimonio cultural de los pueblos

⁴¹ *Ibidem*, arts. 31 y 32.

⁴² *Ibidem*, art. 3o., fracción VII.

⁴³ *Cfr.* Convenio 169 de la OIT, art. 15, y Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 8o.

y comunidades originarias, pero al tener un origen que está viciado de legalidad social y jurídica, como ya se precisó, se sigue violentando la libre determinación y autonomía, porque, aunque se establezca que debe haber autorización de las comunidades y los pueblos originarios para que terceros puedan usar, aprovechar y comercializar las ECTs, la forma no es acorde a los sistemas normativos de dichas comunidades.

Además, la ley referida a la fecha no cuenta con el reglamento respectivo, a pesar de que ya se cumplió en demasía el término para su expedición, tiene muchos vacíos para una correcta implementación, lo que incide en el cómo garantizar efectivamente los DD HH de las personas poseedoras de las ECTs frente a quienes incurran en violaciones a ésta.

En este tenor, respecto a la reivindicación de derechos ¿cómo puede ser esto posible? Quienes los han usado están obligados a dejar de llevar a cabo todo acto que implique el uso, aprovechamiento y comercialización; y si se ve más allá ¿cómo indemnizar a las comunidades y pueblos originarios que han sido afectados por la explotación de su patrimonio cultural? Revindicar derechos es un gran reto que no queda claro en la ley.

En el referido caso Pineda Covalin, aunque “reconocieron” en sus diseños de dónde proviene la iconografía que impregna, ante el nuevo paradigma, cómo garantizar que, en efecto, conforme a la LFPPCPyCIyA se reivindique el derecho a un reparto justo de beneficios hacia quienes han generado la riqueza de conocimientos relativa a la iconografía; diseños de los que han dispuesto en diversos bienes que han vendido y de los que han obtenido ganancias económicas. Esto, conforme al derecho internacional, se debió garantizar; sin embargo, existen las violaciones a los derechos colectivos de los pueblos y comunidades originarias, ya que se usó y disfrutó de sus diseños y lo que queda entonces es la vía judicial, porque voluntad de estos diseñadores no se evidencia de ninguna forma para reivindicar derechos, como es el reparto justo de beneficios.

Por otro lado, se creó el Sistema Nacional de Protección (Sistema), el cual se conforma en su mayoría por instituciones del Estado y la representación de los pueblos y comunidades, de conformidad con lo que establezca su estatuto.⁴⁴ De entrada, se observa que la mayor participación es de organismos del Estado, pues al referir a los pueblos y comunidades, alude a la representación de éstos.⁴⁵

⁴⁴ Estatuto que no se ha creado a la fecha.

⁴⁵ Antes de la publicación del Catálogo Nacional de Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de agosto de 2024, podríamos haber pensado que solamente la representación de las 68 lenguas identificadas conforme el

El Sistema se integra como mecanismo de coordinación interinstitucional del gobierno federal, conjuntamente con los pueblos y comunidades originarias y afro mexicanas, cuyo propósito es dar cumplimiento al objeto y fines de la LFPPCPyCIyA, con respeto a su libre determinación y autonomía, lo que implica una serie de facultades que, en teoría, deben garantizar la protección anhelada sobre las ECTs, los detentores de los CTs y de sujetos creadores, así como el respeto, promoción y la restitución de los derechos, y reparar el daño ante su vulneración.⁴⁶ Si apenas se logró integrar un catálogo⁴⁷ que registra los pueblos y comunidades originarias y afro mexicanas, ¿cómo ha estado funcionando el Sistema a la fecha?

Otros elementos que se integran a este modelo de protección son de carácter penal, ya que se encuentran regulados nuevos tipos penales, como el delito de uso, aprovechamiento indebido de patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas (sic) y afro mexicanas, con sus modalidades de reproducción, distribución y difusión que se describen, y el delito de apropiación indebida.⁴⁸

En este sentido, la tipificación de una conducta que no debería ser considerada como delito, fue parte de la base en que se fundó la acción de inconstitucionalidad 33/2022, presentada por la CNDH ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de febrero de 2022, promovida en contra de la LFPPCPyCIyA en su integridad y, en particular, de su artículo 73, fracción III, ya que se alega el principio de mínima intervención en materia penal (*última ratio*). “En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.⁴⁹

El tipo penal que se alega de inconstitucional es relativo a la conducta que “difunda por cualquier medio, manifestaciones del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas (sic) y afro mexicanas declaradas in-

INEGI lo publicó en las Estadísticas a propósito del día internacional de los pueblos indígenas (*comunicado de prensa* núm. 430/22, 8 de agosto de 2022, disponible en: <https://shorturl.at/Dibb4>, [fecha de consulta: 10 de junio de 2024]), serían representados, pero ya podemos tener una idea precisa de cuántos tendrían que participar, que, conforme a Catálogo referido serían 71 los pueblos identificados.

⁴⁶ LFPPCPyCIyA, art. 34.

⁴⁷ Catálogo Nacional de Pueblos y Comunidades Indígenas y Afro mexicanas, *cit.*

⁴⁸ LFPPCPyCIyA, arts. 73 y 74.

⁴⁹ CNDH, *op. cit.*, p. 49.

accesibles al uso, aprovechamiento, comercialización o industrialización”.⁵⁰ La CNDH alega en la acción de inconstitucionalidad que no debería ser sancionada por el derecho penal, ya que inhibe la promoción del conocimiento de manifestaciones culturales de los pueblos y comunidades originarias y afromexicanas, un aspecto que no es objeto de este estudio y que amerita un desarrollo aparte como es el derecho y acceso a la cultura; sin embargo, las conductas sobre el uso, aprovechamiento, comercialización e industrialización sin la autorización de las ECTs y/o de los CTs, sí son aspectos que se exponen en el presente, y se considera que deben tener una consecuencia, que no necesariamente debe ser penal, pero sí de carácter económico o la que reditúe una indemnización o beneficio a las comunidades o pueblos originarios poseedores de los CTs y/o de los sujetos creadores.

Esto da cuenta de la relevancia de garantizar la consulta previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe a los pueblos y comunidades originarias y afromexicanas durante el proceso previo a la emisión de cualquier disposición que se pretenda crear y que tenga que ver con los derechos de éstos, a fin de que, con su participación se creen los mecanismos que consideren les pueda favorecer y garantizar sus derechos.

En este orden de ideas, en principio es posible hacer una defensa del patrimonio cultural colectivo a través de este mecanismo que se ha creado como una garantía de protección. El punto es que haya una correcta coordinación, que cada organismo involucrado realice la labor que le corresponda y ejerza las facultades en pro de los DD HH colectivos de los pueblos y comunidades originarias. Sobre la eficacia del nuevo paradigma habrá que escuchar las experiencias de quienes ya han ejercido los derechos reconocidos en la LFPPCPyCIyA.

V. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL NUEVO PARADIGMA

Algunas ventajas que se observan en el nuevo paradigma tienen que ver con la posibilidad de negociar por parte de los pueblos y comunidades originarias lo que más les convenga para que terceros puedan usar, aprovechar o comercializar las ECTs y/o los CTs; sin embargo, tienen que cumplir con las formalidades que se requieran para la integración de los contratos, además de requerir de un conocedor del derecho, de una persona abogada que los acompañe con asesoría y defensa, o bien que las autoridades se obliguen a brindar asesoría o acompañamiento gratuito en materia jurídica.

⁵⁰ LFPPCPyCIyA, art. 73.

Otro aspecto que pueden aprovechar los sujetos creadores es que se respeten sus lenguas y, de ser el caso, los contratos deberían, si así lo determinan los pueblos, estar escritos en su lengua materna u originaria. Se pueden acordar los beneficios que cada pueblo o comunidad originaria considere pertinente, viable y conveniente para ellos.

La autorización para explotar el patrimonio cultural requiere de la organización de parte de los pueblos y comunidades originarias, ya que toda medida que les afecte debe ser conocida por ellos y decidir si se otorga el consentimiento o no, y en qué condiciones, si fuera el caso. Esto es una ventaja, ya que los detentores de las ECTs pueden ejercer el derecho colectivo a la consulta.

Por otra parte, se reconoce también la revocación como una forma de solucionar controversias ante el incumplimiento por parte de terceros respecto a los acuerdos o convenios celebrados, por lo que, el pueblo o comunidad podrán revocar sin mayor trámite.

Además de esta forma de resolver una situación en específico como es el incumplimiento, se podrá recurrir a la mediación, queja o denuncia, ya sea ante el INPI, Indautor o la Fiscalía General de la República, respectivamente. Estas otras formas, en particular la mediación y la queja, cabe cuestionarse sobre la pertinencia de que se resuelvan los conflictos a través del Indautor, cuya naturaleza no corresponde a los sistemas normativos de los “propietarios” del patrimonio cultural respectivo, así como tampoco es especialista en esta materia.

Con relación a la creación del Registro Nacional del Patrimonio Cultural de Comunidades Indígenas y Afromexicanas, puede ser una ventaja para los detentores de la ECTs, a fin de que se conozca por terceras personas qué pueblo o comunidades originarias son los titulares de los derechos de explotación de determinado patrimonio cultural, de tal forma que, si alguien se interesa en usar, aprovechar o comercializar con éste, se tenga plenamente identificado a quiénes acudir. Esto propicia la certeza y seguridad jurídicas, es decir, la identificación de los titulares de las diversas ECTs.

Un reto en este sentido es construir criterios a partir de los cuales se realice el registro, y ver qué medida coincide o no con el Registro de Bienes Culturales del Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) y el Inventario de Patrimonio Cultural Inmaterial de la Secretaría de Cultura, a efecto de garantizar su efectividad.

Cabe destacar que, a pesar de la complejidad de los diferentes sistemas de protección por medio de los cuales se ha pretendido proteger el patrimonio cultural de los pueblos y comunidades originarias, México ha creado un nuevo modelo, lo cual suma a los esfuerzos que desde lo internacional ha permeado.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El patrimonio cultural se constituye por todas las expresiones en cualquiera de las formas que los pueblos y las comunidades originarias así lo determinen, que en el presente específicamente se trató de las tradicionales, en cómo se crean y recrean, y las artesanías son solo una forma en que se manifiesta la creatividad, ya que el patrimonio se identifica también en lo inmaterial.

Además, se destaca el reconocimiento sobre la existencia de otros tipos de artesanías que no son creadas por los pueblos y comunidades originarias, pero que también ameritan de una protección viable y pertinente.

El diálogo de saberes entre los diferentes saberes es elemental, a fin de compartir las experiencias, los conocimientos y contar con mayores elementos para que comunidades y pueblos originarios definan lo que quieren y cómo lo quieren, todo en el marco del respeto a los DD HH y en esto se encuentra la construcción de las formas de protección de las formas de hacer, de su iconografía y, en general, de todo aquello que sea susceptible de ser comercializado o de lo que se pueda usar con el previo consentimiento de quienes son poseedores.

La LFPPCPyCIyA está viciada de origen en su creación al no haber sido consultada previamente a la creación de este instrumento. No contamos con normativa general ni federal que regule el derecho a la consulta, pero sí la hay en el ámbito internacional que ha sentado estándares y que el Estado mexicano tiene la obligación de garantizar conforme a éstos.

La acción de inconstitucionalidad en curso en contra de la creación de LFPPCPyCIyA es un tópico que, de confirmarse por nuestro tribunal supremo, daría la oportunidad para replantear el proyecto normativo, a fin de poder realizar verdaderamente una consulta previa, libre, de buena fe y culturalmente adecuada, o bien, que sean los propios poseedores y creadores quienes decidan de qué forma y cómo se podrían respetar sus derechos colectivos como creadores, de tal manera que sean garantizados, no solo reconocidos, así como el derecho a una remuneración económica o beneficios que así consideren pertinentes por el uso de lo que por tradición les pertenece y que mucho está en sus formas de hacer, que se materializan o no, pero que sí son perceptibles a nuestros sentidos, por ejemplo, la música que terceros pueden usar para beneficio comercial, como puede ser un local comercial donde se venda comida mexicana pero que se identifique por el tipo de música, o bien en un spa, etcétera.

Si la LFPPCPyCIyA sigue vigente, se tendrían que hacer algunas modificaciones, porque si bien contiene diversos ideales, presenta inconsistencias,

entre ellas se encuentra uno de sus objetivos que es reivindicar derechos, la pregunta es ¿cómo y qué hacer en los casos en que terceros han dispuesto de lo que no han tenido derecho? En estos casos no ha habido sanción alguna porque no han cometido si quiera una infracción administrativa al incorporar el reconocimiento de la autoría de la iconografía de donde ha sido tomada, pero que a comunidades y pueblos originarios no se les ha pedido consentimiento alguno para que sea explotada comercialmente y, por ende, tampoco han recibido beneficio de ningún tipo. Ante actos de apropiación, a partir de la vigencia de la LFPPCPyCIyA estos terceros están obligados a parar de hacer un uso indebido, pues de lo contrario podrían ser sujetos de responsabilidad penal.

En relación con el nuevo paradigma, se destaca el objetivo principal de la Ley: restitución y protección de las expresiones culturales de los pueblos y comunidades originarias y afromexicanas, un ideal por el que se ha luchado, pero difícil poder lograrlo, ya que se encuentran varios obstáculos dentro del cuerpo normativo que choca con los sistemas normativos de comunidades y pueblos originarios, de inicio no se respetó en su creación la libre determinación y autonomía.

La Ley regula el uso y aprovechamiento de los CTs y ECTs a través del reconocimiento y de bases generales para que los titulares celebren contratos o convenios a cambio de retribución económica, es decir, reparto justo de beneficios; sin embargo, se les somete a seguir procedimientos con las formalidades establecidas en la ley para su existencia y validez.

Las comunidades son las que tienen la personalidad jurídica para que se pueda iniciar toda acción en el marco de la LFPPCPyCIyA a través de sus autoridades representativas, y para que esto sea viable es importante que éstas cuenten con los conocimientos técnicos-jurídicos para la defensa de su patrimonio cultural, o bien, tendrán que contratar abogados para que puedan apoyarles en la realización de contratos de autorización o para los conflictos que surjan por no respetar sus derechos colectivos.

Se destacan algunos tópicos que son elementales y novedosos en su regulación, por lo que se debería reconsiderar el concepto de “apropiación indebida” por las razones expuestas, esencialmente porque da lugar a pensar en que sí es posible una apropiación debida o legítima. En este tenor, se propone que el término correcto para hablar de titularidad de derechos colectivos relativos a las expresiones culturales sea el de “posesión” en lugar de “propiedad”, ya que el este último implica una disposición total, una transferencia del bien a otra persona y, por tanto, quien sea el propietario original, al transmitir la propiedad dejaría de serlo, lo cual no es factible tratándose del patrimonio cultural de comunidades y pueblos originarios.

La forma que se integró en la LFPPCPyCIyA respecto a cómo legitimar el uso del patrimonio cultural somete a comunidades y pueblos originarios al derecho positivo, y deja en segundo plano los sistemas normativos, aunque en papel se diga lo contrario, pues al hablar de “contratos”, “autorizante” y/o “autorizado”, se tienen que atender necesariamente ciertas formalidades procedimentales, así como sucede en el caso de la solución de controversias, ya que se especifica que podrán ser tres las vías: mediación, queja o denuncia.

La comercialización de las artesanías con base a la LFPPCPyCIyA no debiera tener obstáculos para que terceros lo puedan hacer; sin embargo, esto se puede lograr a través de la legalidad social y jurídica, es decir, que se haga efectivo el derecho a la consulta, a fin de obtener el consentimiento de los involucrados para el uso y disfrute de las ECTs que se acuerden.

Por lo anterior se propone una forma en que se podría garantizar la protección de las ECTs, como las artesanías, que consiste en la creación de la figura de la especialidad tradicional garantizada (ETG), figura jurídica que no se desarrolla en el presente, pero que se podría iniciar a dialogar respecto a los elementos que se encontrarían protegidos, no solo la creación final, sino los métodos o formas de hacer, es decir, los CTs; además de cómo se podría regular con la participación de quienes los detentan y de los creadores de ECTs asociados a estos, así la calidad de lo creado también se garantizaría, en virtud de que se tendría la certeza de que en el proceso de creación se utilizó la materia prima de determinado lugar de origen, lo cual incide en la calidad del bien; autorización o certificación que estaría en manos de los propios detentores de los saberes como pueblo o comunidad originaria. Esta hipótesis se deja abierta para un análisis siguiente, que es parte de la finalidad de la obra, generar nuevas discusiones.

Así, la ETG es una propuesta que se presenta similar a una marca de certificación, pero donde los detentores de los saberes sean quienes se organicen para designar a quienes conformarán el grupo de personas designadas por las mismas autoridades de los pueblos y comunidades originarias para que certifiquen que la ECT o la artesanía está elaborada conforme a los CTs y otros elementos que consideren relevantes, como podrían ser la materia prima, por lo que se garantizaría la originalidad de las obras, lo cual constituiría una especialidad por la calidad que se certifica por los propios poseedores de los saberes, elaborados con base en las técnicas y conocimientos específicos que tienen sustento en la tradición, a diferencia de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas referidas.

Por último, la creación de nuevos tipos penales en la LFPPCPyCIyA quizá no es lo más conveniente para regular el combate del uso sin auto-

rización de las ECTs, porque se podrían haber integrado otro tipo de sanciones (económicas, como las multas, o de carácter fiscal) que garanticen los derechos colectivos de los pueblos y comunidades originarias, que se protejan a los sujetos detentores de los CTs y de sus creaciones mismas, que eviten o desalienten la práctica de la apropiación; es importante procurar la creación de instrumentos sancionadores administrativos y fiscalizadores que redunden en beneficio de éstos.

VII. FUENTES DE CONSULTA

Catálogo Nacional de Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de agosto de 2024, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5735635&fecha=09%2F08%2F2024&fbclid=IwY2xjawEwf-dleHRuA2FlbQJxMAABHaGzF-8moxA2qF681swNvFvUaA5xZr-HKG9nahXVYqEIQ6SxTOqVHgXi0og_aem_c7Wjj6ozWNPT6t4AAz06lw#gsc.tab=0 (fecha de consulta: 10 de agosto de 2024).

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Acción de inconstitucionalidad 33/2022, disponible en: <https://www.cndh.org.mx/documento/accion-de-inconstitucionalidad-332022#:~:text=Demanda%20de%20acci%C3%B3n%20de%20inconstitucionalidad,particular%2C%20de%20su%20art%C3%ADculo%2073%2C> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2023).

“Declaración de México sobre las Políticas Culturales”, en UNESCO, *Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales. Informe final*, México, 26 de julio-6 de agosto de 1982, celebrada en México como parte de los trabajos de la UNESCO, disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf00000052505_spa (fecha de consulta: 11 de marzo de 2023).

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.

GARCÍA CUETOS, María del Pilar, *El patrimonio cultural. Conceptos básicos*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2011.

INEGI, “Estadísticas a propósito del día internacional de los pueblos indígenas”, Comunicado de prensa, núm. 430/22, 8 de agosto de 2022, disponible en: <https://shorturl.at/Dibb4> (fecha de consulta: 10 de junio de 2024).

- MAIRAL BUIL, Gaspar, *Tiempos de la cultura (Ensayos de antropología histórica)*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/88427> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2023).
- OLIVÉ NEGRETE, Julio, “El 60 aniversario de la Escuela Nacional de Antropología e Historia”, *Memoria, 60 años de la ENAH*, México, Conaculta-INAH, 1999, citado en COTTOM, Bolfy, “Patrimonio cultural nacional: el marco jurídico y conceptual”, *Derecho y cultura*, órgano de divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura, A. C., México, núm. 4, 2001.
- “QG5 similares no tiene, su historia es única ¡Conócela!”, disponible en: <https://marcas.genommalab.com/qg5/el-origen-de-qg5> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2023).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz “apropiación indebida”, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en: <https://dle.rae.es/apropiaci%C3%B3n#FfFhVT9> (fecha de consulta: 15 de marzo de 2023).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz “apropiación”, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en: <https://dle.rae.es/apropiaci%C3%B3n#FfFhVT9>, consultado el 15 de marzo de 2023.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz “apropiar”, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en: <https://dle.rae.es/apropiar>, consultado el 15 de marzo de 2023.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz “posesión”, *Diccionario de la Lengua Española*, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/posesi%C3%B3n-civil>.
- UNESCO, “¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?”, disponible en: <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003> (fecha de consulta: 10 de febrero de 2023).
- UNIÓN POSTAL UNIVERSAL, *Enciclopedia jurídica*, 2014, disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/patrimonio/patrimonio.htm> (fecha de consulta: 4 de marzo de 2023).
- VÉZINA, Brigitte, “Frenar la apropiación cultural en la industria de la moda mediante la propiedad intelectual”, *Revista de la OMPI*, agosto de 2019, disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2019/04/article_0002.html (fecha de consulta: 30 de marzo de 2023).
- VOZ “patrimonio”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, t. IV.