

EXAMEN CRÍTICO DE LA RECOMENDACIÓN GENERAL 35, EMITIDA POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A CRITICAL EXAMINATION OF GENERAL RECOMMENDATION 35 ISSUED BY THE NATIONAL HUMAN RIGHTS COMMISSION

Alejandro Díaz Pérez*

Isabel Anayanssi Orizaga Inzunza**

*Por la difícil pero maravillosa tarea cotidiana
de defender los derechos humanos.*

Resumen

Partiendo de un análisis crítico, el presente artículo analiza detalladamente los alcances, dimensiones, puntos débiles y vacíos que lleva consigo la Recomendación General 35

* Licenciado en derecho y ciencias sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Master en gobernanza y derechos humanos, Universidad Autónoma de Madrid, España. Especialista en Derechos Humanos y Master en derecho constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Twitter: @AlexDiaz_1.

** Licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de Baja California y Máster en la protección constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Complutense de Madrid. Exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Fecha de recepción: 4 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 7 de agosto de 2019.

“Sobre la Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Mexicana” emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México.

Palabras clave: CNDH, pueblos indígenas, patrimonio cultural, conocimientos tradicionales.

Abstract

From a critical perspective, the present article analyzes the dimensions, weak points and gaps of the General Recommendation 35 “on the protection of the cultural patrimony of the indigenous peoples and communities of the Mexican Republic”, which was issued by the Mexico’s National Human Rights Commission (CNDH).

Keywords: CNDH, indigenous peoples, cultural heritage, traditional knowledge.

I. Introducción

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante la Comisión o CNDH), de acuerdo con la atribución contenida en la fracción VIII, del artículo 6º de su Ley,¹ emitió el 28 de enero de 2019 la Recomendación General 35 “Sobre la Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Mexicana”.

Dicha determinación fue dirigida a los titulares del Poder Ejecutivo federal y estatales, a la jefa de gobierno de la Ciudad de México, al Congreso de la Unión, y a los Poderes Legislativos de las entidades federativas del país, como consecuencia de la falta de “mecanismos de protección efectiva contra empresas nacionales y extranjeras que despojan a pueblos y comunidades indígenas de su patrimonio cultural inmaterial”.²

A juicio de la Comisión, tales apropiaciones serían cometidas, especialmente, por empresas del ramo textil, confección de ropa y de la industria alimentaria, de acuerdo con la información obtenida de entrevistas y casos ocurridos en diversas entidades de la República.

La recomendación se emitió en un contexto en el que estas empresas se encontraban “despojando a pueblos y comunidades indígenas de nuestro país de su patrimonio

¹ “VIII. Proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que a juicio de la Comisión Nacional redunden en una mejor protección de los derechos humanos”.

² CNDH, “Por la falta de mecanismos de protección efectiva contra empresas nacionales y extranjeras que despojan a pueblos y comunidades indígenas de su patrimonio cultural inmaterial, emite CNDH la Recomendación General 35”, Comunicado de Prensa DGC/054/19, Ciudad de México, 17 de febrero de 2019, disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2019/Com_2019_054.pdf.

cultural inmaterial mediante la apropiación y reproducción indebida, sin autorización previa”.³

Partiendo del reconocimiento de la importancia —al menos simbólica— que dicha determinación conlleva y el apenas estimable intento por un organismo nacional de protección de los derechos humanos de colocar el tema en la agenda pública; el presente artículo plantea distintas reflexiones en torno a aquellos vacíos, debilidades y aspectos medulares que la Recomendación General deja en la sombra.

Al respecto, desde una visión crítica, se hace énfasis en que la determinación adoptada por la CNDH, no estaría abordando con claridad las profundas dificultades existentes sobre las mejores formas de aumentar la capacidad de los pueblos indígenas para controlar los usos de sus conocimientos tradicionales.

De la misma forma, prevalecería una preocupante ambigüedad en la identificación de las diferencias y posibles convergencias existentes entre conceptos básicos como patrimonio cultural en amplio sentido, los conocimientos tradicionales, la propiedad intelectual colectiva, y cómo estos pueden interactuar entre los diversos marcos jurídicos para generar formas de complementariedad.

Siguiendo esta idea, la recomendación no proporcionaría mayores elementos que ayuden a dilucidar en qué medida el Estado mexicano ha de restringir el uso no autorizado de expresiones culturales, conocimientos tradicionales o regulaciones en temas de particular disenso, como los recursos genéticos en posesión de comunidades indígenas.

Por otra parte, considerando que las dificultades de dar respuestas legales sensatas pueden exacerbarse dependiendo de las circunstancias y elementos en juego a valorar, también se examina si en efecto las propuestas de solución emitidas por la Comisión pueden ser realmente de utilidad para orientar políticas públicas precisas que ataquen el centro de la problemática existente.

Finalmente, este texto plantea una serie de conclusiones a tomar en cuenta para fortalecer decisiones futuras de la propia Comisión, con relación a la protección y garantía del derecho al patrimonio cultural y propiedad intelectual del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas. De ahí que el presente análisis busque evocar la rigurosidad, pertinencia e incidencia que deben caracterizar los pronunciamientos de la CNDH.

II. Contenido de la Recomendación General 35

Para el análisis del tema, el texto recomendatorio fue dividido en cuatro apartados: *i)* Antecedentes, *ii)* Situación y fundamentación jurídica, *iii)* Observaciones y *iv)* Recomendaciones generales.

En el capítulo de Antecedentes, la Comisión inicia refiriéndose al concepto de “identidad cultural” de los pueblos indígenas, para después abordar el de “patrimonio cultural” y enfatizar la adopción de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio

³ *Idem.*

Cultural Inmaterial, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Posteriormente, al analizar el “contexto en México”, la Recomendación se centra en proporcionar datos demográficos de personas y pueblos indígenas, al tiempo que recorre históricamente la forma en que se construyeron los “Acuerdos de San Andrés Larráinzar” que establecieron ocho compromisos para garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Después, en el capítulo “Situación y fundamentación jurídica”, la CNDH emprende un abordaje sobre el derecho al patrimonio cultural a partir del sistema universal de derechos humanos y el Sistema Interamericano (en este en particular sólo se refirió a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). En otro momento, hace patente el abordaje del patrimonio cultural desde una perspectiva de derecho comparado (Venezuela y Panamá), para finalmente cerrar el capítulo con el marco jurídico nacional mexicano.⁴

A continuación, el capítulo de “Observaciones” contiene la parte de fondo de la argumentación de la Recomendación General, la cual fue planteada en cuatro puntos centrales; a saber: 1) la importancia de un ordenamiento jurídico que proteja de manera específica el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, 2) la protección a la iconografía como patrimonio cultural, 3) el diálogo intercultural entre el Estado, empresas, pueblos indígenas y consulta previa, y 4) el cumplimiento a las obligaciones contraídas respecto del patrimonio cultural inmaterial indígena para su protección y salvaguarda.⁵

Asimismo, incluye la documentación de casos de afectación al patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas en México, diversos testimonios de personas indígenas y la información recuperada en un conversatorio realizado sobre el tema. También desarrolla la posible integración de un “sistema” para la protección y salvaguarda del patrimonio cultural, la referencia a los inventarios sobre patrimonio cultural, y las formas de reparación del daño como consecuencia de infracciones al patrimonio cultural inmaterial de los pueblos y comunidades indígenas.

Hacia el final del documento, la Comisión propone seis puntos recomendatorios divididos por el tipo de autoridad a la que se dirigen.

Una vez descrito en términos generales el contenido de la Recomendación, corresponde analizar aquellos vacíos, puntos ciegos y debilidades que dicho documento recoge, para después plantear posibles soluciones y áreas de oportunidad con el objeto de procurar la mejora de la protección de todas las formas y tipos de conocimiento tradicional indígena.

⁴ Los instrumentos jurídicos que consideró la Comisión fueron: a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, b) Ley General de Cultura y Derechos Culturales y su reglamento, c) Ley Federal del Derecho de Autor, d) Ley de Propiedad Industrial, e) Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas y f) Ley de Desarrollo Rural Sustentable.

⁵ CNDH, Recomendación General núm. 35, “Sobre la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana”, 28 de enero de 2019, párr. 80.

III. La ambigüedad en conceptos básicos y la subutilización de marcos jurídicos para la protección y garantía del conocimiento tradicional indígena y patrimonio cultural

El punto medular que posiblemente explica uno de los vacíos más preocupantes de la Recomendación tiene que ver con la ambigüedad en la identificación de las diferencias y posibles convergencias existentes entre conceptos básicos como: “patrimonio cultural” en amplio sentido, “conocimientos tradicionales”, “propiedad intelectual colectiva”; y cómo estos pueden interactuar entre los diversos marcos jurídicos para generar formas de complementariedad.

La protección del patrimonio cultural indígena trae consigo la necesidad de establecer algunos conceptos que hacen referencia al objeto de protección. En sentido amplio, el patrimonio ha sido definido como “todo lo que pertenece a la identidad diferenciada de un pueblo y que le pertenece para compartir, si lo desean, con otros pueblos”;⁶ y de forma específica, se ha distinguido el patrimonio cultural inmaterial o intangible como:

...los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.⁷

Partiendo de ello, y de la necesidad de garantizar que los pueblos indígenas mantengan, controlen, protejan y desarrollen su patrimonio cultural,⁸ existen diversas aproximaciones a la problemática de su protección. La utilización del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos y comunidades indígenas por parte de diversas empresas que persiguen beneficios económicos, así como la apropiación cultural que trae consigo el uso indebido del conocimiento y expresiones tradicionales, hacen evidente la urgencia de adoptar un marco jurídico que responda a las necesidades y contextos diversos de cada pueblo indígena.

Tomando en cuenta lo anterior, es importante poner en la mesa que entre las preocupaciones relacionadas con los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas existen varios elementos a observar. Por un lado, el de la protección de la propiedad

⁶ ONU, Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, Informe de la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Nueva York, 1997.

⁷ UNESCO, Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada el 7 de octubre de 2003, artículo 2°.

⁸ Tal como lo señala el artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

intelectual para los titulares de esos conocimientos y, por otro, la adquisición por parte de terceros, distintos a los titulares de los conocimientos tradicionales, de derechos de propiedad intelectual relacionados con creaciones e innovaciones basadas en esos conocimientos tradicionales. Estos representan dos niveles distintos que la Comisión no está considerando en su recomendación.

En esta línea, existen indudables vínculos prácticos entre el sistema de propiedad intelectual y los derechos de las personas titulares y de aquellas que poseen los conocimientos tradicionales indígenas.

Si bien puede sostenerse que los sistemas de propiedad intelectual funcionan como un régimen excluyente que, combinado con la naturaleza colectiva/comunitaria de los derechos indígenas, parece arrojar más dudas y problemas que certezas y ventajas, también debe advertirse que el debate sobre las políticas específicas relativas a los conocimientos tradicionales y al sistema de propiedad intelectual debe responder a las necesidades particulares y expectativas de los pueblos y comunidades indígenas que poseen tales conocimientos.

Asimismo, debe observarse que la evidencia empírica disponible ha dado cuenta que, no obstante sus claras limitaciones, algunas normas de propiedad intelectual vigentes “han sido aplicadas con éxito para proteger los conocimientos tradicionales contra algunas formas de utilización abusiva y de apropiación ilícita, en particular mediante las leyes de patentes, marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales y secretos comerciales”.⁹

Por ello, a pesar de las posibles incompatibilidades de la propiedad intelectual en relación con los conocimientos tradicionales indígenas, resultaría contraproducente debilitar o eliminar este tipo de regímenes, por lo que sería necesario plantear modificaciones o adaptaciones del derecho de propiedad intelectual para su fortalecimiento.

La diversidad de modelos de protección del conocimiento tradicional en el mundo y la complejidad de factores a considerar ha generado que, desde hace algunas décadas, se desarrollen diversos esfuerzos para la armonización y generación de acuerdos entre países, con el fin de establecer una base común de protección.¹⁰ Así, se ha materializado la adopción del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.¹¹

Actualmente se han clasificado diversas posturas adoptadas por parte de algunos Estados sobre cómo regular el uso del patrimonio cultural indígena. Ello ha permitido diferenciar grupos de países que han decidido expresamente no proteger los conocimientos tradicionales, como Lituania; aquellos que basan su protección desde la propiedad intelectual a través de la interpretación o modificación de sus leyes, como Australia y Nueva Zelanda; y aquellos países que han creado regímenes *sui generis* para la protección, como Filipinas y Guatemala.¹²

⁹ OMPI, Folleto núm. 2: “La propiedad intelectual y conocimientos tradicionales”, p.18.

¹⁰ Fisher, William, “The Puzzle of Traditional Knowledge”, *Duke Law Journal*, vol. 67, 2018, p. 1538.

¹¹ *Ibidem*, nota al pie 63.

¹² *Ibidem*, pp. 1536 a 1538.

Aunado a lo anterior, un aspecto primordial que debería considerarse cuando se busca crear un marco jurídico para proteger el patrimonio cultural indígena es el hecho de que sean los propios pueblos indígenas quienes coloquen en la discusión cuáles son sus necesidades y demandas en lo relacionado al uso de su patrimonio. De ahí que se identifique el interés de algunos pueblos de obtener beneficios económicos a través de concesiones, o de que se les reconozcan y atribuyan los conocimientos tradicionales correspondientes; que los productos derivados de esos conocimientos sean producidos localmente; o bien que se prohíba totalmente cualquier uso de dichos conocimientos.¹³

Por ahora, con base en el estudio de algunos casos que existen en el mundo y la compleja interacción de factores que dificultan el establecimiento de una regulación común de protección se han identificado dos posibles modelos que buscan reconciliar dichas dificultades.¹⁴ Por un lado, se propone que la legislación de propiedad intelectual sea adicionada con disposiciones que permitan exponer a quienes usan indebidamente los conocimientos tradicionales, a la pérdida de sus derechos de propiedad intelectual. Y, por otro lado, la adopción de un modelo de revelación obligatoria (*Mandatory-Disclosure*)—desconectado del régimen de propiedad intelectual— en el cual las empresas que se basan en el uso de conocimiento tradicional para la elaboración de productos, revelen dicha utilización.

Ahora bien, la ausencia de valoración de algunos de estos aspectos en el análisis realizado por parte de la CNDH permite observar que sus recomendaciones parten de una base que no contempla la complejidad del problema, y tampoco la existencia de algunas discusiones, estudios y propuestas previas en la materia.

En cuanto a la utilización de los marcos jurídicos aplicables, el texto de la Recomendación General 35, plantea una serie de consideraciones históricas y antecedentes sobre la protección cultural inmaterial de las comunidades indígenas.

En el desarrollo de la situación y fundamentación jurídica de la temática, la Comisión hizo referencia a distintas normas de derechos humanos contenidas en diversos sistemas de protección (universal e interamericano), así como algunas prácticas en el derecho comparado (Venezuela y Panamá) que, de acuerdo a su análisis, constituirían la fuente del derecho al patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas.

En cuanto al sistema universal, el documento se enfoca esencialmente en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO. Este instrumento es el que la CNDH a lo largo de su recomendación toma como el principal parámetro de obligación para el Estado mexicano.

La decisión de situar a la Convención de la UNESCO prácticamente como único instrumento de referencia para contrastarlo con las disposiciones a nivel interno en el país es una de las razones por las que la Recomendación tiene diversas limitaciones para situar con mayor precisión la dimensión y complejidad de la cuestión.

¹³ *Ibidem*, pp. 1567.

¹⁴ *Idem*.

Al respecto, cabe precisar que la propia UNESCO, en colaboración con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha formulado un “tratado modelo” para la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita. En el tratado se reconoce que los pueblos indígenas son los propietarios tradicionales del patrimonio artístico que comprende el folclore, la música y la danza, creados dentro de los territorios indígenas y transmitidos a lo largo de las generaciones. En ese sentido, la inevitable intersección entre el patrimonio cultural y la propiedad intelectual no parece considerarse por la Comisión.

Asimismo, uno de los mayores desafíos actuales, a juicio de algunos expertos, y probablemente de los de mayor debate y dificultad de solución en el campo de la propiedad intelectual,¹⁵ es el relacionado con las regulaciones que los Estados deberían adoptar sobre el uso no autorizado de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales o recursos genéticos de los pueblos y comunidades indígenas.

A propósito de lo anterior, el Protocolo de Nagoya “Sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Equitativa de los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica” prevé que es deber de los Estados establecer medidas legislativas, administrativas o políticas para asegurar que los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos en posesión de las comunidades indígenas y locales se realice de conformidad con las leyes nacionales y respetando los derechos establecidos en su favor sobre dichos recursos, velando por que los beneficios obtenidos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.¹⁶

Sin embargo, los deberes contenidos en el Protocolo de Nagoya y la riqueza de debates existentes sobre la protección a los conocimientos tradicionales inexplicablemente no fueron considerados —ni siquiera mínimamente— en la Recomendación General 35.

No obstante, al abordar el “derecho al patrimonio cultural en el sistema interamericano”, la Comisión hace referencia a los artículos XIII y XXVIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sin realizar reflexión alguna sobre la robusta protección que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) brinda a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, a través de la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre el artículo 21 de dicho instrumento.¹⁷

La Corte IDH, ha reiterado que la propiedad colectiva de los pueblos indígenas guarda *íntima* relación con su identidad cultural, en virtud de que:

[...] la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser

¹⁵ Véase, por ejemplo, Fisher, William, *op. cit.*, p. 1511.

¹⁶ Artículo 5.2.

¹⁷ Para conocer con mayor profundidad el desarrollo que ha tenido el artículo 21 de la CADH en el lapso de 40 años, puede consultarse Díaz, Alejandro y Aguirre, Daniela, “Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 67, enero-junio de 2018.

estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.¹⁸

Asimismo, ha enfatizado que la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está “estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres... sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores”.¹⁹

Por lo anterior, si bien la Corte IDH ha consolidado su línea jurisprudencial sobre la protección al territorio ancestral y no expresamente sobre la propiedad intelectual o el patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas, resultaba indispensable que la Comisión identificara que la evolución jurisprudencial sobre el artículo 21 de la CADH, seguiría necesariamente esa interpretación más amplia de la propiedad de las comunidades indígenas; sin embargo, la recomendación dejó en el olvido tal parámetro.

De igual manera, la Comisión trajo a colación la “Ley del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas” y la “Ley del régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales, y se dictan otras disposiciones”, vigentes en Venezuela y Panamá para la protección de los pueblos indígenas; no obstante, su señalamiento se limitó a describir los instrumentos normativos y no dejó claro al lector ni a las autoridades a quién se dirigía, si las experiencias citadas en esos países son efectivas y adecuadas. De ahí que se considerara necesario un análisis crítico de las diversas estrategias de protección en otros países.

Por ello, aunque la Comisión realizó un ejercicio comparativo citando las experiencias existentes en Venezuela y Panamá, parecería que la falta de rigurosidad y limitación en el enfoque del análisis le impidió vislumbrar algunos avances ya conseguidos a nivel global para abordar el problema, los que podrían aportar valiosos elementos en la búsqueda de un modelo de protección adecuado para la situación mexicana.

Aunado a lo descrito, la delimitación de la obligación del Estado de proteger los derechos humanos frente a violaciones cometidas por terceros o particulares, así como la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos fueron cuestiones débilmente consideradas por la Comisión.

La Recomendación plantea en un apartado específico la necesidad de un “[d]iálogo intercultural entre el Estado, empresas, pueblos indígenas y consulta previa”, y señala que “las empresas deben negociar con las comunidades de forma igualitaria y para ello, deben conocer los impactos de sus actividades y los derechos de los pueblos y las comunidades”,²⁰ enfatizando que, respecto a las actividades relacionadas a la regulación, uso,

¹⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 135.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 154.

²⁰ CNDH, Recomendación General No. 35 “Sobre la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de la República mexicana”, 28 de enero de 2019, párr. 136.

permiso del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas, “es obligación del [g]obierno consultarles de manera previa, libre, informada y con pertinencia cultural”,²¹ de acuerdo al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La forma en que analiza los elementos “empresa”, “Estado”, “pueblos indígenas” y “consulta previa” —todos a través del “diálogo intercultural”— representa una forma muy particular de abordar la cuestión, en tanto, no expone de forma clara exactamente a qué quiere referirse la CNDH. Sobre este particular, no delimita de forma pormenorizada, cuáles son las obligaciones del Estado frente a terceros, ni describe las responsabilidades de las empresas frente a los derechos humanos, limitándose a subrayar que cualquier medida a adoptar debe ser sujeta a un procedimiento de consulta previa.

Es importante recordar, que de acuerdo a las normas de derechos humanos reconocibles, los Estados pueden ser responsables de violaciones a los derechos humanos cometidos por particulares (empresas) si devienen tres condiciones: 1) al momento de los hechos existe una situación de riesgo real e inmediato, 2) las autoridades conocían o debían tener conocimiento de dicha situación, y 3) no adoptaron las medidas razonables o necesarias para prevenir o evitar ese riesgo.²²

En la misma línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, ha detallado en su Observación General 24 “Sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de actividades empresariales”, el alcance de las obligaciones generales de proteger, de dar respeto y efectividad a los derechos, respecto a las empresas.

Otro aspecto relacionado, —que no debe confundirse con los estándares de obligación estatal en sentido estricto— son los desarrollos existentes, especialmente en normas de *soft law* enfocados a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, que deben seguirse con toda independencia de la capacidad o voluntad del Estado mexicano de cumplir sus propias obligaciones.²³ La responsabilidad empresarial, por tanto, exige no sólo seguir deberes específicos de abstención (no lesionar derechos), sino también, implica llevar a cabo las acciones necesarias para evitar daños (deberes de acción y prevención).²⁴

Por lo anterior, las empresas tienen la responsabilidad de actuar con debida diligencia, con el objetivo de “identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”.²⁵

Por otra parte, vale enfatizar también que una de las principales inconsistencias de la Recomendación radica en la falta de énfasis en procedimientos como el de consentimiento previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas, para la determinación de medidas de protección de sus propios conocimientos tradicionales.

²¹ *Ibidem*, párr. 137.

²² Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de noviembre de 2014, Serie C núm. 287, párr. 523.

²³ Díaz, Alejandro, *Las empresas y los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Madrid, Universo de Letras, 2018, p. 43.

²⁴ *Ibidem*, p. 45.

²⁵ ONU, “Principios rectores sobre empresas y derechos humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»”, UN Doc. HR/PUB/11/04, Nueva York y Ginebra, 2011, principio rector 17.

Lo anterior cobra especial valor, habida cuenta que cualquier política relativa a los conocimientos tradicionales y al sistema de propiedad intelectual debe responder a las necesidades particulares y expectativas de los pueblos y comunidades indígenas.

Cabe recordar que el derecho a la consulta y al consentimiento, además de funcionar como una salvaguarda específica del derecho a la propiedad colectiva, es un principio general del derecho internacional de los derechos humanos.²⁶

De conformidad con este principio, cualquier medida administrativa, legal o legislativa que pueda susceptiblemente afectar a una comunidad indígena deberá ser sometida a un procedimiento de consulta previa, libre, informada y culturalmente adecuada. Además, en términos prácticos, antes de que un tercero pueda acceder a los conocimientos tradicionales y utilizarlos, deberá consultarse con el titular de esos conocimientos y, en su caso, llegar a posibles acuerdos para establecer las condiciones que beneficien a las partes.

Estos estándares descritos, con énfasis en la protección reforzada que se debe adoptar al tratarse de derechos de los pueblos indígenas, eran elementos que la Recomendación General planteó de forma superficial en algunos casos y, en otros, dejó en la sombra.

En suma, el hecho de abordar de forma incompleta aquellos estándares que figuran en el *corpus iuris* aplicable a la protección del patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, entrelazados con los marcos que establecen las responsabilidades de las empresas que, en muchos casos, utilizan o explotan sin consentimiento saberes tradicionales de comunidades indígenas, generó que no fuese identificado adecuadamente el marco de referencia a seguir por parte tanto de las diversas autoridades del Estado mexicano a nivel interno, como de las empresas en sus actividades.

IV. La fragilidad en el análisis sobre las normas a nivel interno que contemplan la protección cultural inmaterial

Aunada a la subutilización de los marcos de protección, el análisis realizado por la CNDH respecto de la situación sobre la normativa interna en México del patrimonio cultural inmaterial y sus elementos derivados resultó sumamente débil.

El artículo 160 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece una permisón de la libre utilización de las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, condicionada a que, en la fijación, representación, publicación, comunicación o utilización, deberá mencionarse la comunidad, etnia, o en su caso, la región de la República Mexicana de la que provenga. En opinión de la Comisión, “la sola mención no constituye una efectiva protección”.²⁷

²⁶ Corte IDH, *Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 164.

²⁷ CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 58.

Sin embargo, la afirmación es sumamente confusa, en tanto no explica en qué medida la utilización del conocimiento tradicional, en casos de usuarios no comerciales,²⁸ es decir, que no realizarán ningún lucro, debería —a pesar de ello— estar restringida, prohibida o sujeta a medidas adicionales.

No parecería razonable pensar que en casos relacionados con la fijación o representación de arte popular o artesanal, por ejemplo, en exposiciones públicas, museos, ferias populares, etcétera, tendrían necesariamente que establecerse medidas adicionales a la mención sobre el origen tradicional.

Más ambiguo aún resulta este aspecto, cuando la CNDH refiere que la ley citada “no prevé un mecanismo que respete el derecho a la colectividad indígena”, pero tampoco detalla en qué medida deberían existir mayores restricciones al uso no autorizado. Así, por ejemplo, no toma en cuenta la posibilidad de la conveniencia de un régimen de protección que pueda acomodar fácilmente categorías como el folclore como una forma de dominio público, de acuerdo con la experiencia comparada en otros países.²⁹

Continuando el análisis, al abordar la Ley de Propiedad Industrial, la CNDH asegura que los procedimientos contenidos en dicha normativa “individualizan la propiedad colectiva asignándolas a un grupo de personas específicas que han realizado los trámites para la obtención de tales figuras, excluyendo al resto del pueblo o comunidad quienes también detentan derechos respecto de su patrimonio cultural”.³⁰

Esta forma de análisis puede resultar problemática debido a que la Comisión expone únicamente su preocupación en torno a que pueda protegerse la propiedad colectiva de un grupo de personas pertenecientes a una comunidad, pero que no se reconozca esta propiedad en favor del pueblo o comunidad indígena en su conjunto. La Comisión omite analizar lo que sucedería si, en todos los casos, el trabajo específico de algunos miembros del pueblo o comunidad tuviese que ser atribuido de forma colectiva al pueblo o comunidad. De ahí que ese razonamiento incompleto imposibilite el planteamiento de otras situaciones hipotéticas donde la individualización de la propiedad de una o un grupo de personas integrantes de la comunidad fricciona con la naturaleza colectiva del patrimonio cultural indígena.

Al respecto, es necesario partir del hecho de que para las comunidades indígenas las nociones de cultura, propiedad, conocimientos tradicionales, *inter alia*, son concebidas de forma comunitaria y colectiva; pero existen condiciones materiales en las cuales un grupo de personas al interior de las propias comunidades podría estar generando productos específicos que, si bien son configurados o gestionados a partir de saberes ancestrales o tradicionales, son esfuerzos focalizados, derivados de las propias dinámicas culturales.

Por ejemplo, cuando se piensa en colectivos como *Koolel Kab*³¹ conformado por un grupo de mujeres indígenas apicultoras que tienen por objetivo cuidar a las abejas

²⁸ Por ejemplo, artistas de graffiti en Perth, véase: Fisher, William. “The Puzzle of ...”, *cit.*

²⁹ Por ejemplo, en Senegal, la legislación interna permite que la categoría de “folclore” sea considerada de dominio público.

³⁰ CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 62.

³¹ Olivares, Voianey, “Koolel Kab, salvar abejas y tradiciones en un solo paso”, *CCNews*, 15 de agosto de 2018, disponible en: <https://news.culturacolectiva.com/mexico/mujeres-indigenas-yucatecas-apicultoras-responsables/>.

mediante la producción responsable y artesanal de miel y sus subproductos, ¿qué tipo de protección específica estaría alentando la Comisión, si afirma que el registro de marcas tendría que realizarse “sin excluir al resto de la comunidad indígena”?, es decir, en este caso ¿debería protegerse al pueblo maya en abstracto?

Otro ejemplo de dicho problema ocurriría con aquellos grupos de personas indígenas que realizan artesanías y que han decidido emigrar de su pueblo o comunidad, frente a la imposibilidad de recibir protección de sus obras a causa de que la salvaguardia de estas resultaría incompatible con la idea de incluir al resto de la comunidad indígena a la que pertenecen.

Así, la falta de análisis por parte de la CNDH de otras situaciones hipotéticas, o quizá ya experimentadas por otros países, hubiese ayudado a repensar sus señalamientos críticos sobre la Ley de Propiedad Industrial.

La recomendación pasa por alto las particulares complejidades que pueden presentarse en la protección de los conocimientos tradicionales o el patrimonio cultural, habida cuenta de las tensiones que previsiblemente surgen en esta temática. Por ello, es importante asimilar que las dificultades de las medidas legales pueden depender de los contextos culturales de la comunidad a proteger. No se trata de colocarlo desde el relativismo cultural, sino de entender ciertos componentes. Las posturas tomadas por los pueblos indígenas probablemente varíen; algunos pueden insistir en compartir los beneficios económicos, otros exigir el reconocimiento del origen tradicional, mientras tanto, algunos más solicitar la expropiación de la apropiación cultural del que fueren objeto.

Otra cuestión desatendida por la Comisión es la relativa a la organización del uso de los conocimientos ancestrales al interior de las comunidades y pueblos indígenas que puede variar de una comunidad a otra. En ese punto, la pregunta sería: ¿conoce la CNDH o contempla en su propuesta de protección las particularidades del uso del patrimonio cultural al interior de las comunidades?

Una respuesta derivada del texto de la propia recomendación es que dicha cuestión no fue abordada por parte de la Comisión, a pesar de la evidencia disponible existente de algunas formas de organización en las comunidades para facultar a sus miembros en la reproducción o creación de obras basadas en sus conocimientos tradicionales, y que va conectada con el respeto a la autonomía cultural y libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas. Por ejemplo, en Australia algunos grupos tribales han determinado el uso o reproducción de diseños tradicionales con base en el derecho aborigen, por lo que los “ancianos” de las tribus fungen en algunos casos como tutores legales.³²

La consideración de dichas cuestiones por parte de la CNDH, y la identificación de situaciones similares entre las comunidades y pueblos indígenas en México hubiese coadyuvado a establecer las dimensiones reales de la complejidad de proponer un modelo de protección del conocimiento tradicional. Asimismo, permitiría identificar la dificultad de formular una solución general aplicable a todos los casos.

³² ONU, Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, Informe de la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Nueva York, 1997, párr. 78. Véase también el asunto *Yumbulul vs. Reserve Bank of Australia*.

Otro punto de observación es que la Comisión no consideró útil la revisión de algunas propuestas legislativas en el tema de la protección del patrimonio cultural indígena ya realizadas en México, como las presentadas en la Cámara de Diputados en el 2015³³ y 2016,³⁴ lo que de haberse realizado, podría no sólo exponer algunos esfuerzos ya alcanzados en el tema, sino también allegarse a propuestas con el fin de hacer un análisis crítico sobre la pertinencia de dichas estrategias para afrontar el problema.

La perspectiva de género y otros enfoques de análisis limitados

Siguiendo con el contenido de la recomendación, la Comisión identificó algunas “afectaciones indirectas”, derivadas de la “inadecuada protección” del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas. En ese sentido, refirió que dichas consecuencias adversas afectarían de forma especial a las mujeres indígenas.

Detalló que el ámbito de la salud es uno de los más desfavorecidos, advirtiendo que las mujeres indígenas tienen una carga central en la realización de actividades diversas como los “tejidos, bordados [y] alfarería”.³⁵

Tales condiciones se verían exacerbadas por la falta de atención médica para las mujeres que realizan dichos trabajos artesanales, habida cuenta que en algunas de esas actividades se utilizan sustancias tóxicas (como el plomo) o se presentan “dolores de espalda” como consecuencia de la postura de ejecución del oficio textil.³⁶ Asimismo, las condiciones se ven agravadas debido a que “[l]a disponibilidad de servicios de salud no ha sido equitativa y las mujeres rurales, campesinas e indígenas han sido las menos favorecidas”.³⁷

Aunque en principio puede pensarse que el análisis presentado por la Comisión tiene una dirección específica, en realidad la argumentación tiene profundos vacíos. En primer término, en el texto de la recomendación no se explica qué vínculo o nexo causal tiene la “inadecuada protección del patrimonio cultural inmaterial” con el deterioro en la salud de las mujeres artesanas de las comunidades indígenas.

Siguiendo esa premisa parece que, en todo caso, lo que la Comisión ha encontrado es que en México prevalecen condiciones de desigualdad estructural que afectan especialmente a las mujeres indígenas y dinámicas de desigualdad de género que además concurren con la problemática existente en el sistema de salud del país, que no tiene la capacidad de garantizar con accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad los servicios que otorga.

Lo anterior, significaría que tales obstáculos o condiciones adversas no serían originadas propiamente por omisiones en la “protección del patrimonio cultural inmaterial”,

³³ Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria, año XIX, número 4422-VII, miércoles 9 de diciembre de 2015.

³⁴ Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria, año XIX, número 4489-V, martes 15 de marzo de 2016.

³⁵ CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 114.

³⁶ *Ibidem*, párr. 116.

³⁷ *Ibidem*, párr. 117.

sino por el incumplimiento de otras obligaciones de derechos humanos (derecho a la salud, igualdad de género, entre otros).

En consecuencia, las anteriores referencias por parte de la CNDH a las problemáticas específicas de las mujeres artesanas, si bien dan cuenta de un intento por impregnar a la Recomendación de una perspectiva de género, dejan en el aire diversos enfoques —además del derecho a la salud— para el estudio de la situación de las mujeres indígenas y la necesidad de que sus obras sean protegidas adecuadamente.

Otra cuestión necesaria de señalar es el enfoque de género con el que se pretendió analizar la situación de las mujeres artesanas indígenas. A pesar de que la Recomendación cuenta con el apartado “Afectación a la economía de las artesanas mexicanas”, este sólo hace referencia a la importancia de establecer un comercio justo, sin explicar en primer lugar, cuál es la problemática específica de las mujeres en su economía, y por qué el “comercio justo” impactaría su situación particular.

Un análisis que hubiese resultado útil es el referido al impacto que tendría la protección del conocimiento tradicional en las relaciones de género al interior de las comunidades. Dicho análisis exigiría echar un vistazo justamente al interior de las comunidades, lo que permitiría a la CNDH advertir que la protección del patrimonio impacta en el desarrollo, liderazgo y empoderamiento económico de las mujeres, lo cual constituye un componente esencial del Objetivo Quinto de la Agenda de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.³⁸

Sobre tal cuestión, existen algunos estudios donde se ha evidenciado que las mujeres de las comunidades y pueblos indígenas juegan un papel protagónico en la elaboración de textiles y otras artesanías, lo que les permite organizarse, independizarse y tomar decisiones dentro de las comunidades y fuera de ellas.³⁹ No obstante, son éstas las principales afectadas frente a la desprotección del patrimonio cultural al dejar de gozar los beneficios económicos justos de sus obras cuando las empresas hacen un uso indebido de las mismas con fines comerciales. Muestra de ello son diversos casos de plagio y pago injusto por sus obras⁴⁰ ocurridos en México.

³⁸ ONU Mujeres, “Un objetivo transformador e independiente para lograr la igualdad de género, los derechos y el empoderamiento de las mujeres: imperativos y componentes claves. En el contexto del marco de desarrollo post-2015 y los objetivos de desarrollo Sostenible”, 2013.

³⁹ Véase, por ejemplo, Ramos Maza, Teresa, “Artesanas y artesanías: Indígenas y mestizas de Chiapas construyendo espacios de cambio”, *Liminar. Estudios Sociales y Humanísticos*, vol. II, enero-junio de 2004, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74511795004>; Tuburcio Cayetano, Hermelinda, “Mujeres indígenas y desarrollo”, *Estado del desarrollo económico y social de los pueblos indígenas de Guerrero*, Ciudad de México, UNAM-Programa Universitario México Nación Multicultural, Secretaría de Asuntos Indígenas del Gobierno del Estado de Guerrero, México, 2009, disponible en: http://www.nacionmulticultural.unam.mx/edespig/diagnostico_y_perspectivas/RECUADROS/CAPITULO%2012/1%20Mujeres%20indigenas%20y%20desarrollo.pdf.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, “Acusan a Rapsodia de plagiar diseño Zapoteca”, *Excelsior*, Redacción, 4 de agosto de 2016, disponible: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/08/04/1109081>; Brandoli, Javier, “Las indígenas Tlahuitoltepec acusan a la diseñadora francesa Isabel Marant de plagiar su blusa típica”, *El Mundo*, 4 de junio de 2015, disponible: <http://www.elmundo.es/internacional/2015/06/04/556f7ef8e2704e7b538b459c.html>; y Escobar, Isamar y Rodríguez, Yazmín, “A indígenas mayas les pagan 200 pesos por adornar bolsos de 28 mil”, *El Universal*, 8 de julio de 2017, disponible: <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/colaboracion/redaccion/2017/07/8/indigenas-mayas-les-pagan-200-pesos-por-adornar>.

Por otro lado, la mención por parte de la CNDH de las necesidades expresadas por las mujeres asistentes al Conversatorio “Encuentro de Tejedoras Artesanas del Sur”, a pesar de ser un señalamiento proactivo por parte de la CNDH para dar voz a las necesidades de las mujeres artesanas, se redujo a una simple descripción de “afectaciones indirectas”, pues resulta inexplicable que la Comisión no haya dirigido a las autoridades del Estado mexicano algún punto recomendatorio específico sobre esta cuestión.

Además de dotar al documento de una perspectiva de género, se pasó inadvertida la necesidad obligada de abordar el problema de la falta de protección del conocimiento tradicional desde un enfoque económico y de desarrollo sustentable. La consideración de estas aristas, hubiese facilitado a la Comisión conocer otras problemáticas íntimamente relacionadas con el control del patrimonio por parte de las comunidades indígenas.

Por ejemplo, la obtención de la materia prima para la elaboración de artesanías y obras tradicionales, que, frente a las grandes demandas de productos específicos en el mercado, se han visto afectadas por la contaminación y por la disponibilidad de la materia prima, cuestiones que en algunos casos han obligado a las comunidades a cambiar los materiales con los que diseñan sus obras sin que estos pierdan valor comercial.

Sobre tal particular, se ha evidenciado cómo los cesteros tradicionales *karuk* en California se vieron impedidos a realizar sus tradicionales cestas por la falta de disponibilidad de las hierbas salvajes con las que las elaboran, debido a su destrucción por la contaminación.⁴¹ Tal situación los llevó a hacerlas con otros materiales, por lo que consideraban que sus cestas ya no eran auténticas y perdían su valor cultural y comercial. Otro caso de referencia, es el de los indios americanos que obtienen de un único lugar —una cantera en Minnesota— la piedra roja blanda para hacer sus pipas ceremoniales; situación que ha dado pauta a que ese lugar esté protegido por ley para que, en principio, sólo los artesanos indígenas puedan utilizarlo.⁴²

V. Pertinencia de las medidas de solución propuestas por la Comisión

Posterior al examen de la normativa interna, en la Recomendación General, la CNDH consideró que los problemas centrales de la falta de protección en el patrimonio cultural inmaterial guardan relación con la “falta de armonización legislativa, homologación de conceptos y criterios en los ordenamientos jurídicos federal y estatal, [y] ausencia de coordinación interinstitucional”.⁴³

Derivado de esta valoración, las posibles soluciones se concentrarían en tres tipos de medidas: *a*) la creación de un “sistema” para la protección del patrimonio cultural, *b*) modificaciones al inventario del patrimonio cultural de comunidades y pueblos indígenas, ya existente; y *c*) la incorporación de “acciones colectivas” y “tipos penales”.

⁴¹ ONU, Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, Informe de la Relatora..., *cit.*, párr. 65.

⁴² *Idem.*

⁴³ CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 142.

En relación a la primer medida planteada, el “sistema” representaría “el mecanismo institucional de política pública a través del cual se coordinarán esfuerzos, instrumentos, programas, servicios y acciones para la protección, salvaguarda, preservación integral, promoción y desarrollo del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos y comunidades indígenas”,⁴⁴ y estaría integrado por, al menos, doce instancias públicas de la Federación,⁴⁵ representantes de las entidades federativas del país, así como las comunidades indígenas, organismos autónomos de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil.

Si se contempla en su plena dimensión, la Comisión estaría proponiendo un sistema interinstitucional en el que participen todos los actores involucrados; sin embargo, es justamente en la magnitud y amplitud del entramado de la medida su correlación con la incertidumbre e imprecisión que conlleva.

El tipo de razonamiento desplegado en la recomendación podría aplicarse de forma análoga para la protección de casi cualquier derecho que se analice. Es una solución planteada en términos de “coordinense todas las autoridades de todos los niveles e implementen un sistema” sin explicar mínimamente qué implicaría ese sistema o tomar en cuenta las obligaciones de derechos humanos existentes, las mejores prácticas que han tenido éxito en otros países o soluciones formuladas desde las propias comunidades.

El profundo asidero que deja esta medida de solución es de tal nivel que, al no describir los parámetros específicos de articulación del sistema, dota a las instituciones públicas de un alto nivel de discrecionalidad sobre la forma en que se llevará a cabo.

Ahora bien, respecto a la segunda propuesta, referente a las modificaciones del inventario sobre patrimonio cultural inmaterial que existe a nivel federal por parte de la Secretaría de Cultura, la Comisión considera que el inventario “no establece con claridad los elementos para llevar a cabo el registro, las categorías de cómo se deben clasificar cada registro y los procedimientos que se deben de llevar a cabo [en] este”,⁴⁶ al tiempo que “carece de información sobre los efectos que acompañan el registro de alguna manifestación del patrimonio cultural”,⁴⁷ entre otras cuestiones.⁴⁸

Al momento de analizar las deficiencias existentes del inventario en México, la CNDH olvida precisar algunas cuestiones fundamentales. En ese sentido, cabe enfatizar que si bien la confección de inventarios es una obligación expresa contenida en el artículo 12 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural e Inmaterial, la propia

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 147.

⁴⁵ La propuesta refiere sería integrado por instancias del Poder Ejecutivo Federal, los Titulares de la Secretaría de Gobernación, de la Fiscalía General de la República, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la Secretaría de Turismo, de la Secretaría de Economía, de la Secretaría de Educación Pública, de la Secretaría de Cultura, del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, del Instituto Nacional de Antropología e Historia, del Fondo Nacional para el Fomento de las Artesanías, la Dirección General de Culturas Populares Indígenas y Urbanas, y demás instancias necesarias.

⁴⁶ CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 157.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 158.

⁴⁸ Como falta de indicadores, datos estadísticos desagregados por sexo, edad, actividad, comunidad, localidad, técnicas, materiales, etcétera.

UNESCO ha enfatizado que “los inventarios pueden servir de base para formular planes concretos de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial inventariado”.⁴⁹

Lo anterior significa que los inventarios son un paso inicial que tiene que ser potenciado con múltiples medidas adicionales que den protección al conocimiento tradicional, especialmente a través de mecanismos de acceso a la justicia y modificación de los regímenes de propiedad intelectual colectiva, entre otras. Por lo que los inventarios en sí mismos no pueden interpretarse como una medida que solucione *per se* las problemáticas prevaletentes.

Asimismo, la propia Convención de la UNESCO no prescribe un tipo específico de inventario, es decir, concede a los Estados un margen de apreciación a este respecto. Por ese motivo, la confección de un inventario puede ser articulado como un sistema único nacional, o también estar compuesto de múltiples inventarios, los cuales pueden resultar especialmente atractivos para los Estados federales (como México) en los que la responsabilidad de la cultura no recae en el gobierno central, porque “permitiría a las regiones y provincias constituir sus propios inventarios”.⁵⁰

A pesar de estas particularidades que la propia UNESCO ha señalado sobre las formas de cumplimiento de la Convención, de conformidad con las Directrices Operativas para la aplicación de la Convención, la CNDH no analiza, en el caso de nuestro país, qué tipo de inventario constituiría un mejor mecanismo de adopción, valorando las especificidades culturales de los pueblos indígenas, el sistema federal y demás consideraciones de las normativas internas. Esta omisión es especialmente importante, en virtud de que la forma específica de confección del inventario es un elemento clave que daría lugar al éxito o fracaso de este mecanismo como salvaguardia.

Por otra parte, de acuerdo a reportes de prensa, desde agosto de 2018 el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) dio a conocer que está conformando una “plataforma de Registro de Patrimonio Cultural y Mercado”, que contará con especialistas en derecho, propiedad intelectual, antropólogos y colectivos indígenas, con la finalidad de documentar las afectaciones que los pueblos indígenas están recibiendo por parte de empresas que plagian y utilizan sin consentimiento conocimientos tradicionales.⁵¹

Considerando dicha información, hubiese sido deseable que la Comisión se refiriera a la medida pretendida por el gobierno federal para analizar su pertinencia inicial, la interrelación de esta con los inventarios y su posible aplicación conjunta. No obstante, la Recomendación General dejó en el olvido la temática.

Finalmente, como tercera propuesta de solución, la Comisión aborda la incorporación de “acciones colectivas” y la creación de “tipos penales”. En cuanto a las acciones colectivas, el documento recomendatorio se refiere esencialmente a aquellas contempladas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, legislación que a juicio de la

⁴⁹ UNESCO, “Inventarios: identificar para salvaguardar”, disponible en: <https://ich.unesco.org/es/inventario-del-patrimonio-inmaterial-00080>.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Balderas, Óscar, “¡Atrás, Zara! El INAH tiene un plan para evitar el plagio de diseños indígenas”, *Huffpost*, 14 de agosto de 2018, disponible en: https://www.huffingtonpost.com.mx/2018/08/13/atras-zara-el-inah-tiene-un-plan-para-evitar-el-plagio-de-disenos-indigenas_a_23501569/.

CNDH no contempla “la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas”.⁵²

De nuevo, la Comisión no analiza de manera pormenorizada los mecanismos de acceso a la justicia existentes, y pasa por alto al menos dos cuestiones fundamentales. Por una parte, no examina si la legislación en materia civil —habida cuenta de sus estrictas reglas de interpretación procesal y sustancial— puede ser la vía idónea para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, considerando, por ejemplo, la amplia jurisprudencia desarrollada por órganos internacionales sobre las características que debe reunir un recurso efectivo.

Por otra parte, no toma en cuenta que en México existen ya procedimientos específicos de protección de naturaleza administrativa, a través del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y del Instituto Nacional del Derecho de Autor, que son combatibles ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, órgano que inclusive cuenta con una Sala Especializada en Propiedad Intelectual, que estudia los conflictos existentes en la materia.

Ante esos marcos de protección, era indispensable que en la Recomendación General se reflexionara sobre el alcance de tales vías de protección judicial, analizando si estos mecanismos de acceso a la justicia son compatibles de conformidad con las normas de derechos humanos de los pueblos indígenas para la protección y garantía de los conocimientos tradicionales, o si es necesario reformularlos e incluso plantear nuevos remedios administrativos o de protección judicial de alcance no jurisdiccional.

En cuanto a las formulaciones sobre la creación de nuevos tipos penales, la Comisión justifica la medida en tanto “el Código Penal Federal, como en los códigos penales de los estados, carecen de preceptos que protejan como bien jurídico al patrimonio cultural inmaterial”.⁵³ La idea de la sanción penal correspondería en los casos de apropiación sin consentimiento y uso indebido del patrimonio cultural inmaterial y explotación de este.

No obstante, la propuesta es sumamente confusa, en tanto afirma que no existe “ningún precepto” que proteja las apropiaciones sin consentimiento; sin embargo, no toma en cuenta que el propio Código Penal Federal contiene un capítulo entero llamado “De los delitos en materia de derechos de autor”. A partir de aquí, surgen varias interrogantes no resueltas.

Tomando en cuenta la tipificación de los delitos en materia de derechos de autor, vale plantearse qué otro tipo de conductas de acuerdo a los principios de lesividad y proporcionalidad deben adicionalmente construirse o si los ya existentes deberían reformularse para que también sean aplicados en aquellos casos donde los afectados sean las comunidades indígenas.

En todo caso, cualquier medida penal debe tomarse con sumo cuidado, en tanto que a menudo las respuestas punitivas a los problemas de derechos humanos suelen no ser las más apropiadas para disminuir o inhibir los efectos adversos.

⁵² CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 164.

⁵³ *Ibidem*, párr. 166.

Una vez concluida la argumentación de fondo del texto recomendatorio, la CNDH planteó, en el capítulo de “Recomendaciones generales”, dos tipos de medidas a solicitar. Al Ejecutivo federal le pide impulsar “la creación de políticas públicas y promueva una asignación presupuestaria que garantice la protección, salvaguarda, preservación, promoción y desarrollo integral del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas”.

Mientras tanto, a los poderes ejecutivos de las entidades federativas, a la jefa de gobierno de la Ciudad de México y al Congreso de la Unión, solicitó estudiar, discutir y diseñar “una iniciativa de Ley que presente alguna de las Cámaras, respecto de la creación de un Sistema interinstitucional, con participación de los pueblos y comunidades indígenas...”.

Lo anterior da cuenta de que las impresiones, puntos débiles y vacíos que presentó el texto de la Recomendación General 35 derivaron en que las soluciones propuestas para ser adoptadas por las autoridades del Estado mexicano fueran formuladas en términos muy genéricos y poco desarrollados respecto de aspectos específicos que facilitarían su aplicación en la práctica.

Da cuenta de ello el hecho de que las solicitudes presentadas por la CNDH al Congreso de la Unión, a los Ejecutivos locales y a la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México, para la presentación de iniciativas de ley que tengan por objeto la creación de un sistema interinstitucional, terminan por reforzar la impresión de las intenciones de la Comisión de solucionar el problema con una medida que implicaría “acuerdos entre niveles de gobierno y un sistema interinstitucional”.

En reflexión a lo anterior, la posición de un organismo nacional como la CNDH no debería tener dudas sobre la importancia de incluir también a la sociedad civil, a las personas expertas y a los organismos internacionales como un elemento previo que dé lugar a la construcción de la propia recomendación.

Ello no significaría dejar de lado la posibilidad de valorar el uso de los mecanismos de diálogo internacional como, por ejemplo, solicitar un pronunciamiento por parte de la Organización de Naciones Unidas y sus procedimientos especiales o inclusive, una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de lo dispuesto en el artículo 64.1 de la CADH con el fin de allegarse por más elementos sobre el tema.

VI. Otros elementos no considerados

Como ha sido precisado a lo largo del presente artículo, en su determinación la Comisión dejó en la sombra varias cuestiones de importante valor. Sumado a ello, a continuación se identifican otros elementos que no fueron del todo considerados.

Muchas de las normativas relacionadas con la regulación del uso de los conocimientos tradicionales son articulados bajo una regla de propiedad, según la cual se prohibirían todos los usos no permisivos de los conocimientos tradicionales.

Otro tipo de previsiones legales siguen una regla de responsabilidad según la cual los usuarios de los conocimientos tradicionales estarían obligados a pagar las tarifas o precios establecidos por una autoridad gubernamental, o bien por una resolución judicial o administrativa, a los pueblos indígenas o grupos de los que se tomó el conocimiento tradicional.

Sin embargo, las regulaciones que sean muy estrictas o severas podrían ser igualmente nocivas (para las comunidades) como aquellas que sean flexibles en cuanto a la utilización de las formas de conocimiento tradicional.

Por ello, algunos expertos han insistido en que existen tres tipos de supuestos en los cuales cualquier régimen de protección debería construir un mecanismo específico que genere condiciones más favorables para los pueblos y comunidades indígenas:

- 1) Cuando el o los inventores, al desarrollar el producto o proceso protegido, se basaron sustancialmente sobre materiales o conocimientos de una comunidad indígena.
- 2) Si el titular de la marca, o el desarrollador original de la marca, se basó sustancialmente en los materiales o conocimientos adquiridos de un grupo indígena.
- 3) Cuando el trabajo en el que se reclama el derecho de autor constituye una reproducción de un trabajo registrado, sin la autorización por licencias del grupo indígena en cuestión.⁵⁴

Asimismo, debe verificarse que este tipo de medidas no sólo se enfoquen en el conocimiento, el folclore y las formas de arte tradicionales, sino también en la protección de aquellos productos que derivan de la flora, fauna o que son de origen medicinal, y que son explotados por terceros sin consentimiento de la comunidad indígena.

De la misma forma es fundamental considerar que pueden existir casos en los que la utilización del conocimiento tradicional se encuentre totalmente desvinculado de algún uso comercial, y sólo implique una simple difusión o expresión artística que tendrá que recibir un tratamiento legal distinto. Esto también podría ser valorado, en los casos de actores comerciales indígenas cuya actividad no dependa de derechos de propiedad intelectual, como los fabricantes de aretes, artesanías, o cualquier otro producto relacionado.

Finalmente, cualquier regulación eficaz debe, no sólo enfocarse en la penalización directa de la utilización sin consentimiento de los conocimientos tradicionales, sino debe exponer a los infractores con el decomiso o expropiación de los derechos de propiedad intelectual, cuando estos han sido registrados indebidamente; al tiempo que garantizar que, en los casos en que las comunidades indígenas han decidido otorgar su consentimiento sobre la explotación, estas sean compartidas razonablemente de las ganancias económicas que deriven de la utilización o comercialización del bien o producto.

⁵⁴ Fisher, William, *op. cit.*, pp. 1512-1578.

Valorar en su justa medida este cúmulo de condiciones es de suma importancia para avanzar en la articulación de mayores y mejores niveles de protección, no sólo de forma genérica en el patrimonio cultural inmaterial, sino de forma particular en los conocimientos tradicionales, expresiones culturales, e inclusive recursos genéticos en posesión de los pueblos indígenas.

VII. Conclusiones

Es indudable que la protección del patrimonio cultural inmaterial, las expresiones, conocimientos y tradiciones de los pueblos indígenas de México, los cuales están siendo utilizados y explotados sin consentimiento, es una temática que exige un análisis exhaustivo de las diversas aristas y complejidades del problema.

No obstante que la determinación adoptada por la Comisión tiene un evidente valor simbólico, debe esperarse que un órgano de dicha importancia no sólo identifique que existe un problema *per se*, sino que a partir de profundos elementos técnicos que posibiliten un desarrollo exhaustivo de la temática pueda recomendar propuestas de solución pertinentes.

El aspecto más positivo de la emisión del documento recomendatorio es que coloca en el centro del debate una temática que clásicamente había sido relegada por parte de los diversos órganos de derechos humanos del país. Este paso es fundamental para que la problemática en cuestión sea analizada y, en consecuencia, se adopten todas las medidas necesarias en beneficio de los pueblos indígenas de México.

Sin embargo, la Recomendación General 35 no abordó aspectos fundamentales para el planteamiento del fenómeno con la rigurosidad que ameritaba y, en algunos casos, dejó en la sombra cuestiones indispensables que hubieran permitido establecer las dimensiones reales del problema.

La primera dificultad tiene que ver con la identificación de las diferencias y posibles convergencias existentes entre conceptos básicos como: “patrimonio cultural” en amplio sentido, “conocimientos tradicionales”, “propiedad intelectual colectiva” y cómo estos pueden interactuar entre los diversos marcos jurídicos para generar formas de complementariedad.

Si bien puede sostenerse que los sistemas de propiedad intelectual funcionan como un régimen excluyente que, combinado con la naturaleza colectiva/comunitaria de los derechos indígenas, parece arrojar más dudas y problemas que certezas y ventajas, también debe advertirse que el debate sobre las políticas específicas relativas a los conocimientos tradicionales y al sistema de propiedad intelectual debe responder a las necesidades particulares y expectativas de los pueblos y comunidades indígenas que poseen tales conocimientos.

Por ello, a pesar de las posibles incompatibilidades de la propiedad intelectual en relación con los conocimientos tradicionales indígenas, resultaría contraproducente

debilitar o eliminar este tipo de regímenes, por lo que sería más bien necesario plantear modificaciones o adaptaciones del derecho de propiedad intelectual para su fortalecimiento.

Sin embargo, estas particularidades culturales y necesidades específicas deben recogerse a través de procedimientos adecuados de consulta y consentimiento previo de los pueblos y comunidades indígenas.

Por otro lado, la subutilización de marcos jurídicos propició el abordaje del tema de forma incompleta, pasando por alto aquellos estándares que figuran en el *corpus iuris* aplicable a la protección del patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, condicionando los subsecuentes análisis realizados por la Comisión.

La fragilidad del análisis sobre las normas a nivel interno, como la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley de Propiedad Industrial, privó a la CNDH de analizar posibles problemáticas con la amplitud requerida. Lo que se suma a una aplicación débil de la perspectiva de género, necesaria para analizar el tema desde otros enfoques que impactan en el problema.

Derivado de lo anterior, se puede concluir que la pertinencia de los puntos recomendatorios planteados por la Comisión no detenta la especificidad técnica que se esperaría de un pronunciamiento de esta envergadura. De ahí que recomendar la creación de un “sistema interinstitucional” de protección, como solución a los múltiples obstáculos prevaletentes, representa una medida genérica que no da en el blanco de la cuestión y que razonablemente estaría destinada a fracasar.

VIII. Bibliografía

- DÍAZ, Alejandro y AGUIRRE, Daniela. “Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 67, enero-junio de 2018.
- DÍAZ, Alejandro, *Las empresas y los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Madrid, Universo de Letras, 2018.
- FISHER, William, “The Puzzle of Traditional Knowledge”, *Duke Law Journal*, vol. 67, 2018.
- RAMOS MAZA, Teresa, “Artesanas y artesanías: indígenas y mestizas de Chiapas construyendo espacios de cambio”, *Liminar. Estudios Sociales y Humanísticos*, vol. II, enero-junio de 2004, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74511795004>.
- TUBURCIO CAYETANO, Hermelinda, “Mujeres indígenas y desarrollo”, *Estado del desarrollo económico y social de los pueblos indígenas de Guerrero*, Ciudad de México, UNAM-Programa Universitario México Nación Multicultural, Secretaría de Asuntos Indígenas del Gobierno del Estado de Guerrero, 2009, disponible en: <http://www>.

nacionmulticultural.unam.mx/edespig/diagnostico_y_perspectivas/RECUADROS/CAPITULO%2012/1%20Mujeres%20indigenas%20y%20desarrollo.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Mujeres, *Un objetivo transformador e independiente para lograr la igualdad de género, los derechos y el empoderamiento de las mujeres: imperativos y componentes claves*, trad. de Curtis Glick, Nueva York, ONU, 2013.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, Nueva York y Ginebra, ONU, 2011, principio rector 17, UN Doc. HR/PUB/11/04.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Protección del patrimonio de los pueblos indígenas. Informe de la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas*, Nueva York, ONU, 1997.