

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO



T E S I S

*SISTEMA SUI GENERIS DE PROTECCIÓN A LOS CONOCIMIENTOS
TRADICIONALES DE LAS COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS A LA
LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO*

Presenta:

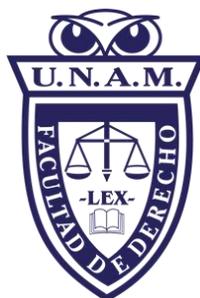
EDITH GONZÁLEZ ALCALÁ

Para obtener el grado de:

LICENCIADA EN DERECHO

Director de tesis:

LIC. ISMAEL ESLAVA PÉREZ



CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo de investigación se encuentra dedicado a muchas personas que fueron parte fundamental en mi vida, la primera de ellas es el amor de mi vida, la Santísima Trinidad, mi Padre celestial amoroso Yahvé, Jesús mi hermano y el Espíritu Santo; quien me ha dado la vida y me ha permitido llegar a este momento crucial de mi carrera profesional; por el derroche de amor que en la cruz hizo por mí, por el talento brindado y porque ha inspirado de amor mi corazón para poder servir a los demás, especialmente a los pueblos y comunidades indígenas de México y del mundo, a través de dicha investigación.

A mi madre celestial, mi hermosa y bella mujer, María, que en todo momento acompaña mis pasos para seguir adelante y poder cumplir mi misión.

A mis padres hermosos, Martín y Verónica que con su amor cubrieron mi vida y lucharon para que mis sueños se cumplieran; por todos los desvelos, preocupaciones, limitaciones, sacrificios que pasaron por mí; por todo ese gran esfuerzo y amor depositado en mí, este título también es suyo.

A mi esposo Armando que me ha acompañado en este caminar.

A mis preciosísimas hijas Natalia y Sofía, que han llenado de luz mi vida, mis días, que en cada paso que doy me sostienen, me animan, creen en mí y pase lo que pase, con sus sonrisas, abrazan mi corazón y mi alma, fortaleciendo mi andar.

A mis hermanas Ana, Ceci y Pau, que son el regalo que Dios me prestó para saber que no estoy sola, que nunca lo estaré, pues su apoyo hasta el final de mis días tendré, porque en la sangre tatuadas las llevaré.

A todos mis familiares y amigos, que nunca me han dejado de animar para seguir adelante, que me extendieron sus brazos amorosos cuando más lo necesitaba; especialmente a mi tía Abigaíl, mi primo Rubén, a mis amigos Armando Salazar, Carlos Arauz, Carolina Magaña e Iris Sánchez.

Agradezco a mi comunidad, Alianza Seguidores de la Fe, que me ha ayudado a llegar a Dios, aprender a amar y por aceptarme en esta gran familia, especialmente a Gabriel, Graciela y Paulina, que siempre han estado en los momentos difíciles, alentándome a seguir.

Y por último, pero no menos importante, a todos mis profesores y mi amada Universidad Nacional Autónoma de México, especialmente a mi profesor Ismael Eslava Pérez, por su paciencia, guía, compromiso y amor a su profesión, así como al arte de enseñar y compartir su conocimiento, gracias profesor.

El amor es el motor de todo, y el amor que le tengo a los pueblos indígenas permitió que escribiera el presente trabajo de investigación; amor, que pretendo transmitir al mundo y cambiar la perspectiva que se tiene de su vida, su entorno y principalmente, resaltar la joya preciada que son para México y el mundo entero.

“¡Yavé tu Dios está en medio de ti el héroe que te salva! Él saltará de gozo al verte a ti y te renovará su amor. Por ti danzará y lanzará gritos de alegría como lo haces tú en el día de la fiesta”

Sofonías 3,17

AGRADECIMIENTOS	1
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. Los conocimientos tradicionales.....	12
1. La permanencia de las comunidades y pueblos indígenas después de la conquista ..	12
1.1 Definición de los términos: comunidad y pueblo	16
1.2 Definición jurídica de lo que se entiende por comunidad indígena y sus diferencias con una comunidad tribal	24
1.3 La importancia de las comunidades indígenas para México.....	27
2. Los conocimientos tradicionales desde una perspectiva general.....	29
2.1 ¿Qué son los conocimientos tradicionales?	31
2.1.1 Elementos fundamentales que constituyen a los conocimientos tradicionales	38
2.1.2 Referencias de uso de conocimientos tradicionales indígenas.....	41
2.2 Recursos genéticos y su relación con los conocimientos tradicionales	42
2.3 Expresiones culturales y su relación con los conocimientos tradicionales.....	48
2.4 Biopiratería.....	50
CAPÍTULO II Obligación de los Estados de proteger los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas	58
1. Derechos humanos relacionados a los conocimientos tradicionales	58
1.1 Reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011	58
1.1.1 Diferencias y similitudes de los términos derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales.....	64
2. Derecho de propiedad indígena, definición y sistema de protección	69
2.1.1 Elementos y dimensiones de la propiedad	78
2.1.1.1 Bienes materiales	84
2.1.1.2 Bienes inmateriales.....	86
2.3 Derecho a la propiedad indígena en el ámbito constitucional.....	88
2.4 Derecho de propiedad en el Derecho Comparado	97
2.5 Derecho de propiedad indígena en el ámbito internacional.....	102
2.6 Los conocimientos tradicionales como parte del derecho a la propiedad indígena.	106
3. Marco jurídico de protección al derecho a la cultura.....	107
3.1 Derecho a la cultura	114
3.2 Patrimonio cultural y sus dimensiones, material e inmaterial.....	120
3.3 Patrimonio cultural indígena en México.....	130
3.4 Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO.....	134

3.5	Los conocimientos tradicionales como parte de la cultura mexicana.....	137
3.6	Marco jurídico de protección al derecho de identidad cultural	140
3.6.1	Definición del derecho a la identidad cultural.....	141
3.6.2	Derecho a la identidad cultural indígena y sus dimensiones.....	145
3.6.3	Territorio y recursos naturales de las comunidades indígenas en relación con su cultura.....	150
3.6.4	Trascendencia jurídica de la protección del derecho a la identidad cultural indígena.....	152
3.6.5	Los conocimientos tradicionales como parte de la identidad cultural de las comunidades indígenas	153
4	Derecho a la salud	155
4.1	Alcances de la definición del derecho a la salud	158
4.2	Obligaciones del Estado Mexicano respecto a la protección del derecho a la salud	162
4.3	Derecho a la salud de las comunidades indígenas	169
4.4	Relación intrínseca entre los conocimientos tradicionales indígenas y el derecho a la salud	176
5.	Sistema internacional de protección a los derechos humanos; adopción de un tratado en México.....	188
5.1	Criterios que se deben tomar en cuenta al interpretar un Tratado	191
5.1.1	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.....	192
5.1.2	Criterios emitidos por la Corte Internacional de Justicia	194
5.1.3	Consideraciones especiales en la interpretación de un tratado sobre derechos humanos.....	195
5.1.3.1	Corte Europea de Derechos Humanos.....	197
5.1.3.2	Corte Interamericana sobre Derechos Humanos	198
5.2	Tratados ratificados por México relacionados con los conocimientos tradicionales	201
5.2.1	Convenio sobre Diversidad Biológica	202
5.2.2	Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica	207
5.2.3	Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ..	211
5.3.	Deber del Estado de garantizar la protección a los conocimientos tradicionales indígenas.....	214
CAPÍTULO III. Sistema jurídico mexicano de protección a los conocimientos tradicionales.....		216
1.	Marco jurídico de los Estados Unidos Mexicanos.....	216
1.1	Propiedad Intelectual.....	219

1.1.1 Ramas de la propiedad intelectual	222
1.1.1.1 Derechos de autor y sus características.....	222
1.1.1.2 Propiedad Industrial	228
1.1.1.2.1 Patente de invención.....	229
1.1.1.2.2 Marca.....	234
1.1.1.2.3 Denominación de Origen e Indicaciones Geográficas	239
1.1.2 Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR)	243
1.1.2.1 Consideraciones del Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual (IMPI) respecto a los conocimientos tradicionales	245
1.1.3 Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.....	248
2. Sistema jurídico de protección a los conocimientos tradicionales en la República del Perú	264
2.1 Normas	268
2.2 Criterios jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Constitucional	280
2.3 Implementación del sistema <i>sui generis</i>	285
CAPÍTULO IV. Propuesta de una protección al conocimiento tradicional de forma <i>sui generis</i>.....	289
1. Análisis del Sistema Jurídico Mexicano.....	289
1.1 Insuficiencia de las figuras de propiedad intelectual vigentes en México para proteger los conocimientos tradicionales indígenas	293
1.2 Falta de una legislación especial en la materia	296
1.2.1 Iniciativa de Ley del Diputado Teófilo Manuel García Corpus, del grupo parlamentario del PRI	297
1.3 Falta de promoción de asuntos de conocimientos tradicionales ante los tribunales nacionales	299
2. Propuesta de un sistema de protección al conocimiento tradicional	300
2.1 Derecho de las comunidades y pueblos indígenas en México a una consulta previa y de participación en la creación del sistema <i>sui generis</i>	301
2.2 Creación de una ley especial en materia de conocimientos tradicionales, iniciativa de ley de los senadores Susana Harp Iturrubarría y Ricardo Monreal Ávila	302
2.3 Modificación de la estructura de patente de la Ley de Propiedad Industrial con perspectiva indígena.....	307
2.4 Creación de un registro y base de datos acerca de los conocimientos tradicionales	308
2.5 Introducción de un tipo penal calificado, en el Código Penal Federal que prevea el robo de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.....	310

2.6 Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas como órgano encargado de la protección a los conocimientos tradicionales	312
CONCLUSIONES.....	314
BIBLIOGRAFÍA.....	318

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se centra en la importancia que tiene realizar un sistema *sui generis* de protección a los conocimientos tradicionales de las comunidades y pueblos indígenas en México, tema de real importancia que ha sido relegado de las agendas políticas y jurídicas de nuestro país.

A partir de la globalización, del avance tecnológico que se ha dado en nuestros días, el creciente imperio económico, el monopolio del hombre, las enfermedades que se han acrecentado, y de un sinfín de problemas que ha surgido para la subsistencia de las comunidades y pueblos indígenas, han puesto en riesgo su patrimonio, su identidad como pueblo y lo más grave, su existencia.

Uno de los problemas más latente es el robo de los conocimientos tradicionales indígenas, sus costumbres, tradiciones, sus vestimentas, alimentos, relatos tradicionales, música, cualquier expresión cultural, etc. que son utilizados por las grandes industrias para así obtener productos y comercializarlos; si bien benéficos para la sociedad, ello no resulta de igual forma para las comunidades y pueblos titulares de dichos conocimientos, pues son explotados generalmente sin su consentimiento, ocasionando una pérdida de su identidad.

Dado el incremento del robo de los conocimientos tradicionales se advierte una falta regulación efectiva e idónea por parte del Estado Mexicano a fin de configurar un sistema jurídico de protección de dichos conocimientos.

El trabajo de investigación a realizar, pretende establecer las pautas jurídicas, en todos los ámbitos del orden jurídico, para dar vida a un sistema *sui generis* de protección a los conocimientos tradicionales indígenas que permita desarrollarse como

comunidad, y por ende su subsistencia, protegiendo en todo momento su derecho a la identidad cultural, preservando sus raíces y otorgándoles la posibilidad de mejorar su calidad de vida a través de los beneficios de sus creaciones.

La creación de un sistema *sui generis* de protección de los conocimientos tradicionales ayudará a proteger de manera amplia la identidad cultural de las comunidades y pueblos indígenas.

La tesis se desarrollará a partir de cuatro capítulos, en el primero se abordará la relevancia histórica que tienen las comunidades y pueblos indígenas para México; se desarrollarán los conceptos de pueblo y comunidad indígenas, conocimientos tradicionales, expresiones culturales y recursos genéticos, biopiratería, así como sus diferencias y la relación de estos con los conocimientos tradicionales.

La finalidad de este capítulo es dar a conocer, en un panorama general, los conceptos citados así como cautivar al lector sobre puntos fundamentales de la vida de las comunidades y pueblos indígenas; poderlo introducir a las problemáticas social, cultural, económica y principalmente jurídica que enfrentan los indígenas mexicanos respecto de sus conocimientos tradicionales.

En el segundo capítulo se analizará la obligación constitucional y convencional del Estado mexicano de proteger los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, lo cual se refuerza con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en la cual México integra el nuevo parámetro de control de regularidad constitucional y posiciona a los derechos humanos en un lugar preferencial en la Constitución.

La finalidad de dicho capítulo es enfatizar la obligación del Estado de garantizar la protección de los conocimientos desde la perspectiva de los derechos humanos, por

ello se analizarán tres derechos fundamentales: el derecho a la propiedad, cultura y salud, haciendo un énfasis en el derecho a la identidad cultural, pieza angular para la existencia de los pueblos y comunidades, así como de los conocimientos tradicionales.

Aunado a lo anterior, se determinará cómo es que los conocimientos tradicionales forman parte de un todo en la cosmovisión indígena y cómo debe de ser para el sistema jurídico mexicano, al ser considerada su protección como objetivo principal del Estado; cómo es que se abordan en la Constitución y en los Tratados, compromisos adquiridos por el Estado Mexicano en el ámbito internacional respecto de dichos conocimientos.

De igual forma, se analizará en el derecho comparado cómo es que el sistema jurídico aborda dichos derechos, especialmente tratándose de pueblos indígenas; dos de los países más progresistas respecto de estos temas son la República de Perú y de Colombia.

Además, se abordará el procedimiento jurídico que debe llevarse a cabo para firmar un tratado, los criterios que existen en las convenciones, y en por los Tribunales Internacionales para interpretar, especialmente tratándose de tratados en materia de derechos humanos y conocimientos tradicionales.

Todo lo anterior con la finalidad de enfatizar la obligación de México de proteger los conocimientos tradicionales indígenas.

En el tercer capítulo se abordará cómo es que México y la mayoría de los países en el mundo, pretenden, a través de la propiedad intelectual, proteger los conocimientos tradicionales indígenas, es decir, a través de los derechos de autor, patentes, marcas, denominaciones de origen, etc.

Tal es la preocupación internacional que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) creó el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, el cual es el encargado de llevar las negociaciones para crear un mecanismo que sea efectivo para proteger a los conocimientos tradicionales, expresiones culturales y recursos genéticos

Sin embargo, lo que pretende realizar la OMPI se basa en una perspectiva económica, visión que se trata de cambiar a través del presente trabajo de investigación y dar una protección real a los conocimientos no solo por su aportación económica sino principalmente porque son la base de la identidad cultural, de la esencia de las comunidades y pueblos indígenas, además porque forman parte de los derechos humanos.

Aunado a lo anterior, se demostrará que la protección a los conocimientos a través de la propiedad intelectual resulta ineficaz y no responde a sus necesidades y/o particularidades; que se intenta erróneamente adecuar los conocimientos a la propiedad intelectual. Como punto de comparación, se abordará el sistema jurídico de protección de conocimientos tradicionales en la República de Perú.

Por lo anterior, es de suma importancia la creación de un sistema *sui generis* de protección a los conocimientos tradicionales, por lo que en el último capítulo se propondrán bases mínimas que el Estado debe realizar para otorgar una protección real a los conocimientos tradicionales indígenas.

Además, se determinará la importancia de que se genere una legislación especial en la materia y realizar una consulta previa a los pueblos y comunidades para asegurar su participación en la creación del sistema; realizar un registro y una base de datos bajo los estándares internacionales; la creación de una legislación especial y la introducción de un tipo penal en el Código Penal Federal; la creación de un área

específica en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial como puente de transición a la creación del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas como órgano encargado de la protección a los conocimientos tradicionales.

Se debe destacar que el sistema *sui generis* de protección a los conocimientos es de suma importancia para fortalecer la identidad cultural de los pueblos y comunidades indígenas, para su desarrollo y bienestar, como forma de identidad, unión y pertenencia de las comunidades, problemática que si bien llevará tiempo y esfuerzo para implementarlo es necesario iniciarlo.

SISTEMA *SUI GENERIS* DE PROTECCIÓN A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DE LAS COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO

CAPÍTULO I. Los conocimientos tradicionales

1. La permanencia de las comunidades y pueblos indígenas después de la conquista

Las conquistas en América Latina, por parte de España, tuvieron sustento en las Bulas Inter Caetera emitidas del 3 al 4 de mayo de 1493, mediante las cuales el Papa Alejandro VI otorgó, en favor de Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla, con la finalidad de que se utilizaran como instrumento para poder conquistar las tierras que habían sido descubiertas y por descubrir, de esa manera los monarcas justificaban su dominio por las tierras conquistadas.

La mencionada Bula obligaba a los conquistadores a realizar tres cosas principalmente, la primera era evangelizar a todos los habitantes de las tierras descubiertas y por descubrir; la segunda era mantener el poder unificado, en donde la autoridad en las tierras sería absoluta y por último los sucesores debían conservar el régimen de sucesión.¹

El territorio mexicano no fue la excepción, la Bula papal fue utilizada como fundamento jurídico para colonizarlo; en 1521, Hernán Cortés de Monroy y Pizarro

¹ Dicha Bula fue utilizada en el Codicilo de la Reina Isabel la Católica, hasta el Cedulaario de Diego de Encinas.

Altamirano terminó con la resistencia que habían puesto los pueblos originarios, así como con la época precolombina de América y con ello, los españoles obligaron a los indígenas a ser evangelizados a la religión católica-apostólica, modificar sus creencias, costumbres, tradiciones, transformar su creencia politeísta a monoteísta.

Las comunidades y pueblos indígenas sufrieron y han sufrido una violenta transformación desde el momento en que fueron invadidos por la Colonia Española a través de los viajes de Cristóbal Colón, con el objetivo de explotación y conquista del Continente Americano. La brutalidad implementada en dichas conquistas ha sido cuestionada, y se ha convertido en una prueba más del sufrimiento, discriminación, marginación que han vivido dichos pueblos,² fueron transformadas tanto sus características culturales, alimentarias, de convivencia y destruida la estructura familiar indígena.³ Por otro lado, existieron grupos indígenas que modificaron sus costumbres por decisión propia, a favor del nuevo sistema.⁴

Sin embargo, en su rebeldía, algunas comunidades y pueblos indígenas siguieron en medida de lo posible realizando sus cultos, tradiciones, costumbres de forma oculta, lo que permitió que hoy en día podamos tener el privilegio de contar con ellos, que a pesar del tiempo y de la imposición española, han conservado sus instituciones, organización, determinación, sentido de pertenencia a un grupo indígena e identidad cultural.

²Albó, Xavier *et al.*, *Atlas sociolingüístico de los pueblos indígenas en América Latina 1*, Cochabamba Colombia, UNICEF, 2009, p. 21. Es importante aclarar, que el trato que les dieron a la nobleza azteca por parte de los españoles, fue muy diferente a la que le dieron al resto de la población originaria.

³ Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2º edición, México, Oxford, 2008, p. 34.

⁴ Ídem, p. 32.

Actualmente, los pueblos indígenas se encuentran ubicados en diferentes estados de la República Mexicana,⁵ solo en seis de las entidades federativas, no existe ningún registro de grupos indígenas, como se puede apreciar en la siguiente tabla.

ENTIDAD FEDERATIVA	PUEBLOS INDÍGENAS
Aguascalientes	No existen pueblos indígenas
Baja California	*Cochimies *Cucapás * Kiliwas *Kumiais * Paipais
Baja California Sur	No existen pueblos indígenas
Campeche	*Jacaltecos *Kanjobales *Mames *Mayas
Coahuila de Zaragoza	*Kikapúes
Colima	No existen pueblos indígenas
Chiapas	*Aguacatecos *Choles *Jacaltecos *Kanjobales *Lacandones *Mames *Mochós *Tojolabales *Tzeltales *Tzotziles *Zoques
Chihuahua	*Guarijíos *Pimas *Tarahumaras *Tepehuanos
Distrito Federal	*Nahuas
Durango	*Huicholes *Mexicaneros *Nahuas *Tarahumaras *Tepehuanos
Estado de México	*Matlatzincas *Mazahuas *Nahuas *Tlahuicas
Guanajuato	*Chichimecas Jonaz
Guerrero	*Amuzgos *Mixtecos *Nahuas *Tlapanecos
Hidalgo	*Nahuas *Otomíes *Tepehuas

⁵Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=200027, información actualizada Atlas de los Pueblos Indígenas, Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INALI), http://atlas.cdi.gob.mx/?page_id=247.

Jalisco	*Huicholes *Nahuas
Michoacán de Ocampo	*Mazahuas *Nahuas *Purépechas *Otomíes
Morelos	*Nahuas
Nayarit	*Coras *Huicholes *Mexicaneros *Nahuas *Tepehuanos
Nuevo León	No existen pueblos indígenas
Oaxaca	*Amuzgos *Chatinos *Chinantecos *Chochos *Chontales *Cuicatecos *Huaves *Ixcatecos *Mazatecos *Mixes *Mixtecos *Nahuas *Tacuates *Triquis *Zapotecos *Zoques
Puebla	*Mixtecos *Nahuas *Otomíes *Popolocas *Tepehuas *Totonacas
Querétaro	*Pames
Quintana Roo	*Jacaltecos *Kanjobales *Mames *Mayas
San Luís Potosí	*Chichimecas Jonaz *Huastecos *Nahuas *Pames
Sinaloa	*Mayos
Sonora	*Guaríjios *Mayos *Pápagos *Pimas *Seris *Tarahumaras *Yaquis
Tabasco	*Chontales *Nahuas
Tamaulipas	*No existen pueblos indígenas
Tlaxcala	*Nahuas
Veracruz-Llave	*Nahuas *Popolocas *Tepehuas *Totonacas
Yucatán	*Mayas
Zacatecas	No existen pueblos indígenas

1.1 Definición de los términos: comunidad y pueblo

En este apartado, comenzaré por definir los términos fundamentales de este trabajo de investigación, como son: comunidad y pueblo indígena, ya que el artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos realiza una distinción importante respecto de dichos términos, sin embargo para el presente trabajo de investigación se abordarán los derechos de los pueblos y comunidades en una sola dimensión, es decir, se parte de la idea que los derechos indígenas son tanto para las comunidades como para los pueblos indígenas.

Aunado a lo anterior, es de suma importancia hacer mención que el artículo constitucional, en su primer párrafo, reconoce la composición pluricultural de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, reconoce la diferencia existente entre grupos sociales que se encuentran en el territorio mexicano y con ello su protección.

Comunidad indígena

Muchos especialistas concuerdan que el origen de lo que hoy llamamos comunidad indígena inicio a través del gens,⁶ que era una organización social de los griegos y romanos que encuentra su paralelo fiel en la organización indoamericana; es una palabra griega que proviene del término "engendrar", se utiliza esencialmente para designar a un grupo de descendencia común y que está unido por ciertas instituciones sociales y religiosas, formando una comunidad particular.

⁶ Palabra implementada por Lewis Henry Morgan.

Las gens al ser constituidas por una descendencia común realizaban la apropiación y explotación colectiva de la tierra. De igual forma en México, las comunidades precolombinas tenían una posesión común de las tierras, donde las familias vivían unidas y se encontraban emparentadas entre sí, practicaban el comunismo en la vida del hogar.⁷

Ahora bien, como ya se había mencionado, el artículo 2º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos define a las comunidades como aquellas integrantes de un pueblo indígena, las cuales forman una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio, dirigido por autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. Lo anterior reconoce la titularidad de derechos y obligaciones a las comunidades indígenas, las cuales de manera conjunta conforman al pueblo indígena.

Una *comunidad* constituye una relación originaria, positiva y recíproca de agrupaciones humanas, denota una manifestación de la vida real, orgánica, la cual encuentra su fundamento en la voluntad de las personas⁸, es decir, la comunidad no se basa en la existencia material del grupo sino que cada ser humano se siente perteneciente al mismo, la experiencia comunitaria se origina en el mismo grupo desde el interior, teniendo la convicción de permanecer a determinada comunidad, en la que se establece un vínculo material, hay una participación común; y una conexión profunda entre la tierra que se posee y lo sagrado.⁹

⁷ Morgan, w L. E. *La sociedad primitiva* Trd. Universidad Nacional de la Plata, Argentina, la Plata, ed. Universidad Nacional de la Plata, 1935, vol. 1, pp. 312 y 313.

⁸ Tönnies F., *Comunidad y sociedad*. Trad. José Rovira Armengol, Ed. Losada, Argentina, 1947, pp. 19-21 y 32.

⁹ Enciclopedia Jurídica OMEBA, Jefes de redacción: Manuel Ossorio y Florit, Carlos R. Obal-Alfredo Bitbol, Tomo III, Driskill S.A, Argentina 1985, p. 543.

La comunidad indígena está integrada por individuos los cuales están vinculados a través de lazos consanguíneos, religiosos, económicos, políticos y culturales, descendientes del mismo tronco familiar, trabajan su tierra de manera colectiva y los beneficios obtenidos son repartidos por forma equitativa.

Como bien se mencionó, la comunidad está vinculada por un lazo político, el cual les permite elegir a sus representantes exteriores, a sus consejeros o asamblea de sabios, para que puedan tomar decisiones acerca de todas las cuestiones que le afecten a dicha comunidad.¹⁰

En el mundo jurídico, no existe aún una definición unificada de lo que debemos entender por comunidades y/o pueblos indígenas, ya que al proponer dicha unificación se correría el riesgo de ser tan amplio y tan vago que sería imposible su protección, y si fuera muy precisa se acotaría y limitaría. Por lo que no se ha buscado la definición de tales conceptos, sino se ha tratado, a través de la observación a las comunidades y pueblos indígenas, de considerar determinados factores fundamentales, para definir dichas palabras.

Ahora bien, en el derecho comparado, la República de Colombia, a través de su jurisprudencia, ha definido a las comunidades indígenas como sujeto de derechos fundamentales, los cuales no son equivalente a los derechos individuales, ni a la sumatoria de los derechos de cada uno de sus miembros, ni asimilables a los derechos colectivos integrados por otros grupos humanos,¹¹ es decir, se da un tratamiento de sujeto de derechos de una manera particular y especial, diferente al resto de los demás.

¹⁰ Bonifaz, M., *El problema agrario indígena en Bolivia*, Sucre, Bolivia, Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, 1948, pp. 14,17-19.

¹¹ Sentencia T-601/11 Corte Constitucional de Colombia.

Las comunidades indígenas, a diferencia de las minorías, cuentan con una evolución histórica, tienen raíces ancestrales, buscan la restitución de derechos perdidos; a las minorías le son reconocidos sus derechos con la finalidad de crear igualdad entre este y el grupo mayoritario para lograr un equilibrio social; sin embargo, en las comunidades indígenas se busca su conservación, identidad cultural y desarrollo social.

De igual forma se debe precisar que una etnia refiere a un conjunto de personas que cuentan con características comunes, sin embargo estas no tienen una relación con un territorio y carecen de conciencia e identidad como comunidad.

Pueblos indígenas

La definición del término pueblo -bajo una visión política- es el conjunto de todas las personas que integran un país, el cual se encuentra vinculado con el término jurídico “soberanía popular”, es decir, a quien corresponde la titularidad de dicha soberanía.

El primer párrafo del artículo 2º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

“La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Por otro lado, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, (tratado vigente del Estado mexicano, con fecha de

publicación en el Diario Oficial de la Federación, del 24 de enero de 1991) definió a los pueblos indígenas, en su artículo 1.1 inciso b) como:

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

El término “pueblo” se entiende como la agrupación humana, consciente, vinculada por ideales compartidos y con una consciencia común,¹² a la cual se le atribuyen derechos y obligaciones, y surge de la formación cultural del Estado.¹³ No debe confundirse con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya existencia y derechos se reconocen en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁴

En el sistema jurídico mexicano se puede diferenciar al Estado del pueblo, ya que el primero es un pueblo con soberanía y como persona jurídica de derecho internacional, mientras que a los pueblos indígenas son considerados como parte de la población nacional, titulares de derechos colectivos que no posee el resto de la población.¹⁵

En el ámbito internacional se ha adoptado el término pueblo y no poblaciones, como lo refieren la Carta de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración de las Naciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; concepto aceptado por la mayoría de los Estados, reproducido en

¹² Borja, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 30.

¹³ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 174.

¹⁴ Rodolfo Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, Colmex-IIDH, 1988, pp. 127-128.

¹⁵ López, Bárcenas, Francisco, *Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas de México*, México, Universidad Autónoma de Coahuila, 2012, p. 278

la legislación nacional en donde tienen cuidado de reconocer los derechos a los pueblos.

Una vez explicados dichos conceptos, es necesario abordar si las comunidades y pueblos indígenas forman parte de los sujetos de derechos.

En la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, al artículo primero de la Constitución Federal, dispuso que las personas gozarán de los derechos establecidos en la misma y en tratados de los cuales el Estado mexicano sea parte, creando un bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, es decir, los derechos contenidos en dichos tratados tienen rango constitucional.¹⁶

Si bien, el texto constitucional no establece específicamente que la protección se extiende a las personas jurídicas, a partir de una interpretación del principio pro persona (establecido en el mismo artículo), y haciendo referencia al bloque de constitucionalidad, dicho precepto no solo protege a las personas físicas o seres humanos, “la persona como sujeto del derechos no se agota en la persona física...”¹⁷, sino también a las personas jurídicas o morales, las cuales son “la organización creada a partir de la agrupación voluntaria de una pluralidad de personas físicas, con una finalidad común, una identidad propia y diferenciada que trasciende la de los individuos que la integran, dotada de órganos que expresan su voluntad independiente a la de sus miembros así como de un patrimonio propio, a la que el ordenamiento jurídico atribuye personalidad y, consecuentemente, reconoce capacidad para actuar en el tráfico jurídico, como sujeto independiente de derechos y obligaciones”.¹⁸

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, p. 65.

¹⁷ PICCATO, Rodríguez, Antonio Octavio, Teoría del Derecho, IURE, México, 2006, p. 144.

¹⁸ Tesis XXVI.5o. (V Región) 2 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, t. 2, agosto de 2012, p. 1876.

Lo que implica el reconocimiento de sujeto de derecho, es tener la capacidad de ser *titular de derechos* – goce y ejercicio- y de deberes. La violación de aquel reconocimiento presupone desconocer del todo, la posibilidad de ser *titular* de los *derechos* y deberes fundamentales.¹⁹

Las personas jurídicas colectivas son sujetos de derecho, reconocidas, inclusive en el derecho internacional, un ejemplo de ello son los grupos indígenas.²⁰ La titularidad de las personas jurídicas sobre sus derechos recae en la medida en que sean conforme a su naturaleza y a sus fines, ello a la luz del principio *pro persona*,²¹ toda vez que la Constitución no hace distinción de personas.

Aunado a lo anterior, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos ha reconocido la titularidad de derechos de las comunidades indígenas, tanto de la comunidad como de sus miembros. En el año 2012, la Corte, al analizar el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador reconoció, no solo a los miembros de la comunidad indígena como titulares de derechos sino a esta misma,²² en el cual manifestó que hay algunos derechos que los miembros de las comunidades indígenas gozan por sí mismos, mientras que hay otros derechos cuyo ejercicio se hace en forma colectiva a través de las comunidades, por lo que son sujetos de derechos.

Los pueblos indígenas en México fueron concebidos como sujetos de derecho a través de los Acuerdos sobre Derechos y Cultura Indígena firmados el 16 de febrero de 1996 entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional y el Gobierno Federal,

¹⁹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrafo 248.

²⁰ Estrada, Adán, Guillermo Enrique, *Curso Básico de Derecho Internacional*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2012, p. 8.

²¹ Tesis P. /J. 1/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 16, tomo 1, marzo de 2015, p. 117.

²² Cfr. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, puntos declarativos 2 a 4.

popularmente conocidos como Acuerdos de San Andrés, por el nombre de la comunidad chiapaneca donde se firmaron.²³

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 2° primer párrafo, reconoce la composición pluricultural de la nación y en su cuarto párrafo delega el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas a las constituciones y leyes federales; estableciendo solamente criterios generales para su reconocimiento, texto que se queda corto en la reforma constitucional, ya que se pretendía, desde la Carta Magna, se reconociera la personalidad de las comunidades y pueblos indígenas; dicho texto deja en ambigüedad la titularidad de los derechos y obligaciones de dichas comunidades.

Se mencionaba que dicho artículo constitucional establece un criterio fundamental para determinar si una persona forma parte de un pueblo indígena, criterio subjetivo y cultural, que consiste en tener la conciencia de pertenecer a un pueblo indígena es decir, toda persona que se diga permanecer a una comunidad, se identifica con su estilo de vida, actúa bajo sus principios y el pueblo reconoce a esa persona como miembro integrante, debe ser considerado como indígena.

Los pueblos indígenas, aunque no se encuentre reconocida como tal su personalidad jurídica en la Constitución Federal (lo cual complica el ejercicio de sus derechos), si se realiza por parte de las Entidades Federativas; además que como ya vimos, se reconoce dicha personalidad en el ámbito internacional, como sujeto de derechos; y en aplicación del principio pro persona previsto en el artículo 1° constitucional, se puede concluir que los pueblos indígenas son titulares de derechos, pues existen derechos que solo pueden ejercerse de manera colectiva dada su naturaleza.

²³ Dirección de Estudios de sobre soberanía alimentaria y nueva ruralidad, Cámara de Diputados Los pueblos indígenas como sujetos de Derecho Público, CEDRSSA, 2007, p. 5.

1.2 Definición jurídica de lo que se entiende por comunidad indígena y sus diferencias con una comunidad tribal

En el punto anterior, abordamos la problemática de la definición del concepto “comunidad indígena”, el cual, hasta el día de hoy no existe definición concreta, los expertos en la materia, lo han formulado a partir de la identificación de algunas de sus características, elementos esenciales que diferencian del resto de la sociedad.

Los criterios para la identificación de un pueblo indígena son dos, el primero es el objetivo, a) mantienen una continuidad histórica, es decir son descendientes de los pueblos que habitaban antes de la colonización o el establecimiento de fronteras estatales,²⁴ b) existe una conexión territorial en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región, c) mantienen total o parcialmente sus instituciones sociales, culturales, políticas, económicas, las cuales son distintivas y propias, d) existe de igual forma, un posicionamiento de las tierras ancestrales así como de los recursos naturales existentes en ellas, e) su organización es de carácter descentralizado, ya que las decisiones son tomadas a partir de una base consensual, f) cuentan con una visión global de la Tierra, son protectores y respetuosos de la naturaleza que les rodea, g) tienen prioridad en el tiempo, con respecto a la ocupación y uso del territorio específico, h) la preservación voluntaria de la especificidad cultural, de organización, lenguaje, instituciones jurídicas, i) un reconocimiento por parte de la sociedad diferenciada, así como de las autoridades estatales de una colectividad diferenciada, j) lamentablemente, las comunidades y pueblos indígenas sufren una discriminación, marginación, exclusión, por el resto de la sociedad y de las autoridades.

²⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación*, Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas, Nueva York, 2010, p. 5 HR/PUB/10/3.

Lo anterior, no establece una definición, al contrario, solo son criterios, parámetros que generalmente se hacen presentes en las comunidades y pueblos indígenas, en menor o mayor medida.

Por otro lado el criterio subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva como pueblo indígena, tanto en lo individual como en lo colectivo.²⁵ Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la identificación de cada comunidad indígena “es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía”.²⁶

Por lo tanto, corresponde a la comunidad indígena identificar su propio nombre, organización, pertenencia, etc., sin que el Estado o algún ente externo la contravengan, al contrario, solo deben limitarse a respetar las determinaciones que realice la comunidad, es decir, la forma de auto-identificarse.²⁷

Para continuar con este trabajo de investigación es preciso tratar de establecer criterios que permitan diferenciar a las comunidades indígenas de las tribales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que las comunidades tribales no son indígenas de la región (que habita) y que comparte ciertas características en común con las comunidades indígenas, al tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes al resto de la población, así como identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus costumbres o tradiciones.²⁸

²⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 2010, p. 11

²⁶ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie Con. 214, párr. 37

²⁷ Ídem.

²⁸ Artículo 1.1 (a) del Convenio 169 de la OIT.

La diferencia existente entre los pueblos indígenas y los tribales radica en que los primeros, viven en continuidad histórica en un área determinada, antes de la época de colonización, en la conquista o en el momento en que se establecieron las actuales fronteras estatales y las comunidades tribales no cuentan con ello, surgen por una cuestión cultural sin tener ese vínculo de antigüedad en el territorio antes de la conquista, es decir, surgieron después de que se establecieron los límites territoriales.

El criterio subjetivo de las comunidades indígenas, antes explicado, es igual de aplicable a las comunidades tribales, lo más importante es la auto-identificación colectiva e individual como una comunidad tribal.

Las comunidades indígenas son dinámicas, se encuentran en constante evolución, hacia una adaptación en el transcurso del tiempo, como lo hacen todas las sociedades. Son descendientes de los habitantes de América precolombina, en el transcurso de los siglos han conformado estructuras sociales, espirituales, de organización, idioma, costumbres, identidad, su cultura.²⁹

En conclusión, las comunidades y pueblos indígenas cuentan con particularidades en todo su entorno que amerita un análisis particular y específico, para así poder garantizar una efectiva protección de sus derechos.

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos Organización de los Estados Americanos. 2010, p. 13.

1.3 La importancia de las comunidades indígenas para México

En este punto, abordaremos los puntos importantes, trascendentales en la vida de México, en donde se cuenta con la participación de las comunidades y pueblos indígenas, la cual es de gran relevancia.

México cuenta con casi 2, 000,000 de kilómetros cuadrados, de los cuales, la población indígena ocupa la quinta parte del territorio nacional. La tercera parte de los municipios son indígenas. Viven en 40,000 localidades, donde el 46% registra menos de 1000 habitantes. La medicina tradicional forma parte de su patrimonio, las parteras han sido reconocidas como grupo profesional.

Nuestro país se encuentra en el sexto lugar en el mundo,³⁰ que cuentan con la mayor cantidad de pueblos indígenas. Se hablan más de 100 lenguas, de las cuales 60 son aportadas por los grupos indígenas.

El 70% de la población indígena se dedica a la agricultura, y participan en cultivos agro-comerciales, especialmente el café en donde dos terceras partes de los productores son indígenas.

Por otro lado, el 70% de los yacimientos de petróleo, se encuentran en tierras que cuentan con gran población indígena. La explotación de dichas tierras a beneficiado a toda la población mexicana, excepto a los indígenas, ya que solo han sido afectados por la contaminación de sus tierras y sus recursos naturales.

³⁰ García, Aguirre, Miguel Ángel A, *Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas de México y Recursos Genéticos*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2007, p.8.

En Chihuahua los municipios indígenas de Guazapares y Urique aportan la décima parte de la producción de oro. En Nayarit, el Municipio de Huajicori aporta el 90% de la producción estatal de plomo, el 97% de cobre y el 68% de oro.

Por otro lado, las principales presas de nuestro país se han construido en regiones indígenas, eliminando gran parte de la riqueza natural que tenían éstos territorios, desplazando a los indígenas y obstaculizando el desarrollo pleno de su forma de vida, de producción, así como de sus actividades culturales, las cuales son fundamentales para la subsistencia como pueblo-comunidad indígena.

México cuenta con el quinto lugar³¹ en la importancia panorámica ambiental, por su gran diversidad biológica, principalmente en las regiones indígenas, en las cuales se han encontrado 103 especies endémicas, 925 especies de animales, 620 habitan en las regiones indígenas, de las cuales, 155 se encuentran en peligro de extinción, 295 están amenazadas, 25 en una protección especial y 145 se consideran raras; dos terceras partes de la especie animal de nuestro país, habita en territorios indígenas. De igual forma, el 70% de la riqueza vegetal, se encuentra en zonas indígenas.

La diversidad ambiental tiene una relación intrínseca con la población indígena, es decir, las comunidades y pueblos logran adaptarse mejor a los ecosistemas, descubriendo las mejores formas de apropiación, manejo y utilización de los recursos naturales que se encuentran en su territorio, esto como un modo de supervivencia. Existe un intercambio de energía, visión que se encuentra lejos de la explotación; se retroalimenta de forma solidaria.³²

Las culturas indígenas en el México han luchado por una igualdad, pero lejos de la concepción del Estado que la concibe como homogeneidad, pues este ha tratado por todas las vías que no exista diversidad, sino que exista una sola idea imperativa

³¹ Ídem.

³² Ídem.

hacia todos; lo cual ha traído consigo el exterminio de las comunidades indígenas; prueba de ello es la eliminación de la propiedad comunal indígena, la cual ya se les había reconocido por parte de la colonia española; se les impuso el español como lengua nacional, la educación, leyes, etc. Todo ha sido la imposición de una visión occidental a los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas han sido una preocupación para el ámbito internacional, tanto que han inspirado la adopción de normas laborales, por ejemplo la Organización Internacional del Trabajo elaboró un Convenio, primero el 107 y posteriormente el Convenio 169, Convenio sobre trabajos forzados 29, a fin de subrayar la importancia de los pueblos que hoy en día, viven en marginación, discriminación y explotación.³³

Las comunidades y pueblos indígenas, pueden ofrecer a las sociedades modernas, un sinfín de enseñanzas acerca del manejo y preservación de los recursos naturales, esto por el papel que desempeñan los indígenas en la conservación de la biodiversidad que los rodea.³⁴

2. Los conocimientos tradicionales desde una perspectiva general

En esta parte del presente trabajo de investigación, abordaremos las cuestiones generales en torno a los conocimientos tradicionales, la relación que guardan con los recursos genéticos y las expresiones culturales, así como los problemas a los cuales

³³ *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, Suiza, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1989 (núm. 169); pp. 4. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

³⁴ Prieto, Acosta, Margarita Gabriela, "Conocimiento indígena tradicional: el verdadero guardián del oro verde", *Boletín de Antropología Universidad de Antioquía*, Medellín, Colombia, volumen 18, 2004, No. 35, p. 130.

se enfrentan las comunidades como son la biopiratería y la bioprospección, vinculado todo esto con los deberes de respeto, garantía y protección del Estado mexicano.

Las comunidades indígenas, en el transcurso del tiempo, han aprendido, usado y transmitido los conocimientos tradicionales sobre la diversidad local, la cual ha sido utilizada para diversos fines, desde medicamentos, prendas, formas de producción de la tierra, etc.

Las comunidades y pueblos indígenas dependen de los recursos biológicos para diversas cuestiones, entre ellos su desarrollo integral. Los conocimientos tradicionales han ayudado a dichas comunidades a mantener, preservar, proteger e incrementar la diversidad biológica de sus territorios.³⁵

Los conocimientos tradicionales se crean, mantienen, desarrollan y evolucionan a partir de la comunidad; los cuales pueden ser compartidos con otras comunidades u otros pueblos indígenas. El valor de los conocimientos tradicionales radica en que forman parte del patrimonio natural y cultural, así como de su identidad. Esto es una de las complicaciones del análisis y por lo tanto, la dificultad de la aplicación de las medidas a los conocimientos tradicionales.

El acceso y uso inadecuado de los conocimientos tradicionales indígenas se ha caracterizado por realizarse sin el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas, las cuales durante siglos, los han creado, conservado, reproducido, innovado, y protegido, así como por la repartición de beneficios derivados del uso de dichos conocimientos, muchas veces injustos por la ausencia de un sistema

³⁵ Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, Convenio sobre la Diversidad Biológica: ABS Conocimiento tradicional, Canadá, 2011, p. 2.

jurídico que regule dichos procesos, “privilegiando el uso de patentes que no responden a las necesidades indígenas”.³⁶

En México, las comunidades indígenas han presentado la problemática principalmente en el ámbito de la medicina tradicional, a través de la biopiratería y la bioprospección.³⁷

Para las comunidades indígenas, los conocimientos tradicionales forman parte de la visión holística del mundo y son inseparables de su forma de vida, valores culturales, creencias espirituales, valores culturales y de sus sistemas jurídicos consuetudinarios.³⁸

Los conocimientos tradicionales son respuesta intelectual de las necesidades de las comunidades indígenas y su protección es de gran relevancia ya que está en juego la sobrevivencia de las mismas, existe una constante amenaza sobre la supervivencia cultural, así como presiones sociales, medioambientales, migraciones, idioma, que se encuentra en peligro por una visión moderna.

2.1 ¿Qué son los conocimientos tradicionales?

En el ámbito internacional como en el nacional, no se ha llegado a generalizar una definición predominante entre los Estados, pues el término “conocimientos

³⁶ García, Aguirre, Miguel Ángel A, *Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas de México y Recursos Genéticos*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2007, pp. 4.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales”; Serie de folletos sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales Tradicionales/Folclore; Ginebra, Suiza, Folleto número 2, p.1.

tradicionales” es bastante amplio, sin embargo, diversos instrumentos internacionales han tratado de definir el término a proteger.

En ese sentido, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), refiere a los conocimientos tradicionales como patrimonio cultural inmaterial³⁹ y el Protocolo de Nagoya (del CDB) sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización, los refiere como aquellos conocimientos que se encuentran relacionados con los recursos genéticos.⁴⁰

La Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO)⁴¹ los define como fuente de riqueza inmaterial y material, en particular los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos y su contribución positiva al desarrollo sostenible, así como la necesidad de garantizar su protección y promoción de manera adecuada.⁴²

Por su parte, el Artículo 8 j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), se refiere a los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica⁴³.

Por otro lado, existen otros instrumentos los cuales, si bien, no forman parte del sistema jurídico mexicano, dan luz y contenido al tema abordado, como es el caso del Artículo 9.2 del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la

³⁹ La Convención fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de marzo de 2006.

⁴⁰ Protocolo publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de octubre de 2014.

⁴¹ La Convención fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de febrero de 2012.

⁴² Preámbulo de la Convención.

⁴³ Convenio publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 7 de mayo de 1993.

Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación que protege los conocimientos tradicionales que pertenecen a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura⁴⁴ y la Declaración de Mataatua en la recomendación 1.1 establece que los pueblos indígenas deben definir sus propiedades culturales e intelectuales.

Varias declaraciones internacionales, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece el derecho de los pueblos indígenas de mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones y manifestaciones culturales tradicionales, así como el derecho a la autonomía y libre determinación.⁴⁵

Por su parte, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y el Folclore, define al conocimiento tradicional como el resultado de una actividad intelectual en un contexto tradicional, que incluye aquellos conocimientos especializados, las prácticas, las capacidades e innovaciones.⁴⁶

El conocimiento tradicional refiere a todos aquellos conocimientos dinámicos,⁴⁷ conjunto de saberes,⁴⁸ innovaciones y prácticas de carácter colectivo, generados y ejercidos por una determinada comunidad indígena (por varias de ellas o compartidas

⁴⁵ Artículo 31.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁴⁶ Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y el Folclore, “La Protección de los conocimientos tradicionales: proyecto actualizado de análisis de las carencias”; 20 de julio de 2018; p. 3. WIPO/GRTKF/IC/37/6.

⁴⁷ Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Glosario de Términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales”, vigésima sexta sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 2013, p.2, WIPO/GRTKF/IC/26/INF/8.

⁴⁸ García, Aguirre, Miguel Ángel A., *Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas de México y Recursos Genéticos*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2007, p.

por pueblos indígenas) los cuales se crean en contexto tradicional, relacionados con el uso de los recursos genéticos, sus derivados o recursos biológicos que contienen. Dichos conocimientos han sido desarrollados por las comunidades a través de siglos, los cuales forman parte de la adaptación de sus necesidades culturales y ambientales, y que son transmitidos de generación en generación.⁴⁹

Los “conocimientos tradicionales” incluyen, por lo general, el patrimonio intelectual y cultural inmaterial, las prácticas y los sistemas existentes, en particular de las comunidades indígenas y locales (conocimientos tradicionales en sentido general o extenso)⁵⁰ es decir, los conocimientos tradicionales refieren a su contenido y a las expresiones culturales tradicionales, folclore, así como signos y símbolos asociados.⁵¹

Los conocimientos tradicionales son relevantes para los tres sectores que participan en su uso; primeramente se encuentran las comunidades indígenas, al ser dependientes de los recursos biológicos implementados en su vida cotidiana; posteriormente los usuarios, los cuales utilizan los conocimientos tradicionales para tener acceso a los recursos genéticos con la finalidad de hacer investigaciones académicas o para el desarrollo de productos industriales, y por último se encuentran las autoridades nacionales, las cuales deben ser competentes para crear un equilibrio entre las negociaciones que se realicen entre los usuarios y las comunidades indígenas.⁵²

⁴⁹ Secretaría del Convenio sobre Diversidad Biológica, Convenio sobre la Diversidad Biológica: ABS Conocimiento tradicional, Canadá, 2011, p. 2.

⁵⁰ Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de análisis de carencias: revisión”, décimo tercera sesión, OMPI, Ginebra Suiza, p. 23 del Anexo I. WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.

⁵¹ Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Los conocimientos tradicionales: opciones políticas y jurídicas” sexta sesión, OMPI, Ginebra Suiza, p. 34 (documento WIPO/GRTKF/IC/6/4).

⁵² *Ibidem*.

Por otro lado, es importante hacer mención de los conocimientos tradicionales asociados, que de conformidad con el Comité Intergubernamental de sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, dichos conocimientos son aquellos sustantivos de las propiedades y los usos de los recursos genéticos que tienen los pueblos indígenas y las comunidades locales y que estén directamente relacionados con una invención reivindicada.⁵³El Conocimiento Tradicional es una fuente de información para que puedan ser identificados los recursos genéticos, los cuales han beneficiado a toda la humanidad al ayudarla a encontrar soluciones a sus necesidades.

Los conocimientos tradicionales tienen gran importancia en cuanto al acceso y la participación en los beneficios de los recursos genéticos. Para que sean utilizados adecuadamente dichos recursos, es necesario que el consentimiento sea libre, previo e informado de las comunidades indígenas, así como los beneficios sean compartidos, justos y equitativos.⁵⁴

La variación en la terminología de los conocimientos tradicionales radica en la importancia que éstos tienen para las diferentes áreas de la política, así como el gran alcance que tienen los conocimientos tradicionales, los cuáles se encuentran inmersos en todas las áreas de vida de una comunidad. Sin embargo, no se requiere de una única definición para determinar el alcance de su protección, adoptado en varios instrumentos internacionales en la esfera de la propiedad intelectual;⁵⁵ puede darse el caso de otorgar una lista exhaustiva pero no limitativa de los conocimientos

⁵³ Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Recomendación Conjunta sobre los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales Asociados” octava sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 7 a 9 de julio de 2014 p. 2 (documento WIPO/GRTKF/IC/28/7).

⁵⁴ Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Panorama General sobre las Cuestiones Relativas a la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y el Folclore” primera sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 16 de marzo de 2001, p. 65 (documento OMPI/GRTKF/IC/1/3).

⁵⁵ Ídem.

tradicionales, por ejemplo el Convenio de Berna que no incluye una definición única de que se entenderá por “obras literarias y artísticas”.⁵⁶

Ahora bien, el Comité Intergubernamental de la OMPI, en la sesión de diciembre de 2001, determinó, a partir del cuestionario realizado a los países, que la definición de conocimientos tradicionales atiende a la tradición y cultura de cada país. Por ejemplo, Panamá protege las expresiones artísticas, folklóricas y el conocimiento tradicional relacionado a los mismos, a través del artículo 5° de la Ley 20 de 2000, el derecho que se reconoce sobre las técnicas de elaboración o confección de los instrumentos de trabajo y arte tradicional indígena; Perú protege los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos naturales y la biodiversidad.

De lo anterior, se puede advertir, que el Estado puede llegar a determinar cuáles son los conocimientos tradicionales que serán objeto de protección, es decir, materializa el conocimiento tradicional, sin embargo, los conocimientos son derechos natos de las comunidades indígenas, independientemente de su materialización, por ello, es fundamental saber que conocimientos son considerados para las comunidades indígenas mexicanas como tradicionales y los problemas que se susciten

En el seno de la OMPI fue discutido el tema, y se concluyó que es indispensable que se materialice el conocimiento tradicional y que es necesaria su catalogación, la cual es imprescindible para el proceso de conservación de los conocimientos tradicionales, las comunidades y pueblos indígenas; el registro, inventario o base de datos, no exige que los conocimientos tradicionales tengan la característica de invención como son la protección a través de patentes.

⁵⁶ Artículo 2.1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

De igual forma, se hizo mención de las categorías que conforman el conocimiento tradicional, las cuales son:

- Las medicinas y métodos de curación
- Los conocimientos tradicionales de carácter secreto.
- Las teorías científicas en ámbitos como la física y la biología molecular.
- La arquitectura.
- La astrología tradicional.

Aunado a lo anterior, el Comité sugiere que de existir una definición amplia se mencionan algunos elementos que debería incluir la misma:

- El conocimiento como originado, preservado y transmitido en un contexto tradicional.
- Asociación del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas.
- Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, conocimiento que tiene su origen en una actividad intelectual.
- Sentimiento por parte de la comunidad o grupo del conocimiento como tradicional.

El Comité Intergubernamental, estableció que la definición de los conocimientos tradicionales, no es un requisito indispensable para la protección jurídica de los mismos, sino la identificación de las características que esta debe cumplir para la condición de protección, los cuales deben ser novedosos y ser susceptibles de invención industrial; el Comité asocia a los conocimientos con la propiedad intelectual y su sistema de protección.

2.1.1 Elementos fundamentales que constituyen a los conocimientos tradicionales

Como vimos en el capítulo anterior, los conocimientos tradicionales no tienen una definición universal, sin embargo, se han descrito a través de las características peculiares con las que cuentan y que los hacen merecedores de protección.

Una de las características con la que cuentan los conocimientos es que son tradicionales, ello por el contexto, el método y las calidades del proceso intelectual que genera el conocimiento, incluido el contexto comunitario y cultural.⁵⁷ En este sentido, el modo en que se originan, preservan y transmiten dichos conocimientos puede ser al menos tan significativo como el contenido del mismo.

Los conocimientos tradicionales no siempre son fijos y estáticos, la mayoría de ellos son dinámicos, pueden evolucionar, adaptarse y transformarse a su vez,⁵⁸ también tienen una dimensión cultural, que los diferencia de otras formas de información científica o tecnológica.

Los conocimientos tradicionales se encuentran inmersos en todos los ámbitos de la vida de la comunidad indígena, como es la alimentación, la agricultura, la medicina, el medio ambiente, etc. No todos los conocimientos tradicionales se crean de una manera colectiva ni se transmiten de generación en generación.

⁵⁷ Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Elementos de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales” tercera sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 13 al 21 de junio de 2002, a partir del párrafo 12, (documento WIPO/GRTKF/IC/3/8).

⁵⁸ Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos”, tercera sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 13 al 21 de junio de 2002, a partir del párrafo 12, (documento WIPO/GRTKF/IC/3/9).

Los referidos conocimientos otorgan a la comunidad un sentido de identidad; una conexión importante entre éstos y la comunidad en donde se originan. Dentro de las comunidades indígenas existe una noción de titularidad colectiva de los conocimientos tradicionales, así como un sentido de responsabilidad, guarda y custodia de los mismos⁵⁹ de preservarlos y de utilizarlos de una manera adecuada.

Las características que determinan de manera ejemplificativa, más no limitativa, a los conocimientos tradicionales indígenas son:

- a) **Naturaleza de su creación.** Dichos conocimientos han sido creados y mantenidos en un contexto colectivo por las comunidades, naciones, locales y los pueblos indígenas. Los conocimientos tradicionales se desarrollan de manera colectiva, por ello no es posible identificar a un solo “autor o autores” del mismo, al ser colectivos pertenecen a la comunidad en su conjunto, y no a un individuo.

Aunado a lo anterior, los conocimientos son colectivos, ya que son usados de manera intergeneracional, cada generación tiene la responsabilidad de cuidar el conocimiento para generaciones futuras, por ello, ni las propias comunidades, ni mucho menos un tercero se puede apropiar de dicho conocimiento.

- b) **Vinculación.** Los conocimientos tradicionales se encuentran directamente asociados a la identidad cultural y/o social y al patrimonio cultural de las comunidades y pueblos indígenas. En el artículo 24 de la Ley 26839 de Perú se establece que los conocimientos tradicionales son propiedad cultural de las mismas comunidades, por ello, tienen derecho sobre ellos y la facultad de decidir respecto a su uso.

⁵⁹ Informe de las Misiones Exploratorias de la OMPI, pp. 21 y 22.

- c) **Transmisión.** Dicho conocimiento se trasmite de generación en generación, de forma consecutiva o no.
- d) **Perduración.** Pueden pervivir en forma codificada, oral o de otra índole.
- e) **Evolución.** Los conocimientos tradicionales pueden ser dinámicos y evolutivos⁶⁰ de conformidad con las necesidades de las comunidades y pueblos indígenas.
- f) **Forma de creación** no metódico.
- g) **Carácter** no sistemático
- h) Pueden constituir **materia prima** para la obtención de productos procesados con valor económico agregado.
- i) **Conservan** los recursos naturales de las comunidades y pueblos indígenas.
- j) **Tienen una relación estrecha con su territorio.** Para las comunidades indígenas, sus conocimientos, su cultura y su territorio son conceptos inseparables.
- k) **Carácter tradicional.** En el entendido de que los mismos no son obsoletos o viejos, sino que atienden a una cuestión de cosmovisión, como es que las comunidades indígenas transmiten de generación en generación, es decir, la manera en que se originen, conservan y se transmiten los conocimientos.

El utilizar los conocimientos tradicionales de manera inapropiada, tiene un efecto nocivo y de agresión para las comunidades que los originan.

⁶⁰ Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de artículos”, vigésima octava sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 2 de junio de 2014, p.7 (documento WIPO/GRTKF/IC/28/5).

2.1.2 Referencias de uso de conocimientos tradicionales indígenas

Los conocimientos tradicionales al ser una respuesta a las necesidades de las comunidades y pueblos indígenas se han implementado en diversos aspectos de su vida y de la del resto de la población, pues no solamente han ayudado al crecimiento de las comunidades sino han traído diversos avances a la sociedad en su conjunto; a continuación se ejemplificará el uso de los conocimientos en el mundo.

La comunidad de Samoa -ubicada en Oceanía- de conformidad con un acuerdo que hizo, participará en los beneficios de un medicamento que curará el SIDA basados en sus conocimientos sobre el árbol de mamala; mientras que la tribu Kani del sur de India, participará en los beneficios obtenidos por la creación de un medicamento para deportistas llamado Jeevani, que es un agente contra el cansancio y el estrés, el cual está basado en sus conocimientos respecto a la planta medicinal llamada arogyapaacha.

Los conocimientos tradicionales que poseen las comunidades de Canadá, se han utilizado para la planificación del medio ambiente y la gestión de los recursos naturales.

El pueblo Seri de México, utiliza la marca Arte Seri para distinguir sus obras de artesanías basadas en sus conocimientos tradicionales y recursos genéticos conexos, como una forma de desarrollo económico y social. Dicho pueblo registró la marca Arte Seri para proteger los productos auténticos de palofierro, elaborados mediante métodos tradicionales de la madera del árbol Olneya Tesota. Otro de los productos protegidos en México son las denominaciones de origen olinalá y tequila, que protegen respectivamente la madera barnizada y el aguardiente.

En el año 2001, la República Popular de China, otorgó más de 3,000 patentes sobre innovaciones en medicina china y los curanderos tradicionales tailandeses utilizan la plao-noi para el tratamiento de las úlceras; el pueblo San utiliza el cactus para no tener hambre durante la jornada de cacería; los curanderos tradicionales indígenas de la Amazonia occidental utilizan la vid de ayahuasca para preparar varios medicamentos, que poseen atributos sagrados.

La oryza longistaminata es una clase de arroz silvestre que se cultiva en Malí; que la comunidad de los migrantes de Bela desarrolló sus propiedades específicas y llegaron a la conclusión de que tiene mayor resistencia a las enfermedades. Los investigadores, a partir de estos conocimientos aislaron y clonaron un gen conocido con el nombre de Xa21, que confiere esa resistencia a las plantas de arroz, conocimientos tradicionales y recursos genéticos.

2.2 Recursos genéticos y su relación con los conocimientos tradicionales

Respecto a la definición de los recursos genéticos, diversos instrumentos internacionales se han abocado al estudio de los mismos, por la importancia que representan especialmente para el sector económico. En el artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) se define “recursos genéticos” como “todo material genético de valor real o potencial”.

Por su parte, el artículo 1 de la Decisión 391 de la Comunidad Andina acerca de un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, define a los recursos genéticos como “todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial”.

En el Glosario de pesca de la FAO, el término se define como “germoplasma vegetal, animal o de otros organismos que contiene características útiles de valor

presente o futuro. En especies domesticadas, es la suma de todas las combinaciones genéticas producidas en el proceso de evolución”.

Según el artículo 2 del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO, por “recursos fitogenéticos” se entiende “todo material de origen vegetal, incluido el material reproductivo y de propagación vegetativa, que contiene unidades funcionales de la herencia”.

En el artículo 2 del Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal de la FAO, el término se define como “material de reproducción o de propagación vegetativa de las plantas”.

En el artículo 2.1.a) del Compromiso Internacional de la FAO sobre los Recursos Fitogenéticos (1983), el término se define como “material de reproducción o de propagación vegetativa de las siguientes clases de plantas: i) variedades cultivadas utilizadas actualmente y variedades recién obtenidas; ii) cultivares en desuso; iii) cultivares primitivos (variedades locales); iv) especies silvestres y malas hierbas, parientes próximas de variedades cultivadas; y v) estirpes genéticas especiales (entre ellas las líneas y mutantes selectos y actuales de los fitogenetistas)”. En el Compromiso Internacional no se hace referencia a las “unidades funcionales de la herencia”.

En otros instrumentos jurídicos se hace referencia a los recursos genéticos mediante diferentes términos, por ejemplo en instrumentos de propiedad intelectual refieren a los recursos como “materia biológica”, en la Directiva de la Unión Europea sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, se define como “materia que contenga información genética auto reproducible o reproducible en un sistema biológico”. Con arreglo al Código de Reglamentos Federales Estadounidense, la definición del término “materia biológica” comprenderá “toda materia capaz de auto reproducirse directa o indirectamente”.

El artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), establece que “por recursos biológicos se entiende los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad”. Los recursos genéticos son todo material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial,⁶¹ valor económico, científico y comercial para un gran número de sectores⁶².

Los recursos genéticos tienen dos tipos de usos, comerciales y no comerciales; los primeros se refieren a la producción de artículos y los no comerciales, ayudan a los investigadores a comprender la biodiversidad existente en el planeta.

Ahora bien, una vez definido que se entiende por recursos genéticos, se abordará el alcance de protección de los diversos instrumentos internacionales; por ejemplo, el artículo 15 del Convenio sobre Diversidad Biológica⁶³ reconoce los derechos soberanos del Estado respecto de los recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos lo cual debe estar sometido en la legislación nacional y al consentimiento fundamentado de la parte contratante que los proporciona.

Aunado a lo anterior, en el año 2002, la sexta reunión de la Conferencia de las Partes del Convenio de Diversidad Biológica celebrada en la Haya, con el propósito de ayudar a los Estados partes del convenio, al establecer medidas legislativas, administrativas, de política para el acceso y participación de los beneficios y/o en la negociación de acuerdos contractuales emitió las Directrices de Bonn sobre Accesos

⁶¹ DECISION 391, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, sexagésimo octavo Período Ordinario de Sesiones de la Comisión, 02 de julio de 1996, Caracas, Venezuela.

⁶² Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Recomendación Conjunta sobre los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales Asociados”, octava sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 7 a 9 de julio de 2014, p.1 (documento WIPO/GRTKF/IC/28/7).

⁶³ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1993.

a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización las cuales no son vinculantes, sin embargo, al ser aprobadas por 180 países de manera unánime cobran gran relevancia en el tema.

Por otro lado, el Protocolo de Nagoya sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios derivados de su Utilización en el Convenio sobre la Diversidad Biológica,⁶⁴ es resultado de lo encomendado al Grupo Especial de Trabajo de desarrollar un instrumento internacional y vinculante, que tiene por objetivo compartir los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos en forma justa y equitativa.

El Protocolo obliga a los países a adoptar medidas necesarias para garantizar la seguridad jurídica y transparencia en el acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos tradicionales asociados a éstos, así como todo lo relacionado con la participación y negociación de los beneficios. De igual forma, obliga a adoptar las medidas de regulación de las situaciones de incumplimiento e implementar un mecanismo de participación de beneficios en situaciones transfronterizas.

Aunado a lo anterior, los instrumentos implícitamente reconocen que los conocimientos tradicionales se crean, desarrollan y mantienen dentro de los ámbitos comunitarios, los cuales pueden compartirse con otras comunidades y pueblos indígenas. Su valor no radica en los beneficios económicos que se puedan obtener de ellos, sino que forman parte de su patrimonio natural y cultural, además de su construcción de identidad y de su reproducción social como indígenas.⁶⁵

⁶⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de octubre de 2014.

⁶⁵ García, Aguirre, Miguel A., *Conocimiento tradicional de los pueblos indígenas de México y sus recursos genéticos, Análisis de la problemática actual de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, a nivel internacional y nacional*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2007, p. 4

Esta dualidad paradigmática no es casual, la variedad y riqueza de los ecosistemas, históricamente han permitido y alentado el desarrollo de los más diversos grupos humanos que logran adaptarse a estos ecosistemas, descubriendo las mejores formas de apropiación, utilización y manejo de los recursos, como garantía de supervivencia y reproducción a largo plazo, concibiendo a la naturaleza como productora de una gran variedad de bienes de uso común, estableciendo con ella relaciones de intercambio –de energía- no así de explotación y desarrollando con base en esto, expresiones culturales y cosmovisiones que reflejan la complejidad biológica en la que se sustentan.

Ahora bien, respecto de la problemática que en México se presenta respecto de la apropiación indebida de los recursos genéticos, ello proviene desde la época de la conquista española, en donde la imposición del modelo capitalista occidental, basado ya desde entonces en la veneración del oro y el comercio de la naturaleza y la cultura, modificó las formas indígenas de apropiación e intercambio, obligando a estos grupos a reubicarse en “zonas de refugio” (sierras y selvas); y a sobrevivir en la resistencia, sin renunciar a su cosmovisión, a sus prácticas productivas, ni a sus formas comunales de organización. Es así como durante 500 años se implantó y desarrolló en México-y en el mundo- un modelo de desarrollo industrial, “moderno” y “modernizante”, cuyo objetivo principal se centra en la acumulación de capital por encima de todo: naturaleza, cultura, ética y moral.

El saqueo de recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales, fueron los objetivos principales de los imperios medievales, por encontrar la ruta más corta hacia las Indias Orientales, en donde, además del oro, se buscaban especias y tintes (es decir, por recursos biológicos que contenían recursos genéticos),⁶⁶ visión occidental de tener el dominio absoluto de la naturaleza, mayor utilidad, en el menor tiempo y al menor costo económico posible, por ello, el sistema industrial y occidental

⁶⁶ Galeano, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, septuagésima sexta edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 2004, pp. 27-28.

impulsó la idea de que la ciencia es el único método racional para obtener conocimiento.

Aunado a lo anterior, la apropiación corporativa privada (patentes) ha sido uno de sus fines, que se ha acelerado exponencialmente a finales de los años 80`s, cuando se da la precipitada caída del régimen socioeconómico “socialista” que encabezaba la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS) en tanto que con ello se abrieron totalmente las puertas para la expansión mundial –global- del capitalismo corporativo, como único modelo socioeconómico e ideológico prevaleciente, lo cual coincidió con la ocurrencia de tres revoluciones tecnológicas: informática; comunicaciones y la que se generó en la biología genética y sus implicaciones biotecnológicas.

Toda vez que han sido analizadas las definiciones así como las características de los conocimientos tradicionales y de los recursos genéticos, es de suma importancia realizar un énfasis sobre las diferencias existentes entre dichos términos, y teniendo clarificadas las diferencias, poder realizar un análisis respecto del vínculo existente entre los términos y la importancia que guardan.

Los recursos genéticos son todo aquel material biótico, que contiene información genética la cual tiene un valor real o potencial, tanto para la ciencia, como el comercio; el conocimiento tradicional es una fuente de información para que puedan ser identificados los recursos genéticos, los cuales han beneficiado a toda la humanidad al ayudarla a encontrar soluciones a sus necesidades, por ello, los recursos genéticos deben ser analizados como parte indisoluble de los conocimientos tradicionales, ya que los primeros son conocimientos tradicionales, sin embargo no todos los conocimientos tradicionales son recursos genéticos, entendido como el primero como el género y los segundos como la especie.

2.3 Expresiones culturales y su relación con los conocimientos tradicionales

De conformidad con la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales⁶⁷ define a estas como las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural.

Por otro lado, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y el Folclore, en el documento titulado “La protección de las expresiones culturales tradicionales: Proyecto de artículos”, intenta establecer una definición de las expresiones culturales, por lo que entiende que son toda forma de expresión artística, literaria, creativa y otro tipo de expresión espiritual, tangible o intangible, o una combinación de ambas, como las corporales, materiales, musicales y sonoras, verbales, escritas y sus adaptaciones, independientemente de la forma en que se manifiesten, se exprese o se ilustre y que puede pervivir en forma escrita/codificada, oral o de otra índole.”⁶⁸

Las expresiones culturales tradicionales detentan las siguientes características:

- a) Se generan/manifiestan en un ámbito colectivo en las comunidades y pueblos indígenas.
- b) Se encuentran asociadas de forma directa a la identidad y patrimonio cultural de las comunidades y pueblos indígenas.
- c) Su transmisión es generacional.
- d) Son producto de la actividad intelectual creativa.
- e) Son dinámicas y de constante evolución.

⁶⁷ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 2007.

⁶⁸ Ídem.

De conformidad con la OMPI, las expresiones culturales tradicionales incluyen:

- a) Las expresiones fonéticas y verbales, como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, relatos populares, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos.
- b) Las expresiones musicales o sonoras, como las canciones, los ritmos, la música instrumental, los sonidos que son expresión de rituales.
- c) Las expresiones corporales, como son la danza, atuendos y máscaras ceremoniales, la representación escénica, las ceremonias, los rituales en lugares sagrados y las peregrinaciones, los juegos y deportes tradicionales, las funciones de marionetas, otras interpretaciones y ejecuciones, independientemente de que estén o no fijadas en un soporte.
- d) Las expresiones tangibles, como las manifestaciones artísticas, obras de artesanía, alfombras hechas a mano, obras arquitectónicas, y formas espirituales tangibles y lugares sagrados.⁶⁹

Las expresiones culturales tradicionales, son aquellas manifestaciones que reflejan la elaboración de una creación original por parte de un grupo, el cual constituye una comunidad y que ha ido elaborando estas creaciones autóctonas de forma ancestral, e incluso sus modificaciones, han sido transmitidas de generación en generación y se han perpetuado en el tiempo hasta nuestros días. Se debe reconocer a la propia comunidad que lo ha elaborado y transmitido

Las expresiones culturales son el resultado de la creatividad del ser humano, materialización que se da a través de diversos medios, es decir, se protege la forma en la que se manifiestan las ideas de cualquier grupo social; y la cultura que es practicada en determinada población.

⁶⁹ La protección de las expresiones culturales tradicionales: Proyecto de artículos, Asamblea General de la OMPI.

Ahora bien, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tienen una relación intrínseca, pues los primeros engloban a las expresiones culturales, es decir, todas las expresiones culturales realizadas por comunidades y/o pueblos indígenas deben ser consideradas dentro de la protección a los conocimientos, sin embargo, no todos los conocimientos pueden ser considerados como expresiones culturales.

Dicho lo anterior, se busca que, en el momento de que se cree un sistema *sui generis* de protección a los conocimientos tradicionales, se tomen en cuenta las expresiones que se encuentran vinculadas con estos, y así garantizar una protección amplia a los derechos indígenas, ya que contribuyen al bienestar y desarrollo económico, cultural, medioambiental y social de los pueblos-comunidades indígenas; así como que los beneficios obtenidos por su uso sean otorgados a sus creadores.⁷⁰

Aunado a lo anterior, se busca, que los Estados reconozcan que las culturas tradicionales, el folclore constituyen marcos de innovación, creatividad que benefician a los indígenas, locales, nacionales y a toda la humanidad, por lo que deben ser reconocidas y de igual forma protegidas por el sistema en cuestión.

2.4 Biopiratería

En este apartado analizaremos el término biopiratería y de qué manera, este hecho, afecta a las comunidades indígenas que poseen conocimientos tradicionales trascendentales para el desarrollo de la sociedad.

⁷⁰ Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “La Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales: proyecto de artículos”, vigésima octava sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 7 a 9 de julio de 2014, p.7 (documento WIPO/GRTKF/IC/28/6).

Pat Mooney (presidente de la RAFI ahora ETC Group), en 1993, describe a la biopiratería como la manera de utilizar los sistemas de propiedad intelectual para legitimar la apropiación y control exclusivo de los conocimientos y recursos biológicos, sin reconocimiento, recompensa ni contribución a las comunidades indígenas y campesinas; la biopiratería tiene como finalidad el enriquecimiento de los Estados imperiales.

Los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas son instrumentos estratégicos para encontrar sustancias activas y material genético que ayuda a la disminución de los gastos de inversión para el desarrollo biotecnológico; provocando con ello el exterminio de las comunidades indígenas.

La bioprospección es el rastreo de biodiversidad a través de la exploración y de la investigación con la finalidad de descubrir recursos genéticos, bioquímicos que sean valiosos potencialmente, así como los conocimientos tradicionales para patentarlos, apropiación ilegal y/o ilegítima de los recursos genéticos para el planteamiento privado y lucro comercial, realizado mediante la expropiación del conocimiento legal.⁷¹

En todo proceso de bioprospección con fines industriales o comerciales, existe una notable diferencia entre el valor de venta del producto procesado, en relación al valor de venta del material (planta) original. En industrias como la cosmética, la farmacéutica y la de enzimas, el valor del material original significa solo el 16%, 8% y 0.1% respectivamente, del precio del producto procesado (medicina de patente, perfume, shampoo, etc.). Esto nos debe dar una idea de las multimillonarias utilidades que perciben las multinacionales, ganancias que en gran medida, no son otra cosa que plusvalía obtenida del conocimiento ancestral de los pueblos Indígenas, producto del trabajo socialmente acumulado en forma de saberes, durante cientos e incluso,

⁷¹ García Aguirre, Miguel Ángel A.; *Conocimiento tradicional de los pueblos indígenas de México y recursos genéticos*, Dirección Ejecutiva de Investigación, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Distrito Federal, México, 2007 p. 6, pie de página.

miles de años. Lo anterior indica que la mayoría de productos que son obtenidos por medio de procesos de bioprospección, tienen la posibilidad de obtener altísimas utilidades, lo cual es un factor altamente deseable por parte de los monopolios multinacionales.

Las patentes, marcas comerciales, diseños industriales y los secretos industriales son mecanismos utilizados por los capitalistas para controlar las innovaciones tecnológicas y con ello asegurar las ganancias extraordinarias, por lo que se puede producir el robo de los conocimientos de las comunidades indígenas, a través de la creación de un sistema legal de patentes que permita la concentración de los conocimientos, ideas, invenciones y así poder controlarlos, utilizarlos en beneficios capitalistas.

Como consecuencia de la presión de organizaciones civiles y el saqueo de los recursos biológicos, los Estados se reunieron en Río de Janeiro Brasil para crear por primera vez la normatividad que los obligará a éstos a proteger su biodiversidad, así como regular todo el flujo de los capitales trasnacionales a través de normas en torno a la bioprospección y conservación, dicho documento lleva en nombre de Convenio sobre la Diversidad Biológica.⁷² Dicho convenio establece dos manejos de diversidad:

- a) Se establecen criterios de extracción de recursos genéticos y biológicos, obliga a las empresas bioprospectoras a cumplir con ciertos requisitos.
- b) Que las empresas trasnacionales reconozcan la soberanía de los Estados respecto a su biodiversidad.

Ahora bien, los contratos bilaterales de bioprospección materializan la idea anterior, ya que a través de dichos acuerdos se permite la intromisión, exploración, robos de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales; de igual forma

⁷² Entró en vigor el 29 de diciembre de 1993.

nacionaliza las muestras contenidas en los bancos de germoplasma y los jardines botánicos.

Los contratos de bioprospección no se hacen públicos en ninguna parte del mundo, sin embargo, en México se conocen cuatro contratos:

- a) Diversa y la Universidad Nacional Autónoma de México; destinado para la extracción de bacterias extremófilas.⁷³
- b) Organización de Medios Indígenas Tradicionales de Los Altos de Chiapas (Omietch), el Colegio de la Frontera Sur, la Universidad de Georgia y la empresa Molecular Nature Limited, que versó en la recolección de plantas medicinales.
- c) Contrato entre Sandoz y la Unión de Comunidades Forestales Zapotecas y Chinantecas (Uzachi). Este contrato actualmente terminó su vigencia, sin embargo dentro de los dos años de contrato se extrajeron miles de muestras de hongos microscópicos de la Sierra Norte de Oaxaca para investigar si de los metabolitos secundarios de éstos pudieran obtenerse medicamentos.
- d) Contrato entre American Cyanamid and American Home Products, la Universidad de Arizona y el Jardín Botánico del Instituto de Biología y la Facultad de Química de la Universidad Nacional Autónoma de México. Dicho contrato se dedica a coleccionar cactus, xerófilas y otras plantas de los desiertos mexicanos investigando cuales son las sustancias químicas claves que ayudan a la supervivencia de las plantas en el desierto.

Respecto de lo anterior, se ha intentado establecer una moratoria activa de dichos contratos, sin embargo no se ha tenido éxito; se han recolectado firmas he intentado

⁷³ Extremófilo, la.1. adj. Biol. Dicho de un organismo: Que vive en condiciones ambientales extremas, como las que se dan en aguas termales o profundidades abisales. Diccionario de la Real Academia Española.

dialogar con autoridades gubernamentales, aún no de manera formal, sin embargo el gobierno mexicano ha respondido con la necesidad de reglamentar lo respectivo a los contratos de bioprospección en lugar de detenerlos.⁷⁴

Una de las formas en las que los Estados tienen controlada la biodiversidad es a través de dos vías importantes: in situ que son las áreas protegidas de gran biodiversidad, la mayoría de ellas se encuentran habitadas por pueblos y comunidades indígenas y las ex situ, que son a través de los bancos de germoplasma y los jardines botánicos.

Los bancos de germoplasma son instalaciones que almacenan y conservan la variabilidad genética a través de semillas o células germinales, los sitios de conservación de material biológico por excelencia, cuyo objeto es la conservación de la biodiversidad.

En el año de 1960, México con el apoyo de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) estableció el primer banco de germoplasma forestal, en el entonces Instituto Nacional de Investigaciones Forestales. Existen diversos bancos de germoplasma en la República Mexicana, entre ellos está, el Centro Nacional de Recursos Genéticos, en Tepatitlán Jalisco, el Centro Internacional de Mejoramiento de Maíz y Trigo (CIMMYT) ubicado en Texcoco, Estado de México y el Banco de Germoplasma del Parque Científico y Tecnológico de Yucatán.

La finalidad que persiguen estos bancos es la acumulación de material biológico a través de incluir en el trámite de patentes el depósito de dicho material. Son regulados a través del Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del

⁷⁴ "Rechaza Conabio moratoria a proyectos de bioprospección", La Jornada, 13 de octubre de 2000, México Distrito Federal.

Depósito de Microorganismos a los Fines del Procedimiento en Materia de Patentes, administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Internacional. Dichos bancos cuentan con muestras biológicas a nivel mundial.

Ahora bien, los jardines botánicos son depositarios de germoplasma, y su conservación se realiza a partir de la acumulación y reproducción de especies o colecciones de un género, especialmente para la producción de alimentos, fibra, aceites, medicinales, forestales, plantas nativas, etc.

Por lo que hace a las áreas de gran biodiversidad, se explota los recursos naturales, los seres vivos han sido vistos como materia prima en una nueva rama de producción, son uno de los focos de atracción para la industria con fines de bioprospección y biopiratería, así como los productos agrobiodiversos, ejemplo las múltiples variedades de criollas del maíz, frijol, calabaza y chile.

Un país mega diverso es un blanco de la biopiratería y bioprospección, ya que éstos cuentan con una gran riqueza en especies y en comunidades indígenas, las cuales proporcionan los conocimientos necesarios para poder extraer el recurso biológico necesario para la creación de productos que dejarán beneficios millonarios, ahorrándose el proceso de investigación. Uno de los factores que determinan la diversidad de vegetación y de animales de un Estado es su ubicación geográfica.

México es el país que cuenta con la mayor población indígena en el continente Americano, en las cuales se hablan 280 lenguas originales, lo cual lo posiciona en el quinto lugar mundial por la conservación de dichas lenguas. Una de las formas por las que se determina a un país diverso culturalmente es por las lenguas que se hablan en el mismo⁷⁵, por ello y su biodiversidad ha sido un blanco para la biopiratería.

⁷⁵ BARREDA, Andrés; Biopiratería, bioprospección y resistencia: cuatro casos en México, p. 120

Existen un sin fin de ejemplos que ejemplifican la problemática que se vive en México actualmente, sin embargo abordaremos solo algunos de ellos. En 1943, el bioquímico Rusell Maker, de la Universidad de Pensylvania, logró aislar una hormona esteroide, llamada diosgenina, obtenida a partir de la planta de barbasco, cuya raíz tuberculosa crece profundamente en el suelo selvático y a la cual, a través de conocimientos tradicionales indígenas le daban tres usos diferentes: el primero para la elaboración de jabón para el cabello humano, facilitar la captura de peces, atender enfermedades de la mujer. A partir de este descubrimiento, el bioquímico se asoció con la empresa farmacéutica Laboratorios Hormona, S.A. con sede en México, de propiedad europea para la industria de creación de esteroides.

Aunado a lo anterior, en 1950 la trasnacional Syntex se apropió, monopolizó y transformó industrialmente toneladas de raíz de barbasco, posteriormente otras empresas lograron entrar a México y hacerle competencia a Syntex. No fue hasta 1975, cuando el gobierno mexicano intenta intervenir, creando la empresa PROQUIVEMEX, que fungió como intermediario entre los productores indígenas/campesinos y las trasnacionales.

Lo anterior, junto con los escasos de la raíz, como consecuencia de la sobreexplotación que ya se había dado y los descubrimientos de nuevas zonas de extracción semejante en China, fueron los factores determinantes para que, en los 80's, las empresas trasnacionales norteamericanas y europeas abandonaran México.

Otros ejemplos de biopiratería en el resto del mundo, son los que se suscitó con el árbol de caucho, el cual fue sustraído de manera ilegal de Brasil y fue llevado por el inglés Henry Wickham, en 1876, a la isla de Malasia, la cual, después de unas décadas se convirtió en una de las principales exportadoras de caucho en el mundo, produciendo el detrimento de la economía amazónica.

De igual forma fue el caso de la quinina, sustancia que es derivada del árbol de la chinchona, originario de las selvas de América, la cual es utilizada como tratamiento contra la fiebre. En 1865, el inglés Charles Ledger contrabandó la planta y se la llevó a Java (Indonesia), lo cual provocó que en el siglo XX el 95% de la quinina del mundo proveía de la citada isla, disminuyendo la capacidad de comercio de las comunidades que habitan las selvas de América.

La biodiversidad es un recurso estratégico de gran valor, con el inicio de la biotecnología y la globalización. Por lo anterior, se han propuesto dos enfoques sobre la propiedad de los recursos genéticos: a) que se privaticen b) que deben ser públicos.⁷⁶

Los que están de acuerdo con que se privaticen dichos recursos argumentan que se ha impulsado por las industrias de semillas, agroalimentaria y farmacéutica, por lo que se espera es que el beneficio de las empresas sea para toda la sociedad y que se pueda hacer que el sistema mundial de producción de semillas funcione. Se producen plantas genéticamente uniformes, por lo que afectan la diversidad genética así como el libre intercambio de semillas y plantas.

Por el contrario, las personas que opinan que los recursos genéticos se hagan públicos consideran que la concentración de los mismos en manos de ciertas instituciones es altamente riesgoso, ya que la base genética de los alimentos está desapareciendo, creando una “erosión genética”⁷⁷ al aislar las colecciones de semillas de los procesos de evolución y selección, por lo que no se conserva la diversidad genética sino que se deteriora. El manejo de las semillas debe ser controlado por las universidades o agencias del gobierno.

⁷⁶ Massieu, Yolanda y Chapela Francisco, “Acceso a los recursos biológicos y biopiratería en México”, *El Cotidiano*, México, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco México, vol. 19 núm. 114, julio-agosto, 2002, p. 74

⁷⁷ *Ibidem*.

CAPÍTULO II Obligación de los Estados de proteger los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas

1. Derechos humanos relacionados a los conocimientos tradicionales

En este apartado se analizará el vínculo indisoluble de los conocimientos tradicionales con los derechos humanos, y su protección bajo una perspectiva diferente de la propiedad intelectual, pues en esa rama del derecho todo debe de tener una aplicación industrial, una visión en su generalidad materialista, con la finalidad de que, si lo que se pretende es establecer un nuevo régimen de protección efectivo para los conocimientos tradicionales, se debe ver desde un ángulo más allá de un beneficio económico, una aplicación industrial, sino como una de las partes esenciales que le dan vida a una comunidad indígena.

Primero, se abordará la importancia que tuvo la reforma constitucional del año 2011 en México respecto de los derechos humanos y la forma de percibirlos; posteriormente se analizarán tres derechos humanos que tienen un vínculo indisoluble con los conocimientos tradicionales, que son el derecho a la propiedad, a la cultura e identidad cultural, derechos que fundamentales para poder comprender mejor la materia de protección a la que se pretende llegar.

1.1 Reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011

El 6 y 10 de junio de 2011, en el Diario Oficial de la Federación se publicaron reformas a la Constitución Federal, las cuales significaron la introducción de un nuevo

paradigma constitucional en México respecto de los derechos humanos. Los artículos que fueron reformados son el Capítulo I del título primero, artículos 1°, 3°, 11°, 15°, 18°, 29°, 33°, 89°, 97°, 102° y 105; y en adición de párrafos, a los artículos 1°, 11°, 29°, 33° y 102°.

En estas reformas, el Constituyente logró crear un conjunto de normas de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la Constitución o un tratado internacional, conjunto que integra el nuevo parámetro de control de regularidad constitucional o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano.⁷⁸

Aunado a lo anterior, en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados del 23 de abril de 2009, estableció que el Poder Reformador buscaba aprovechar la oportunidad histórica “para otorgar a los derechos humanos un lugar preferente en la Constitución”, de manera que no existiese distinción entre los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano vía los tratados internacionales”.⁷⁹

La reforma constitucional al artículo 1° pone como eje central del sistema jurídico mexicano, a la persona y sus derechos, los cuales, por mandato constitucional deben ser interpretados a través de dos principios, el primero es la “interpretación conforme”, es decir, dichos derechos serán analizados a la luz de la Constitución y de los Tratados Internacionales.

El segundo principio es el denominado pro persona, refiere que los derechos humanos al ser analizados debe aplicarse la interpretación más favorable o la

⁷⁸ Tesis: P. /J. 20/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

⁷⁹ Gaceta Parlamentaria, Año XII, número 2743-XVI, 23 de abril de 2009.

restricción menos agresiva o restrictiva de la persona; dicha reforma constitucional, se concentra en el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio mencionado como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas.

Aunado a lo anterior, el párrafo tercero del artículo 1° establece los principios que obligan a todas las autoridades a garantizar los derechos humanos, y uno de éstos derechos es el denominado *interdependencia*, el cual consiste en que los derechos humanos establecen relaciones recíprocas entre ellos, de modo que en la gran mayoría de los casos la satisfacción de un derecho es lo que hace posible el disfrute de otros. Por otra parte, el principio constitucional de *indivisibilidad* de los derechos humanos parte de la integralidad de la persona y la necesidad de satisfacer todos sus derechos, lo que excluye la posibilidad de establecer jerarquías en abstracto entre los mismos.

La multicitada reforma constitucional trajo consigo precisiones en el ámbito jurídico que ayudan a proteger de una manera eficaz los derechos humanos:

- Derechos humanos y garantías individuales. El artículo primero constitucional antes de la reforma constitucional citada, establecía la protección de las “garantías individuales”, término modificado por “protección constitucional de los derechos humanos”, toda vez que la terminología “garantías” había sido mal implementada, pues esta refiere a los mecanismos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales por los cuales se hacen valer los derechos humanos.

Además, se señala de manera explícita la prohibición de no discriminación por motivo de preferencias sexuales.

- Uso del concepto persona. Se introdujo en concepto de persona en los artículos 1, 11, 29 y 33, para sustituir los términos individuos y hombre, toda vez que dicho término atiende al sujeto de tiene la titularidad del derecho, es decir, persona en su generalidad, pudiendo ser jurídica.
- Derecho al asilo y refugio. En el artículo 11 Constitucional, se adiciona un párrafo segundo, que constitucionaliza el derecho a solicitar asilo por persecución, y el refugio por causas humanitarias.
- Tratados internacionales. Este tema fue muy debatido, por la jerarquía que ocupaban los tratados internacionales, y es que la falta de precisión de la redacción del artículo 133 constitucional, se estableció que los mismos formarán parte del orden jurídico mexicano. Antes de la reforma, dichos tratados no eran aplicados, ni interpretados, lo que podría conllevar a una violación a un tratado internacional, por ejemplo, anteriormente se dejaba a consideración de las legislaturas locales, establecer la edad por la cual eran imputables las personas, resultado de ello, se procesaba como adulto a una persona menor de 18 años, cuestión que violaba a todas luces lo establecido por la Convención sobre Derechos del Niño.

Ahora, el segundo párrafo del artículo primero, establece la obligación de interpretar los derechos humanos a la luz de la Constitución y de los Tratados Internacionales.

Se estableció la prohibición de celebrar tratados que alteren los derechos reconocidos tanto en la Constitución Federal, así como los tratados y las acciones de inconstitucionalidad promovidas por la CNDH u órganos locales.

- Obligaciones de las autoridades y reparaciones a derechos humanos. Se estableció, en el artículo 1° Constitucional las obligaciones por parte de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar, de conformidad

con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que como consecuencia deben prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos.

- Derechos humanos, educación y sistema penitenciario. En el artículo tercero se estableció que la educación fomentará el respeto a los derechos humanos; de igual manera en el artículo 18 constitucional.
- Suspensión de derechos. El artículo 29 establece los casos de emergencia, el procedimiento para poder suspender derechos humanos y los derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser suspendidos; así como su restricción.

Se elimina la facultad de la Comisión Permanente de aprobar la suspensión de los derechos humanos, toda vez que de presentarse la emergencia en periodo de receso, el Congreso de la Unión deberá ser convocado.

El Ejecutivo Federal deberá de fundamentar y motivar la suspensión de derechos, que sea proporcional el peligro enfrentado, observando los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

La suspensión de derechos debe ser por un tiempo limitado y cesará en el momento que concluya la situación por la que se determinó la suspensión, o por decreto del Congreso; así como las medidas administrativas o legales que se hayan tomado.

- Política exterior. La reforma de la fracción X del artículo 89, relativa a la condición de la política exterior, incluye, dentro de los principios el respeto, protección, promoción de los derechos humanos.

- Expulsión de extranjeros. La reforma obligó al Ejecutivo Federal, en el momento que expulse a un extranjero, respete sus derechos, especialmente el de audiencia, establecida en la Constitución y en los Tratados Internacionales.
- Fortalecimiento del sistema cuasi- jurisdiccional de protección a los derechos humanos. Con la reforma constitucional, se refuerza el sistema cuasi jurisdiccional de protección a derechos humanos, toda vez que se estableció que aún y cuando las recomendaciones de la CNDH no sean vinculantes, las autoridades deben fundamentar su negativa de cumplimiento y a petición de éstos órganos constitucionales autónomos ante el Senado o las Cámaras, se podrán llamar a las autoridades responsables para que justifiquen su negativa, ante el órgano legislativo correspondiente.

Aunado a lo anterior, se estableció una consulta pública para llevar acabo la elección del titular de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo y de los titulares de los órganos locales, sin embargo en la actualidad, dicho precepto no es del todo respetado.

Por último, se declinó la competencia de investigación de graves violaciones a derechos humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

De lo anterior, se puede advertir que la reforma a la Constitución sobre Derechos Humanos trajo consigo la oportunidad de reconocer como parte del catálogo de protección, aquellos derechos de las comunidades y pueblos indígenas reconocidos en instrumentos internacionales, específicamente respecto de sus conocimientos tradicionales, permitiendo así el ejercicio del control de convencionalidad y otorgándole un rango constitucional a los tratados en materia de derechos humanos de los cuales México forma parte.

En este sentido, dicha ratificación por parte del Estado mexicano y con la reforma citada, nos permite afirmar el compromiso adquirido con las comunidades-pueblos indígenas y sus conocimientos tradicionales, respecto de su protección y ejercicio; sostenido principalmente en el Convenio sobre Diversidad Biológica, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

1.1.1 Diferencias y similitudes de los términos derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales

En este apartado, se estudiará las diferencias existentes entre los derechos humanos y los derechos fundamentales; lo cual a nuestra consideración, entre derechos no existe jerarquía alguna, todos son de la misma importancia; cosa diferente es la forma de efectuarlos y los procesos que se deben realizar para ello.

En la doctrina alemana existen solo dos categorías de derechos, humanos (*Menschenrechte*) y derechos fundamentales (*Grundrechte*). Estos últimos han sido entendidos como los derechos públicos subjetivos, positivados y previstos en la Constitución.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, ciudadanos con capacidad de obrar. Dicho derecho subjetivo debe entenderse como cualquier expectativa, tanto positiva como negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica y es status (condición del sujeto) previsto

en una norma jurídica positiva, como titular y/o autor de actos que son ejercicio de estas;⁸⁰ por lo que son indispensables e inalienables.⁸¹

La anterior definición es una visión positivista del derecho, cuya validez del mismo encuentra su fundamento en las normas, pues una de las características de la definición es que dichos derechos sean previstos en la norma jurídica, lo que nos lleva al análisis de que si los derechos fundamentales encuentran su fundamento por que se encuentran en el máximo ordenamiento jurídico, es decir, que los prevea la Constitución, además que los derechos que no se encuentren positivados no pueden ser considerados como fundamentales.

Diversos autores consideran que los derechos humanos y fundamentales, dos nociones de derecho no significan lo mismo, por más que exista una profunda interrelación entre ambas, a su parecer, los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica; facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los *derechos fundamentales*, cuyo nombre evoca su función en la que se basa el orden jurídico de los Estados de derecho. Por tanto, para ellos, los derechos fundamentales constituyen un sector, sin duda el más importante, de los ordenamientos jurídicos positivos democráticos.⁸² Una vez que los derechos humanos son positivados pasan a ser fundamentales y los derechos fundamentales son derechos humanos positivados.⁸³

⁸⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías la ley del más débil*, 3ª. Ed., trad. De Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, España, Editorial Trotta; 2002, p. 37.

⁸¹ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. Miguel Carbonel, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2007, p. 8

⁸² Pérez Luño, Antonio Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, España, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 235 y 236.

⁸³ Robles, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 20 y ss.; Durán Ribera, Willman Ruperto, "La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional", *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 177-194.

Sin embargo diversos autores opinan de diferente manera, por ejemplo Diez-Picazo considera que no existe diferencia entre los derechos fundamentales, derechos humanos y constitucionales, ya que salvaguardan valores que son indispensables para la convivencia de la sociedad.⁸⁴ Además, porque todos los derechos humanos se encuentran reconocidos por la Constitución y, a su vez, los derechos humanos, constitucionalmente reconocidos, son fundamentales, pues son objeto de protección especial por parte de la jurisdicción constitucionalmente instituida.

En ese sentido, la Corte IDH, en el caso Baldeón García, funde los dos términos, lo cual es una demostración más del carácter intercambiable de los conceptos, afirmó que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos.⁸⁵

Se considera que todos los derechos son fundamentales, y la distinción entre éstos solo conlleva al retraso del cumplimiento de las obligaciones estatales, por la manera directa o indirecta de ejercerlos. De igual forma, la Unión Europea utiliza el término derechos humanos y fundamentales como intercambiables, de lo cual da debida cuenta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).

Referente a lo anterior, los Estados han reconocido diversos principios con los que cuentan los derechos humanos,⁸⁶ como son el principio de indivisibilidad,⁸⁷

⁸⁴ Diez-Picazo, Luis María, "Aproximación a la idea de los derechos fundamentales", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000, pp. 225 y 226.

⁸⁵ Corte IDH. Caso Balderón García vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 147, párrafo 82.

⁸⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías la ley del más débil*, 3ª. Ed., trad. De Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, España, Editorial Trotta; 2002, p. 55.

⁸⁷ Principio de indivisibilidad, en la Declaración Final de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 y, más recientemente, reiterada como principio, en la Declaración Final de la Quinta Cumbre de las Américas. En esta última Declaración, los Estados de América reafirmaron "los principios

universalidad e interdependencia, así como de estar relacionados entre sí⁸⁸. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso.

Específicamente, el principio de indivisibilidad de los derechos humanos, consiste en que cada uno de ellos forma parte de una totalidad, es decir, no se pueden fragmentar, entre los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) debe de existir complementariedad e interacción entre estos.

Los derechos humanos se han dividido por generaciones, concepción introducida por Karel Vasak, ex director de la División de Derechos Humanos y de Paz de la UNESCO en la conferencia del Instituto Internacional de Derechos Humanos, en Estrasburgo en 1979;⁸⁹ dicha división surgió en atención a los derechos humanos, yendo de la individualidad a la solidaridad de los mismos y que obedece a la evolución histórica. Sin embargo, esto se ha mal interpretado, y como consecuencia se han jerarquizado los derechos humanos y su exigibilidad, como es lo que sucede con los derechos económicos, sociales y culturales.

El concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ello puede deducirse de valores y principios que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. Los derechos humanos tienen una connotación extra

contenidos en la Declaración y Programa de Acción de Viena, que reconoce que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.

⁸⁸Declaración y el Programa de Acción de Viena (1993).

⁸⁹ González Álvarez, Roberto, "Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación", <https://www.tendencias21.net/derecho/attachment/113651/>

positiva, es decir son anteriores y superiores al derecho positivo e independiente de la posición-jurídica en la que se encuentren.

Referente a los derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la reforma constitucional en derechos humanos era la amplitud del catálogo de éstos, es decir, a partir de la reforma se incorporan los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. En este sentido, a partir de que los tratados forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, resulta irrelevante la fuente u origen de un derecho humano, ya sea la Constitución o un instrumento internacional, toda vez que el artículo 1º constitucional pone énfasis exclusivamente en su integración al catálogo constitucional.”⁹⁰

Por otro lado, los derechos constitucionales no deben su fundamento al nivel de su eficacia o a su protección institucional o procesal, pues estos aspectos de los derechos fundamentales no son la causa de su valía, sino solo el exponente de la misma. Así, los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero, obviamente, no deben su importancia a su protección. De modo que para nosotros no hay sino una fuente, o un criterio, necesariamente material, de su fundamento, a saber: el de su relación, determinada ideológica, teórica, histórica o mediante referencias de este triple orden, con la dignidad y la libertad de la persona humana.⁹¹

De acuerdo con las consideraciones precedentes, la nueva conformación del catálogo de derechos humanos no *puede ser estudiada en términos de jerarquía*, pues la reforma constitucional modificó el artículo 1º de la Norma Fundamental precisamente para integrar un catálogo de derechos y no para distinguir o jerarquizar

⁹⁰ Contradicción de tesis 293/2011, resuelta en sesión plenaria de 3 de septiembre de 2015.

⁹¹ Solozábal Echavarría, Juan José, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 71, enero-marzo de 1991, pp. 87-109.

esas normas en atención a la fuente de la que provienen. Esta conclusión se refuerza si se considera que el artículo 1° constitucional, además de determinar las fuentes de reconocimiento de los derechos humanos, incorpora criterios hermenéuticos para la solución de posibles antinomias frente a la duplicidad en la regulación de un derecho humano.

2. Derecho de propiedad indígena, definición y sistema de protección

Ahora bien, es importante mencionar que los conocimientos tradicionales se encuentran relacionados con múltiples derechos, sin embargo, para la finalidad que se busca se considera de suma importancia abordar tres de los derechos humanos con los cuales se encuentran íntimamente relacionados; el derecho a la propiedad, a la identidad cultural y salud.

Definición del derecho a la propiedad. La palabra propiedad ha tenido una evolución considerable de su concepción. Aristóteles afirmaba que la propiedad era el único instrumento que estimulaba el trabajo pues la propiedad es parte del ser y se encuentra vinculada de manera indisoluble con la vida y la libertad del individuo.

En época del emperador Justiniano se reconoció la potestad plena sobre un bien corporal, el dominio sobre el bien no solo se otorgó a los ciudadanos sino también a los extranjeros. Se establecieron los elementos del derecho de propiedad, como son el usus (el derecho de usar la cosa), fructus (el derecho a percibir frutos de la cosa) y abusus (el derecho a disponer de ella).

En el siglo V, San Agustín consideró a la propiedad como un señorío que Dios ofrece sobre los hombres con entidades irracionales y para Santo Tomás de Aquino la

propiedad privada era el poder concedido por Dios para utilizar las riquezas terrenales. A dicho pensamiento se adhirieron Francisco de Vitoria, Domingo de Soto y Francisco Suárez.

Por su parte, grandes filósofos como Jonh Locke consideraban a la propiedad como secular, ya que se justifica el derecho a la propiedad a través del trabajo y la actividad de cada persona. Adam Smith consideraba que la propiedad estaba relacionada con las necesidades básicas del hombre.

En el Código de Napoleón (1804) se estableció que el derecho a la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de manera absoluta sin que se haga uso prohibido de este; y en la Constitución de Cádiz de 1812 se previó como obligación estatal de conservar la propiedad de los individuos, lo cual englobaba la posesión, uso y aprovechamientos e impuso restricciones al rey de no tomar la propiedad de nadie.

Por otro lado Kelsen consideró que la propiedad es la relación que existe entre el propietario y todos aquellos sujetos de derecho que deben, por el derecho objetivo, respetar el poder exclusivo del propietario sobre la cosa.

Eduardo Novoa menciona que León Duguit propuso de forma directa que el derecho a la propiedad tiene una función social⁹² y un sentido común, como resultado de la socialización de esta, ya que el individuo al pertenecer a una sociedad y al tener capital, debe aumentar en la riqueza en general.⁹³ Característica que le da mayor poder al propietario sobre la cosa y que dicho derecho tiene restricciones.

⁹² El término función social tiene su origen en León Duguit.

⁹³Novoa Monreal, Eduardo, et. al., *Estudios de Derecho Económico, La evolución del derecho a la propiedad ante los actuales textos constitucionales latinoamericanos*, Distrito Federal, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 45

Aunado a lo anterior, los doctrinarios⁹⁴ definen a la propiedad como “el poder jurídico (derecho real) que su titular ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa y con exclusión de terceros, que le permite su aprovechamiento total en sentido jurídico porque puede usarla, disfrutarla y disponer de ella sin más limitaciones que las establecidas por la ley”.⁹⁵ La propiedad se compone de dos partes, la primera, que es un derecho real y la segunda que la misma tiene una función social, la cual debe cumplir, sin necesidad de establecerla expresamente.⁹⁶

En conclusión, la propiedad es considerada como un derecho constitucional, el cual puede ser defendido contra actos de autoridad, a través del juicio de amparo; además, el artículo 14 constitucional establece que no puede ser privado sin previa audiencia y un debido proceso legal, así como el artículo 16 establece que se debe fundar y motivar dichos actos, debe ser considerado como un medio para el desarrollo de los seres humanos y la realización de su proyecto de vida. El derecho a la propiedad tiene dos vertientes, la primera se relaciona con las cosas necesarias para el desarrollo del sujeto y la segunda como producto de su trabajo, personal e intelectual, materiales e inmateriales.

Evolución del derecho a la propiedad. En las sociedades primitivas la propiedad era colectiva, por su desarrollo y las actividades desempeñadas se reconocieron una especie de propiedad personal. Posteriormente a través del libro del Éxodo 20, 15 y Levítico 19,11, de la Biblia se prohibía el robo, por lo que constituye un pilar del derecho a la propiedad.

⁹⁴ Es importante establecer una diferencia entre el patrimonio y la propiedad, la primera terminología implica los bienes, las obligaciones y los derechos de una persona, los cuales son aplicables en dinero, mientras que la propiedad es un derecho real que tiene una función social.

⁹⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, onceava edición, PORRÚA, Distrito Federal, México, 2008, p. 348.

⁹⁶ Ídem.

El derecho a la propiedad ha sido estudiado desde la época romana en la que se consideraba de carácter absoluto y exclusivo, por lo que no era objeto de limitaciones, absorbente,⁹⁷ es decir, que el propietario del fundo era dueño de lo que se encontraba en el mismo, así como inmune, libre de cargas fiscales, el tributo era personal de acuerdo a los bienes pero no recaía sobre la propiedad y por último como perpetua, es decir que no admitía modalidades ni limitaciones (como fue considerada en el Código Napoleónico) ya que dicha propiedad no podía perjudicar a terceros, los propietarios podían hacer lo que deseaban con la cosa que se encontraba dentro de su propiedad sin afectar al vecino (immissio in alienum).⁹⁸

Posteriormente, en el siglo III después de Cristo, la propiedad comenzó a ser sometida directamente a tributos y adquirió un carácter estatal; con Justiniano desapareció la distinción entre fundos itálicos y provinciales; se extendió el concepto de servidumbres incluso los legales.⁹⁹

Mientras tanto, la evolución del derecho a la propiedad en México se dio a partir de la propiedad originaria, la cual proviene de la Bula Papal de Alejandro IV, en el caso de los territorios de Indias, por las cuales se le permitió al Rey de España otorgar capitulaciones para realizar su conquista, de ahí que la propiedad originaria está limitada y modificada por el soberano. Posteriormente la propiedad dejó de ser del Monarca y pasó a ser de la nación.¹⁰⁰

Sin embargo fue en la Constitución de Apatzingán de 1814, en sus artículos 34 y 35, que se vislumbró la propiedad como un límite al poder público, se estableció que ningún individuo de la sociedad podía ser privado de lo que poseía, a menos de que así lo exigiera la necesidad pública y en este caso se tenía derecho a una justa

⁹⁷ ISLAS, Juan; *Derecho Romano*, Barcelona, Ariel, 2002 citado en HERNANDO, Ismael, Bienes Constitucionalización del Derecho Civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p. 314.

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ Ibídem p. 2301.

compensación; concepto que tuvo modificación en el Proyecto de Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, al considerar que se podía exigir el sacrificio de una propiedad particular, teniendo un interés común legal justificado, y con una debida indemnización.¹⁰¹ En el Proyecto se introdujo el concepto de indemnización y no de compensación como lo estableció la Constitución de Apatzingán, así como el de interés común, término más cercano al de interés público que necesidad pública, además era un requisito indispensable la legalidad del acto.

En 1836, se expidieron las Siete Leyes Constitucionales, en las cuales se reconoció por primera vez a la propiedad como derecho humano y no solo como un límite al poder, así se estableció que el mexicano no podía ser privado de su propiedad, del uso y aprovechamiento de ella, limitándolo por objeto general y de utilidad pública, si tal circunstancia era calificada por el Presidente de la República y sus cuatro Ministros, por el Gobernador, la Junta Departamental y el dueño de la propiedad; así como una indemnización que se determinaba por dos peritos, cada uno propuesto por las partes, y en caso de discrepancia se presentaría un tercer perito. Dicha cuantificación podía ser impugnada por el interesado ante la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Superior en los Departamentos.

Es importante mencionar, que la Constitución de 1857, al establecer la desamortización de los bienes eclesiásticos, aferró el control del Estado sobre la propiedad, de las corporaciones civiles, se convirtió en una forma de resguardo del bien público. La desamortización de los bienes, produjo la construcción de los latifundios y la privación de las tierras de las comunidades indígenas, por lo que hubo una concentración de las tierras y se originó la revolución agraria; por ello, el Plan de Ayala promulgado por Emiliano Zapata el 28 de noviembre de 1911, exigía la expropiación de la tercera parte de los latifundios, con la finalidad de que se le fueran restituidas las tierras perdidas por los campesinos.

¹⁰¹ Artículo 12 y 13 del instrumento citado.

El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, estableció el reparto agrario. Durante la época de Porfirio Díaz, se crearon los grandes latifundios, en los cuales se concentró la riqueza y la propiedad en manos de unos cuantos, siendo una de las causas por las que estalló la Revolución Mexicana.

Ahora bien, respecto de los derechos colectivos de las comunidades indígenas han pasado por cuatro etapas fundamentalmente después de la creación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la primera es denominada como agrarismo e indigenismo que comprende desde 1917 hasta antes de la reforma de 1992, la segunda es denominada como pluralismo cultural e indigenismo que inicia con la reforma de 1992 hasta el año 2001, la tercera es denominada derechos de los pueblos como derechos indígenas, que comprende desde la reforma constitucional del artículo 2 en 2001 hasta antes de la reforma constitucional de derechos humanos al artículo 1° en 2011, la cual comprende la cuarta etapa.

Primera etapa. En esta etapa se buscó la división y titulación de la propiedad. En la Constitución no se les reconoció personalidad jurídica a las comunidades indígenas, no se hablaba respecto a ellas sino solo del ejido, se regula la nulidad de las concesiones que privaban de las tierras, aguas y bosques a las comunidades.

Con la reforma constitucional de 10 de enero de 1934 se reconocieron derechos de propiedad a los núcleos comunales y ejidales, se crearon autoridades agrarias y se realizó el reparto agrario. El artículo 27 de la Constitución establecía como modalidad de la propiedad privada el concepto de propiedad colectiva.

En esta etapa las tierras agrarias perdieron el valor comercial a partir del incremento de la industria y el crecimiento urbano; se pretendió hacer una nación homogénea eliminando al indígena a través de dos vías, por asimilación cultural, teoría de aculturación en donde existe una interrelación entre las culturas pero finalmente

prevalece la cultura dominante y la segunda es a través de eugenesia¹⁰². La visión del Estado en esta etapa era paternalista frente a los problemas que se suscitaban respecto a las comunidades y pueblos indígenas.

Segunda etapa. El Estado paternalista cambia la visión respecto a los pueblos y comunidades indígenas; en 1992 se conmemoró el quinto centenario del descubrimiento de América, lo cual implicó una conciencia sobre los 500 años de resistencia de los indígenas al sometimiento de la visión occidental. Aunado a ello, en el ámbito internacional se crearon instrumentos¹⁰³ de protección indígena y se consolidaron movimientos mediante los cuales solicitaron el reconocimiento de sus derechos colectivos.

Lo anterior, logró que en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se estableciera:

- a) La restitución de tierras a comunidades que hubiesen sido despojadas.
- b) Dotación para los pueblos que carecían de tierras.
- c) Límites a la propiedad privada y la expropiación de las propiedades que sobrepasaran dichos límites.

Después del reparto agrario, con la reforma constitucional de 1992, se estableció que los ejidatarios y comuneros tenían el dominio pleno de sus tierras hasta desincorporarlas del régimen ejidal, facultad de la cual no gozaban en la Constitución de 1917.

¹⁰² Real Academia Española; *f. Med.* Estudio y aplicación de las leyes biológicas de la herencia orientados al perfeccionamiento de la especie humana.

¹⁰³ Convenio 107 de la OIT aprobado en 1957; Convenio 169 de la OIT, ratificado por los Estados Unidos Mexicanos el 5 de septiembre de 1991, la Declaración de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y el Instituto Indigenista interamericano, Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y 13 de septiembre de 2007 se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Aunado a lo anterior, la reforma modificó diversas cuestiones, por ejemplo las relaciones existentes entre la propiedad y los recursos naturales, se crearon tribunales agrarios, se reconoció la personalidad jurídica de los núcleos comunales, así como el derecho a los ejidatarios de ser propietarios de las parcelas, las cuales podían ser enajenadas, transmitidas, se reguló la propiedad ejidal y los principios para el comercio de la misma.

Tercera etapa. La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001 al artículo 2° fue insuficiente, por lo que el EZLN la desaprobo principalmente por tres puntos fundamentales:

- a) En el artículo 2° no se reconoció la personalidad jurídica de las comunidades y pueblos indígenas sino que se reservó dicha facultad a las legislaturas estatales al considerarlas como entidades de interés público, concepción ambigua.
- b) El artículo 2° se encontraba supeditado a lo establecido por las leyes secundarias y al desarrollo legislativo de la Federación como de los Estados.
- c) El rechazo al acceso y disfrute de los recursos naturales que se encontrasen en el territorio de las comunidades indígenas salvo aquellos que se consideran áreas estratégicas.
- d) El reconocimiento del derecho a la consulta no se encontraba a la luz de los estándares internacionales específicamente con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

Cuarta etapa. La reforma de 10 de junio de 2011 al artículo primero constitucional fue un cambio radical respecto a la conceptualización de los derechos humanos, sus garantías, las obligaciones de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar dichos derechos. A través de dicha reforma se ha creado un bloque de constitucionalidad, que es entendido como el conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el orden jurídico, no solo son aquellas normas constitucionales que

aparecen expresamente en la Constitución sino son los principios y valores que no configuran directamente en el texto pero a los cuales remite la propia Constitución.¹⁰⁴

Actualmente, en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto de lo que interesa para efectos de la presente investigación, se reconoce la personalidad jurídica ejidal y comunal; la propiedad se regula en beneficio social para el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, es hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana (asentamientos humanos).

Ahora bien, respecto de la protección internacional del derecho a la propiedad se encuentra previsto en el ámbito universal y por primera vez, en la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, en los artículos 2 y 17; al considerar que dicho derecho es inviolable y sagrado, por lo que no puede ser limitado sino es por necesidad pública, legalmente constatada, con la condición de justa y previa indemnización, señalando que la protección de dicho derecho, es la meta de toda asociación política; también se encuentra previsto en los artículos 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 23 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre, 1° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, establece el derecho a ser propietario sin discriminación y en 1979, a partir de la problemática de acceso a la propiedad por cuestiones de género, se trató dicho derecho en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación

¹⁰⁴ Rodríguez Manzo Graciela, *Bloque de Constitucionalidad en México, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado en México de las Naciones Unidas, 2; Distrito Federal, México, 2013 p. 17.

contra la Mujer; así como en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de 1990, en el cual se consideró que ningún trabajador migratorio o sus familiares, podrán ser privados arbitrariamente de sus bienes, ya sea individuales o colectivos, así como el derecho a la justa indemnización, en caso de expropiación total o parcial; y la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

Por su parte, el sistema interamericano enfoca la protección del derecho de la propiedad privada, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; mismo artículo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador). La forma en que reconozca el Estado el derecho de propiedad privada frente a la pública, colectiva y social, es fundamental para que dicho Estado lleve a cabo transformaciones sociales.¹⁰⁵

2.1.1 Elementos y dimensiones de la propiedad

La propiedad está limitada por el interés común, su uso y goce exclusivo tiene también limitaciones entendidas como parte de todos los derechos subjetivos en el sentido de la facultad que se tiene para su ejercicio, el cual puede presentarse en una pluralidad de intereses, como son aquellos derechos que pertenecen a una colectividad. Entonces la exclusividad del derecho a la propiedad se torna referente a los individuos partícipes del mismo derecho respecto al resto de las demás personas.

¹⁰⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, Distrito Federal, México, 2013, p. 2295.

Los elementos de la propiedad son los siguientes:

- *ius utendi*.- Es el derecho que tiene el propietario de usar su propiedad.
- *ius fructendi*.- Derecho de percibir los frutos de la cosa.
- *ius abutendi*.- Derecho de disponer de la cosa.
- *ius iudicandi*.- Es el derecho del propietario de recuperar la cosa frente a terceros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, ha dado luz y contenido al derecho a la propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los "bienes", éstos definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor,¹⁰⁶ dicho derecho no es absoluto y la Corte lo ha reconfigurado para efectos de proteger la propiedad colectiva de los pueblos indígenas.

Dicho Tribunal ha determinado que en el uso y goce de los bienes, se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre esta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma.¹⁰⁷

Ahora bien, respecto de los dimensiones de dicho derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido, a lo largo de su jurisprudencia, la dimensión individual y colectiva del derecho a la propiedad previsto en el artículo 21

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 5, párr. 137; Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 129; y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144.

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 102.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 17, expresa textualmente la doble dimensión del derecho a la propiedad, es el único instrumento que lo hace de esa forma.

De conformidad con la interpretación jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la propiedad originaria surge en el momento en el que se independiza de la Colonia Española, la República Mexicana, asumió todos los derechos de propiedad que le correspondía al Rey de España, tanto del territorio y como de las aguas,¹⁰⁸ por ello, la propiedad pública, privada y social, derivan de la propiedad originaria de la nación de conformidad con el último párrafo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece que la nación tendrá el derecho a transmitir a los particulares el dominio de tierras y aguas e imponiendo las modalidades que dicte el interés público,¹⁰⁹ es decir, la propiedad de la nación, le pertenece a la misma originalmente, la cual puede ceder sus derechos a los particulares, integrando así la propiedad privada.

Propiedad privada

La propiedad privada es un derecho relativo a la propiedad originaria, la cual está regulada por el Estado bajo modalidades que establezcan el interés público. Los efectos de los límites impuestos a la propiedad privada, por ejemplo es que no todos los bienes pueden ser susceptibles de propiedad privada, como son los recursos naturales, por los que se tiene un interés por que sean distribuidos, controlados y protegidos por la nación y no por los particulares, los límites a la propiedad privada agraria a los extranjeros, limitaciones por causas de utilidad pública mediante

¹⁰⁸ Tesis sin número, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, número de registro: 279364, tomo XXXVI, octubre de 1932, p. 1074.

¹⁰⁹ Tesis: sin número Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, número de registro: 335942, Segunda Sala, tomo XLIII, p. 3152, tesis aislada (Administrativa).

indemnización y las limitaciones establecidas en las leyes administrativas como es el caso de los asentamientos humanos.

A la propiedad privada se le pueden establecer modalidades, definidas como norma jurídica de carácter general y permanente, la cual tiene como la finalidad modificar la forma del derecho, de limitar el derecho real de los propietarios, es decir restringir el uso, goce y/o disfrute del derecho y no solamente del bien. Las modalidades atienden al interés público, y tienen como finalidad de suprimir los derechos reales inherentes co-sustanciales a ella,¹¹⁰ las cuales deben de estar fundadas y motivadas, ser razonables y proporcionales.¹¹¹ Dichas modalidades deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Que sean dictadas de manera general
- b) Modifiquen un derecho

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha interpretado el artículo 121 fracción II y el 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y estableció que el Congreso de la Unión no solo puede imponer las modalidades a la propiedad que dicte el interés público, sin embargo las legislaturas no podrán hacerlo respecto de materias que sean de la competencia del Congreso de la Unión.¹¹²

¹¹⁰ Tesis: 1a. XLI/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 190599, Primera Sala, tomo XII, diciembre de 2000, p. 257, tesis aislada (Constitucional, Civil).

¹¹¹ Tesis: 1a. LXXVII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2005813, Primera Sala, Libro 4, marzo de 2014, tomo I, p. 552, tesis aislada (Constitucional, Civil). Tesis: 2a. LXXVIII/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 163981, Segunda Sala, tomo XXXII, agosto de 2010, p. 468, tesis aislada (Constitucional, Administrativa). Tesis: P./J. 37/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 175498, Pleno, tomo XXIII, marzo de 2006, p. 1481, jurisprudencia (Constitucional).

¹¹² Tesis: 1a. XLII/2000 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 190598, Primera Sala, tomo XII, diciembre de 2000, p. 256, tesis aislada (Constitucional).

- Propiedad social

El artículo 27 Constitucional contuvo, hasta 1992, las reglas de la propiedad social, al buscar la repartición de la tierra con la finalidad de eliminar los grandes latifundios existentes en el país, lo cual se llevó a cabo a través de dos acciones:

- a) Acción de restitución, en la cual se restituía la tierra a diversos grupos (tribus, comunidades, pueblos, rancherías) que habían sido despojados injustamente de sus tierras y contaban con la titulación de la misma.
- b) Acción de dotación, para aquellos grupos de campesinos que no contaban con título de alguna tierra.

Gracias a dichas acciones, surgió la propiedad rural: comunal y ejidal, cuyos titulares, que tenían ciertas prohibiciones establecidas, como son:

- a) Estaba prohibido cambiar de régimen, de ejidal o comunal ha privado.
- b) No se podía comercializar la tierra
- c) No se podía asociar con inversionistas privados.

Lo anterior fue eliminado a partir de la reforma constitucional de 1992, en donde se terminó el reparto agrario, se eliminó la acción de dotación, se permitió que la propiedad pudiera cambiar de régimen que se pudiera comercializar y se propició la inversión privada en el campo.

Ahora bien, en el ámbito internacional el reconocimiento de la dimensión colectiva se enfoca más respecto del derecho de las comunidades indígenas a poseer su tierra, con la cual tienen un vínculo espiritual, lo que forma parte de su cosmovisión.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al realizar el análisis de la dimensión colectiva del derecho propiedad previsto en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estableció que los pueblos indígenas tienen una estrecha vinculación con las tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura, así como con los elementos incorporales que se desprenden de ellos, lo cual constituye una forma de subsistencia y de cosmovisión, religiosidad y por ende de identidad cultural.¹¹³

En los casos Yakye Axa y Sawhoyamaxa la Corte Interamericana concluyó que Paraguay, si bien reconoce el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad comunitaria, no así el ejercicio de dicho derecho al haber vendido su propiedad a una empresa privada.

La Corte consideró que Paraguay había violado el artículo 21 de la Convención al limitar el acceso a la comunidad indígena a su territorio, ello como resultado de una ponderación de derechos, entre el derecho a la propiedad privada de la empresa y el derecho de la comunidad indígena de su propiedad ancestral; consideró que la restricción que se haga a la propiedad privada de particulares puede ser necesaria para el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista bajo justa indemnización a los perjudicados.¹¹⁴ Esto no puede ser aplicado siempre que se presente un problema similar a este, sino se tiene que evaluar la situación en cada caso.

La Corte Interamericana estableció criterios aplicables al momento de tener que ponderar el derecho a la propiedad privada y a la comunitaria. El primero de ellos refiere que la posesión de la tierra no es un requisito oficial para acceder al

¹¹³ Comunidad Indígena Yakye Axa, sentencia cit., párr. 135. También, cfr. caso Comunidad Sawhoyamaxa, sentencia cit., párr. 118.

¹¹⁴ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, sentencia cit., párr. 149.

reconocimiento oficial de la misma, sino cuando en la legislación nacional se reconozca el derecho de que sean devueltas sus tierras ancestrales.

El segundo criterio refiere a la temporalidad de la reivindicación de las tierras ancestrales, estableció que la misma durará hasta que no desaparezca la relación de las comunidades con sus tierras,¹¹⁵ pues el uso y goce de sus tierras implica también un uso cultural y para que sea efectivo dicho derecho se debe dar cabida a las distintas formas de concebir el uso y posesión de los bienes.¹¹⁶

2.1.1.1 Bienes materiales

Según el célebre romanista Michel Villey, Cicerón le presentó en Roma a Aristóteles dos categorías de bienes, la primera eran todas las cosas que se podían percibir a través de los sentidos, mientras que la segunda eran todas aquellas cosas que podían ser percibidas a través del espíritu. Posteriormente (Séneca) Lucius Annaeus Seneca, las llamaría bienes corporales e incorporales.

Los bienes corporales son aquellos que se encuentran compuestos por materia, de presencia física y que tienen un lugar en el espacio, que no se encuentran fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de ley; son corporales aquellos bienes que tienen una entidad material y que pueden ser perceptibles a través de los sentidos.

Existen distintas formas de clasificación, sin embargo en el Código Civil Federal vigente se encuentran clasificados de la siguiente manera:

Bienes de conformidad con su movilidad

¹¹⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131.

¹¹⁶ Ibídem, párr. 120.

- Bienes inmuebles. Que son todos aquellos que se encuentran fijos en una superficie o los bienes muebles que por su naturaleza sean considerados como inmuebles, es decir, son todos aquellos bienes que no pueden trasladarse.
- Bienes muebles. Son bienes muebles por naturaleza los que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí o por una fuerza exterior y bienes muebles de ley, las obligaciones, derechos y acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles.

Los derechos de autor son considerados como bienes muebles.

Los bienes muebles pueden ser fungibles o no fungibles, los primeros son aquellos que pueden ser reemplazados por la misma especie, calidad y cantidad, mientras que los segundos son aquellos que no pueden ser reemplazados por la misma cantidad, calidad y especie.

Bienes de acuerdo con la persona a quien le pertenecen

- Bienes del dominio público. Son aquellos que pertenecen a la Federación, a los Estados o Municipios, los cuales se dividen en bienes de uso común, destinados al servicio público y bienes propios.

Los bienes de uso común son aquellos de los cuales pueden hacer uso todos los habitantes del país, son imprescriptibles e inalienables; los de servicio público (inalienables e imprescriptibles) y bienes propios pertenecen en pleno dominio a la Federación, Estados y Municipios.

- Bienes particulares. Son propiedad de los particulares todos aquellos bienes cuyo dominio les pertenece legalmente.

Bienes de los cuales se desconoce a su titular

- Bienes mostrencos. Son aquellos bienes muebles que están perdidos o abandonados por su dueño.
- Bienes Vacantes. Son aquellos bienes inmuebles que no tienen dueño cierto o conocido.

La Corte Interamericana ha definido a los *bienes* como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; lo cual comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor¹¹⁷; lo cual es protegido a través del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2.1.1.2 Bienes inmateriales

Los bienes incorpóreos son aquellos que no tienen un lugar en el espacio, son creación y estructura jurídica, los bienes inmateriales pueden ser expresados, manifestados y plasmados de diversas formas, ya sea escrito o de reproducción como es el sonido de una melodía o un cuento transmitido de manera oral de generación tras generación.

La existencia de los bienes inmateriales proviene de la creación mental de los seres humanos, que no se encuentran materializados y que son protegidos

¹¹⁷ Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122.

jurídicamente por la importancia, su valor económico, cultural, espiritual que le otorgue la sociedad.

Para Francisco Ternera Barrios, los bienes incorporeales pueden constituirse en derechos subjetivos, reconocidos como derechos *sui generis* con características muy especiales.¹¹⁸

Es importante hacer una diferencia entre los bienes incorporeales y la creación misma, haciendo énfasis que se trata de dos bienes diferentes como propietarios diferentes, por un lado, la creación (bien inmaterial no fungible) y el ejemplar que se materializa (bien corporal, que tiene la característica de ser fungible).

El autor citado realiza una interesante clasificación de los bienes incorporeales, los cuales no pueden ser categorizados como los bienes materiales por su naturaleza inmaterial, sin embargo advierte la siguiente diferenciación:

- a) Prestación. Es una obligación de dar, hacer o no hacer a cargo del deudor, lo cual puede estar relacionado con otro bien, puede ser corporal o incorporeal o de no hacer.

- b) Bienes que son objeto de la protección de los derechos de autor, como son las obras literarias, artísticas y científicas. Las creaciones son producto de un trabajo intelectual de manera libre (en el entendido que no debe ser un trabajo dirigido sino de la libre creación del autor) que compromete la personalidad del autor, pues a través de esta se expresa su identidad y se conecta con su espíritu.

¹¹⁸ Ternera, Barrios, Francisco, *Bienes*, Tercera edición, Universidad del Rosario facultad de jurisprudencia, Colombia, 2014, p. 44.

- c) Industriales. Signos distintivos (marcas, nombres comerciales, indicaciones geográficas) y nuevas creaciones (invenciones patentables). Su importancia radica en el comercio e industria, los signos distintivos son aquellos que identifican al empresario, los cuales ofrecen un importante aprovechamiento económico.

La propiedad intelectual convierte los activos intangibles en activos valiosos y exclusivos que a menudo pueden ser objeto de comercio en el mercado, ya que si no se encuentran bajo la protección de la propiedad intelectual pueden ser apropiados y utilizados por terceros.

La Corte Interamericana en el caso Palamara Iribarne vs Chile, se centra en la violación a la libertad de expresión y amplía la protección a la propiedad privada, a bienes inmateriales, en este caso a los derechos de autor.

2.3 Derecho de propiedad indígena en el ámbito constitucional

El derecho agrario nació a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, como culminó de la dictadura de Porfirio Díaz y gracias al movimiento revolucionario el cual se produjo por la inconformidad de los campesinos de la forma inequitativa en la que se repartía la riqueza. Responsables de ello fueron la Ley de Desamortización de 25 de junio de 1856 y el artículo 27 de la Constitución Política de 1857, las cuales negaban la capacidad jurídica de adquirir y administrar la propiedad a corporaciones civiles.

Sin embargo el artículo 27 de la Constitución Política de 1917 estableció la coexistencia del derecho a la propiedad individual y social en la cual se encuentran la propiedad ejidal y comunal.

Ahora bien, la comunidad es el núcleo de población con personalidad jurídica titular de derechos agrarios, reconocidos por el presidente de la República, sobre tierras, pastos o aguas, cuenta con órganos de decisión y control que se rigen bajo los principios de democracia interna, cooperación, autogestión en atención a sus usos y costumbres.

La personalidad de las comunidades debe ser reconocida por el Estado y no constituida por el mismo, bienes rústicos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La propiedad comunal es más barata y por lo tanto más sustentable, así como se tienen mecanismos para la solución de conflictos basados en información local, mucho más rápidos que los del Estado.

La comunidad tiene el derecho de usufructo de la tierra pero no de propiedad, la propiedad es del Estado pero el uso es por parte de la comunidad. Se tiene el poder de enajenar el producto del recurso pero no el recurso en sí (FAO).¹¹⁹

El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula el derecho a la propiedad, sin embargo el precepto vigente ha sufrido diversas

¹¹⁹ Nadia Forni, "Common property regimes: origins and implications of the theoretical debate", *Land Reform*, 2000/2, FAO, Roma (pp. 2 y 3 de la versión electrónica).

reformas constitucionales, modificaciones y adhesiones de las cuales abordaremos las más importantes.

La reforma del 12 de febrero de 1947 determinó la unidad individual de dotación de tierras de 10-00-00 ha, pero sobre todo se constituyó el amparo agrario y el límite a la pequeña propiedad.

El 6 de enero de 1992, se publicó la reforma más importante en materia agraria, en donde se reestructuró el sistema agrario. Dicha propuesta de reforma fue presentada el 7 de noviembre de 1991 en donde se consideró culminado el reparto agrario, además de ser una política social en favor de los hacendados de la Revolución Mexicana, logró proteger y sustentar a la sociedad a través del ejido, propiedad social.

La reforma trajo consigo puntos muy importantes como:

- a) La instauración de los Tribunales Agrarios.
- b) Se creó el Fondo Nacional para Empresas de Solidaridad, se aumentan los financiamientos del campo y el Cuerpo Consultivo Agrario el cual turnaba a los tribunales agrarios los expedientes.
- c) Antes a la reforma, existía la Magistratura Agraria que era encabezada por el Presidente de la República.
- d) El ejido fue el eje rector de la reforma, mientras que la comunidad se constituyó desde la sociedad azteca mediante el calúlli y el altepetlalli.
- e) Con la reforma, tanto los ejidos como las comunidades pasan de ser usufructuarios de las tierras a ser los propietarios de las mismas.
- f) En 1974 se creó la Secretaría de la Reforma Agraria, constituida con el apoyo del Presidente de la República, el cual tenía el conocimiento de las solicitudes

agrarias, lo cual con la reforma se suprime y se crean los Tribunales Agrarios y la Procuraduría Agraria.¹²⁰

De la carta de Cortés al Consejo de Indias con fecha de 20 de septiembre de 1538, se advierte que los pueblos indígenas no eran propietarios de los territorios que habitaban ni siquiera copropietarios de las tierras que cultivaban, ya que no podían enajenarla sin licencia del “Señor” al cual le pagaban tributo por usarla. Solo tenían derecho a dejar un sustituto que quisiera seguir pagando dicho tributo.

En esa época, la tierra era considerada como instrumento de producción de tributos, solo era utilizada para cultivarla y obtener el alimento necesario para vivir, eran siervos adscritos a la misma.

El monarca indio era el único que tenía la potestad de realizar concesiones en favor de sus parientes, servidores o empleados, con la finalidad de que cobraran el tributo de cada pueblo que conducía, el cual era pagado cada vez que se exigía; en los territorios se consumían todos los productos de la industria que la gente necesitaba y el “Señor” tenía ilimitadas “protestas” sobre ello.

¹²⁰ La Procuraduría Agraria tiene como finalidad la protección de los derechos agrarios, proporciona asesoría, orientación para realizar cuestiones administrativas, tiene el carácter de representante en un juicio, conoce de distintas quejas o denuncias que se presenten por el actuar irregular en contra de los derechos agrarios, así como denunciar ante el Ministerio Público los hechos que puedan ser constitutivos de un delito o que puedan constituir faltas administrativas. La Procuraduría Agraria es la institución defensora de los derechos agrarios, tan es así que el artículo 124 del Reglamento Interior de la Comisión Nacional de Derechos Humanos establece la falta de competencia de la Comisión Nacional respecto de los asuntos de naturaleza agraria.

La Procuraduría puede emitir una recomendación, una instancia o una instrucción. La recomendación no es vinculante sin embargo dicha facultad se establece a favor del Procurador Agrario siguiendo el mismo procedimiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos; y la instrucción es un acuerdo a la autoridad o servidor público del que se trate a realizar sus funciones y con ello subsanar las irregularidades cometidas.

La noción de propiedad fue introducida por los españoles; sus autoridades respetaban el título (por así llamarlo) que los indígenas tenían de las tierras por haber sido heredadas por sus antepasados; el Virrey daba por hecho que el cacique era propietario de las tierras que poseía, y los predios se identificaban solo con los nombres, lo que denota indefinición de los derechos de los pueblos indígenas.¹²¹

El premio de los conquistadores consistió más en las encomiendas de los indígenas que en sus tierras cuando estas se daban, eran acompañadas de un cargo de plantaciones, cultivos y edificaciones que era difícil satisfacer.

La ley no era liberal con los españoles pero sí con los indígenas, prueba de ellos se encuentra la Ley 9, título 3, libro VI, de la Recopilación de Leyes de las Indias, en donde se estableció: “Con más voluntad y prontitud, se reducirán a poblaciones los indios si no se les quitarán las tierras y granjerías, que tuvieren en los sitios que dejaren. Mandamos, que en estos no se haga novedad, y se les conserven como las hubieran tenido antes, para que las cultiven y traten de su aprovechamiento”, para dar las tierras, primero se verificaba que no se afectara a un tercero, incluido los indígenas.

Lo anterior demuestra el respeto que la colonia española tenía por la propiedad indígena que estuviera ocupada por supuesto, los terrenos baldíos fueron reclamados por la corona en la cédula de Felipe II, el 20 de noviembre de 1576, en la que se consideró que los baldíos, tierras y suelos que no estuvieran concedidos por reyes predecesores o en su nombre, se les restituyera. Se debe precisar que los españoles reconocían como dueños de las tierras a los monarcas indígenas que las poseían, los trataban como hermanos en Cristo, pues su finalidad era la evangelización de los pueblos a la doctrina católica.

¹²¹ Obregón Esquivel, *Apuntes para la historia del derecho en México*, México, Porrúa, 2004, t. I, p. 671.

Sin embargo, ello fue revocado y la propiedad fue sometida a los criterios occidentales. En el artículo 27 de la Constitución Federal establece el reconocimiento de la personalidad jurídica de los núcleos de población comunal así como el derecho a la propiedad de la tierra “con la integridad de las tierras de los grupos indígenas”, la existencia de un Comisariado de Bienes Comunales como un órgano de representación y administración de la Asamblea de Comuneros.

La comunidad establecerá el uso de las tierras, su división, la organización para el aprovechamiento de sus bienes y todo lo establecido para el ejido es aplicable a las comunidades en cuanto no contravengan dichas disposiciones.

Los ejidos y las comunidades pueden constituir uniones con la finalidad de comercializar, para asistirse mutuamente o cualquier otra que no esté prohibida por la ley; podrán formar en empresas para el aprovechamiento de cualquier índole.

Aunado a lo anterior, el artículo 106 de la Ley Agraria prevé que las tierras que corresponden a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos que establezca la ley que reglamente el artículo 4° y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional.

Sin embargo, no existe actualmente una ley que reglamente la fracción VII del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de que el artículo 4° constitucional fue derogado mediante la reforma del 14 de agosto del 2001, el contenido del artículo se pasó al artículo 2°, por supuesto en un sentido más amplio, dicho artículo reconoce el derecho de acceso a la propiedad de los pueblos indígenas, respetando las formas y modalidades de la tenencia de la tierra reconocidas en la Constitución, en las leyes y al uso y disfrute preferente de los recursos naturales que se encuentren en las tierras en las que habitan, con excepción de los recursos pertenecientes a las áreas estratégicas.

El reconocimiento al derecho a la propiedad de las comunidades indígenas es esencial dado que existe una relación intrínseca y espiritual entre las comunidades y su territorio, pues este no es valorado por el potencial económico que tiene sino porque es parte de su identidad, pues gracias a este obtienen lo necesario para su supervivencia, además de las zonas sagradas que tienen dentro del territorio son fundamentales para su desarrollo y existencia.

Si bien es cierto que ni en la Constitución Federal ni en la legislación se regula de forma especial la propiedad de las tierras pertenecientes a los grupos indígenas y que de conformidad con lo establecido en el artículo 106 de la Ley Agraria vigente remite a la ley reglamentaria del artículo 4º y el segundo párrafo de la fracción VII, del artículo 27 para la protección de dichas tierras, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado un análisis interpretativo del artículo 27 constitucional.

Desde el año de 1950, la Corte estableció que la fracción VII del artículo 27 citado, reconoce la capacidad de ejercicio de los núcleos de población que, por derecho o por hecho, guarden el estado comunal para disfrutar sus tierras, bosques y aguas las cuales les pertenecen, es indudable que de igual forma se les reconozca la personalidad jurídica para poder defender dichos derechos.¹²²

Aunado a lo anterior, en 1956, la Corte estableció que los comuneros no pueden ser privados de los terrenos que les pertenecen, en virtud de convenios o transacciones celebrados con otras comunidades limítrofes,¹²³ dado que la protección y seguridad de las comunidades indígenas se trata de una cuestión de orden público.¹²⁴

¹²² Tesis: sin número, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, número de registro: 343902, Tercera Sala, tomo CIV, p. 737, tesis aislada (Civil).

¹²³ La Real Academia Española lo define como adjetivo confinante, alledaño.

¹²⁴ Tesis: sin número, Informes, Quinta Época, número de registro: 387776, Tercera Sala, informe 1956, p. 43, tesis aislada (Administrativa).

Sin embargo, en el artículo previamente citado, el Constituyente se refirió como comunidad a aquellos grupos de indígenas que vieron confirmada su posesión por reyes de España durante la época colonial, o que recibieron tierras durante el proceso de concentración de indios dispersos¹²⁵ en pueblos, con cualquier título que reconociera su derecho, atribuyéndoles existencia jurídica específicamente a los bienes que tenían dichas comunidades en posesión, respetadas por los monarcas, aún y cuando no tuvieran título.¹²⁶

De igual forma, dicha Sala reconoció el derecho de las comunidades y pueblos a la explotación de la propiedad de conformidad con las modalidades establecidas en la Constitución Federal y las leyes de la materia en debido respeto a la forma de organización económica, para lo cual está la posibilidad de coordinación y de asociación de las comunidades y de conformidad con los derechos adquiridos de terceros.

En la actualidad, los indígenas a través de las figuras jurídicas como son los ejidos y la propiedad comunal han protegido su derecho, por ejemplo, en la fracción II del artículo 98, de la Ley Agraria establece que el reconocimiento de las comunidades puede ser a través de una resolución de un juicio promovido por quienes conserven el estado comunal cuando exista litigio u oposición de parte interesada respecto a la solicitud del núcleo; existen diversos casos, sin embargo me referiré al del poblado de San Juan del Estado en el Distrito de ETLA del Estado de Oaxaca, el cual, a través de sus representantes y con fundamento en el precepto citado de la Ley Agraria solicitó ante el Tribunal Agrario correspondiente, el reconocimiento como comunidad de 13,- 836-92-46.54 hectáreas.

¹²⁵ Es denominado así al proceso en el cual los indígenas fueron concentrados y establecidos en poblaciones con la finalidad de evangelizarlos.

¹²⁶ Tesis: sin número, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, número de registro: 238256, Segunda Sala, volumen 91-96, tercera parte, pp. 109, jurisprudencia (Administrativa).

Los representantes legales de dicha localidad manifestaron que desde tiempos inmemoriales dicha comunidad se encuentra en posesión de manera quieta, pacífica, pública, continua, de buena fe y a título de dueña de una superficie indicada.

La sentencia con número de expediente 755/2010 emitida por el Tribunal Unitario Agrario Distrito 21 del Estado de Oaxaca, en el que se determinó el derecho del Poblado de San Juan del Estado (menos del 40% de su población es indígena) se reconoció como comunidad y se tituló a su favor la cantidad de 13, 836-92-46.54 hectáreas de terreno, a través de una figura jurídica llamada reconocimiento de comunidad.¹²⁷ En dicho asunto fue utilizada la tesis emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que establece que el término comunidad utilizado por el legislador en la Constitución Federal era referente para hablar de los grupos/pueblos conformados por personas indígenas.

Aunado a lo anterior, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre el derecho que tienen los grupos indígenas sobre el uso preferente de las comunidades de usar y disfrutar los recursos naturales de los lugares que ocupan, en el entendido de que se protege con ello los principios a la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, salvo aquellos recursos que correspondan a áreas estratégicas del Estado.

Sin embargo, el derecho agrario en México tiene procedimientos para garantizar la propiedad social de la tierra, dichos procedimientos no están acorde a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT dado que los ejidos y las comunidades agrarias son una forma de organización campesina mientras que los pueblos indígenas son formas de organización ancestral, cuya dinámica es política, cultural, social y económica, tiene

¹²⁷Dicha figura tiene su antecedente en el reconocimiento y titulación de bienes comunales, el cual estaba regulado en el Código Agrario, posteriormente en la Ley Federal de Reforma Agraria, el cual tenía como principio que el reconocimiento de los derechos agrarios sobre las tierras no eran resoluciones constitutivas sino declarativas, principio previsto en el artículo 98 de la Ley Agraria en vigor.

especificidades propias sustentadas en sus tierras y territorios, razón por la que se deben proteger los derechos de las comunidades y pueblos indígenas de una manera especial y no a través de la visión económica agraria.¹²⁸

2.4 Derecho de propiedad en el Derecho Comparado

En este apartado analizaremos el reconocimiento y protección del derecho a la propiedad indígena en dos Estados, la República de Perú y Colombia.

Por lo que se refiere al derecho de propiedad de las comunidades indígenas, la Corte Constitucional de Colombia a través de su jurisprudencia, ha reconocido el derecho a la protección de las comunidades indígenas sobre las áreas sagradas y de especial importancia, a los territorios habitados o titulados por las mismas comunidades (resguardos), los cuales son espacios físicos en donde las comunidades llevan a cabo sus actividades culturales, económicas y religiosas, sus costumbres independientemente de que cuenten con un título de resguardo.¹²⁹

El artículo 286 de la Constitución Política de Colombia, define como entidades territoriales a los territorios indígenas, las cuales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses de conformidad con los límites establecidos en la Norma Fundamental, teniendo los siguientes derechos:

- a) Gobernarse por autoridades propias.
- b) Ejercer las competencias que les correspondan.

¹²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*; Distrito Federal México, 2013, p. 17.

¹²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011.

- c) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
- d) Participar en las rentas nacionales.

El artículo 329 de la Constitución establece que las entidades territoriales indígenas se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y la delimitación se realizará con la participación de los indígenas así como del gobierno; resguardos que son de propiedad colectiva y no enajenables.

El artículo 330 constitucional prevé que los territorios indígenas deben estar gobernados por consejos, los cuales serán electos y reglamentados por los usos y costumbres de sus comunidades indígenas, los cuales ejercerán las siguientes funciones:

- a) Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
- b) Diseñar las políticas, planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
- c) Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
- d) Percibir y distribuir sus recursos.
- e) Velar por la preservación de los recursos naturales.
- f) Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
- g) Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno nacional.
- h) Representar a los territorios ante el gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren; entre otras que señalen las leyes y la Constitución.

Respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, se prevé que la misma se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Estado propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Colombia ha establecido los alcances que tiene el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas en sus territorios; en la sentencia T-601/11 la Corte analizó el derecho de las comunidades a ser reconocidas por el Estado como parte del reconocimiento y protección a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, correspondiente a garantizar la igualdad y la dignidad de las culturas que conviven en dicho país, las tierras comunales de los grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico y los demás bienes que determine la ley, los cuales son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

En Colombia se les reconoce a los miembros de los pueblos indígenas fronterizos el carácter de nacionales colombianos por adopción y se les otorga derecho de participación política.

Los derechos de los pueblos indígenas son reconocidos como derechos que gozan de una mayor protección de conformidad con el principio de maximización de la autonomía, con la finalidad de tener un acento constitucional en la efectividad de sus derechos así como garantizar la participación de las minorías.¹³⁰

De lo anterior se advierte que el sistema jurídico de Colombia protege las tierras ancestrales de las comunidades indígenas lejos del alcance de un paternalismo, que

¹³⁰ Acción de tutela promovida por el resguardo indígena de San Lorenzo, comunidad Embera Chamí, contra l Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas, en sesión de 10 de agosto de 2011, del expediente T-2595774, sostenida por la Quinta Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia.

a comparación de México, en Colombia les permiten una mayor organización y le otorga reconocimiento a la personalidad jurídica, a la propiedad del territorio en el que habitan, uso y goce de dichas tierras así como de los recursos naturales que se encuentren en su territorio.

Ahora bien, por lo que respecta al derecho de propiedad indígena en la República del Perú, el artículo 89 de la Constitución Política reconoce la personalidad jurídica de las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras; las cuales son imprescriptibles salvo en caso de abandono; ello debido a la ampliación de la autonomía comunal a la libre disposición y uso de las tierras comunales.

La Ley 26505 “Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas”, expedida el 14 de julio de 1995, desarrolló el artículo 89 constitucional, permitiéndole a las comunidades nativas y campesinas disponer de su territorio como mejor les conviniera siempre y cuando las decisiones fueran tomadas por la Asamblea General, así como previeran principios necesarios para promover la inversión privada en el desarrollo de actividades económicas en las tierras comunales.

En el artículo 7 de la referida Ley, se establece el derecho de las comunidades respecto de un consentimiento previo para la explotación minera en sus territorios, a menos de que sea considerado, por acuerdo del Consejo de Ministros como de interés nacional, por lo cual, el propietario será indemnizado previamente bajo un precio justo.

Por su parte, el artículo 13 de la citada Ley faculta al Poder Ejecutivo, mediante Decreto legislativo, a establecer un impuesto predial a las tierras que excedan las 3000 hectáreas; del cual estarán exentas las tierras de las comunidades nativas y campesinas.

El 5 de agosto de 1996, el estado de Perú emitió el Decreto Legislativo 838, “Facultan al ministerio de Agricultura para que adjudique predios rústicos a favor de personas y comunidades ubicadas en áreas de población desplazada, Perú”, tuvo como finalidad reivindicar a las comunidades afectadas por la violencia terrorista, a través de la adjudicación de tierras de forma gratuita sin afectar los gastos administrativos ni tasas de inscripción registral.

El 20 de agosto de 2018, por primera vez, el Tribunal Constitucional de la República del Perú admitió el análisis del caso de la Comunidad Santa Clara de Uchunya y la Federación de Comunidades Nativas de Ucayali contra el Gobierno Regional de Ucayali, Plantaciones de Pucallpa S.A.C. y las Oficinas Centrales de la Zona de Registro número VI de la Superintendencia Nacional del Registro Público, en relación con el reconocimiento por parte del Estado a su derecho de propiedad sobre su territorio ancestral y protegerlo del monocultivos, especialmente de plantaciones de palma aceitera. La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, envió un *amicus curiae* al Tribunal referido para dar un panorama de los estándares internacionales y las participaciones del Estado de Perú en diversas ocasiones respecto del tema en cuestión.

Si bien, se advierte que el reconocimiento de los pueblos indígenas a todos sus derechos, especialmente a verlos como iguales, ha sido una lucha constante; sin embargo en el ámbito internacional se tiene un gran avance de ello, al menos los estándares mínimos que el Estado debe cumplir para garantizar los derechos de los pueblos, lejos de un patriarcado, sino como normas que impulsen a las comunidades a ser auténticas y a vivir en la plenitud de sus instituciones, protegiendo de tal manera su desarrollo y perpetuidad.

2.5 Derecho de propiedad indígena en el ámbito internacional

Mediante una “interpretación evolutiva” de la Convención Americana de Derechos Humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, lo previsto en el artículo 29.b de dicho tratado -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos- la Corte consideró que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”,¹³¹ ya que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus territorios tradicionales y los recursos naturales se encuentran ligados a su cultura, lo que deriva el derecho que tienen a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, por ello deben ser salvaguardados a través del artículo 21 de la Convención Americana.¹³²

La relación que las comunidades indígenas tienen con la tierra es la base fundamental para el desarrollo de su comunidad, vida espiritual, integridad y supervivencia económica, dicha conexión es un elemento material y espiritual que deben gozar las comunidades¹³³ así como conservar su cultura, la cual será transmitida de generación en generación. El territorio es considerado por los indígenas como un espacio -no necesariamente referido de manera geográfica-, memoria de lo que se desarrolla día a día¹³⁴.

La Corte Interamericana considera que los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado,

¹³¹ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie no. 79, párr. 148.

¹³² **Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137.**

¹³³ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie no. 79, párr. 149. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-849/2014.

¹³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 13 de mayo de 2013.

con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio¹³⁵ e identidad cultural, es decir, la propiedad de las comunidades también es una garantía para hacer efectivos otros derechos, por ejemplo el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

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, lenguas, sus artes, rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.¹³⁶

En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1991, en la Parte II, establece el deber de reconocer a los pueblos el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, así como aquellas que no están ocupadas por ellas pero si han sido utilizadas tradicionalmente, especialmente se debe tomar atención a los pueblos nómadas y agricultores itinerantes.

Respecto a la titulación de la tierra, la Corte Interamericana ha establecido que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente

¹³⁵ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie no. 79, párr. 146.

¹³⁶ *Ibidem* párr. 154.

registro, aún y cuando no tuvieran posesión de las mismas como consecuencia de una ocupación por terceros. La posesión tradicional tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; así como el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; las comunidades que, por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales, mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe y los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o de obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.¹³⁷

Aunado a lo anterior, el Convenio 169 de la OIT establece que los Estados deberán prever procedimientos jurídicos adecuados para atender las reivindicaciones formuladas por los pueblos indígenas, de no trasladar a los pueblos de sus territorios ancestrales, salvo que sea a través su consentimiento, cuando se termine la causa por la cual fueron trasladadas, las comunidades deben regresar a su territorio y en caso de que esto no se imposibile, el Estado debe otorgarle otra tierra -lo más parecida posible a la que tenían- la cual les permita satisfacer sus necesidades; así como el derecho a recibir una indemnización; ello puede ser a solicitud de los mismos miembros.

La Corte Interamericana ha establecido que el otorgamiento de tierras alternativas a las reclamadas deben tener ciertas “aptitudes agroecológicas” y ser sometidos a estudio que determine el desarrollo por parte de la comunidad.¹³⁸

¹³⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

¹³⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr.118.

Respecto a la temporalidad para reclamar la reivindicación de las tierras ancestrales, la Corte anteriormente citada, consideró que la vigencia de este derecho se tenía hasta en tanto la comunidad perdiera la identidad con dichas tierras ancestrales; la existencia de obstáculos para la realización de las actividades culturales, como es la pesca, caza o la recolección, no se considera como pérdida de identidad sino que el derecho a la reivindicación permanecerá hasta en tanto no desaparezcan los obstáculos que les impide el libre acceso para llevar a cabo dichas actividades. Se deberá indemnizar a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier daño o pérdida que hayan sufrido en el desplazamiento.

El Estado debe de respetar la forma en la que se transmiten los derechos de las tierras indígenas, así como impedir que personas ajenas a los pueblos puedan aprovecharse de estas para arrogarse la propiedad, posesión o uso de sus tierras, por lo que debe imponer sanciones y los gobiernos deberán tomar medidas necesarias para impedir dichas infracciones.

Sobre los recursos naturales, el Convenio 169 establece el derecho de las comunidades a participar en la utilización y administración de los recursos naturales; los minerales o recursos del subsuelo le pertenezcan al Estado, este debe proporcionar a la comunidad participación a través de una consulta antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación

2.6 Los conocimientos tradicionales como parte del derecho a la propiedad indígena

Como ya hemos visto, la Corte Interamericana al dar luz y contenido al derecho de propiedad previsto en el artículo 21 de la Convención estableció que el término “bienes” comprende los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier objeto inmaterial susceptible de valor.

En el caso de los conocimientos tradicionales, hemos dicho que son respuesta intelectual de las necesidades de las comunidades indígenas y su protección es de gran relevancia ya que está en juego la sobrevivencia de las mismas, pues existe una constante amenaza sobre la supervivencia cultural, así como presiones sociales, medioambientales, migraciones, por una visión moderna, es decir, los conocimientos tradicionales son aquellos bienes incorporales que son susceptibles de valor tanto económico -como se puede advertir del robo constante de estos para la fabricación de productos costosos y/o atractivos en el ámbito comercial, como cultural, espiritual y medioambiental- el cual pertenece a la comunidad indígena, que por miles de décadas, a través del método de la observación han encontrado respuestas a sus necesidades de todo tipo y forma parte de su cosmovisión.

Los conocimientos al ser parte de la propiedad de las comunidades, al entrar en la categoría de bienes incorporales deben ser protegidos por su importancia en todos los aspectos anteriormente mencionados. Si bien, la importancia de la propiedad versa en el valor económico de explotación de un objeto, el término “valor” debe ser ampliado y entendido como un valor más allá de lo económico, por ejemplo, en el derecho de autor se reconoce el aspecto moral de la obra, es decir, el reconocimiento perpetuo del autor de la misma.

En el caso de los conocimientos tradicionales, su protección es ambigua pues actualmente lo que se protege es la materialización de dicho conocimiento, la obra en

sí, protección que solo aplicaría para ese tipo de obras; dicha protección es limitada ya que su objetivo final es la obra mencionada y no los conocimientos tradicionales que le han dado sustento; lo que se busca con esta investigación es crear un sistema *sui generis* de protección a los conocimientos tradicionales, donde el objetivo sean explícitamente los conocimientos y no así su materialización.

3. Marco jurídico de protección al derecho a la cultura

Durante el siglo XIX, la cultura era un bien que se adquiría a través de la educación y se relacionaba con una serie de prácticas y saberes reconocidos por una parte de la sociedad; en el mestizaje se adoptó como un símbolo de identidad. Lo “culto” se distinguía por la herencia española en los rasgos físicos, la vestimenta, la religión, etc. y una comparación con el “indio”, que se asociaba a lo culinario, lo relacionado con el campo y su vestimenta folklórica. En este sentido, la cultura se acumulaba y se enriquecía como cualquier otro bien.

Por lo anterior, la sociedad se dividía entre quienes eran poseedores de cultura -los mestizos, blancos, hacendados- y quienes carecían de ella -los indios, morenos, trabajadores de la hacienda-, ante esta situación, el Estado decidió fundar instituciones que permitieran que los unos conservaran y enriquecieran su capital cultural y los otros lo adquiriesen; por ello, crearon diversas políticas, como son:

- unificación nacional, a través de los símbolos compartidos, creación de instituciones para albergar piezas arqueológicas y de importancia histórica;
- la fundación de instituciones para la promoción del “arte culto” (la música y la literatura, entre otras manifestaciones artísticas); y,

- la promoción de la “educación pública laica y científica”, asociada a la idea de progreso que empapaba el pensamiento de la época en el mundo, y su influencia en México.

En 1905, durante el régimen de Porfirio Díaz, se creó la Secretaría de Instrucción Pública, que se encargaba de regular el funcionamiento del Museo de Arqueología e Historia, el Conservatorio Nacional, la Escuela de Arte Teatral, la Escuela Nacional de Bellas Artes, la Biblioteca Nacional y la Inspección General de Monumentos y en 1910 se comenzó a construir el Palacio de Bellas Artes.

En la Constitución de 1917, el término cultura apareció por primera vez en el Artículo 3º, en el cual se establecía:

“1. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, el criterio que orientará a dicha educación se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa y, basado en los resultado (sic) del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además:

a. Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;

b. Será nacional en cuanto -sin hostilidades ni exclusivismos- atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura; y

(...)”

Para esta época, el término cultura se encontraba íntimamente relacionado con el discurso nacionalista, la modernización seguía siendo un asunto de vital relevancia para la Constitución del Estado, pero ahora con un enfoque que intentaba incluir a toda la población en el discurso nacional, por lo que se reivindicó, a los grupos indígenas y campesinos que antes habían permanecido en el lugar de ausentes o en el mejor de los casos de ignorantes.

Durante la primera etapa de la revolución, la política cultural se equiparaba a la política educativa, porque había que alfabetizar a la mayoría de la población que permanecía iletrada. En 1921, Álvaro Obregón creó la Secretaría de Educación Pública encabezada por José Vasconcelos y se conformó el Sindicato de Obreros Técnicos, Pintores y Escultores, que en 1923 volvió público el Manifiesto que establecía:

(...) El arte del pueblo de México es la manifestación espiritual más grande y más sana del mundo y su tradición indígena es la mejor de todas. Y es grande precisamente porque siendo popular es colectiva, y es por eso que nuestro objetivo fundamental radica en socializar las manifestaciones artísticas tendiendo hacia la desaparición absoluta del individualismo por burgués. Repudiamos la pintura llamada de caballete y todo el arte de cenáculo ultraintelectual por aristocrático, y exaltamos las manifestaciones de arte monumental por ser de utilidad pública. Proclamamos que toda manifestación estética ajena o contraria al sentimiento popular es burguesa y debe desaparecer porque contribuye a pervertir el gusto de nuestra raza, ya casi completamente pervertido en las ciudades. Proclamamos que siendo nuestro momento social de transición entre el aniquilamiento de un orden envejecido y la implantación de un orden nuevo, los creadores de belleza deben esforzarse porque su labor presente un aspecto claro de propaganda ideológica en bien del pueblo, haciendo del arte, que actualmente es una manifestación de masturbación individualista, una finalidad de belleza para todos, de educación y de combate.

Porque sabemos muy bien que la implantación en México de un gobierno burgués traería consigo la natural depresión en la estética popular indígena de nuestra raza, que actualmente no vive más que en nuestras clases populares, pero que ya empezaba, sin embargo, a purificar los medios intelectuales de México; lucharemos por evitarlo porque sabemos muy bien que el triunfo de las clases populares traerá consigo un florecimiento, no solamente en el orden social, sino un florecimiento unánime de arte étnica, cosmogónica e históricamente trascendental en la vida de nuestra raza, comparable al de nuestras admirables civilizaciones autóctonas; lucharemos sin descanso por conseguirlo."

Durante las décadas de 1920 y 1930 se constituyeron los siguientes organismos:

- Misiones culturales y maestros rurales.
- Campaña de alfabetización masiva.
- Departamentos: escolar, de bellas artes y de bibliotecas y archivos.
- Escuelas nocturnas.
- Formación de obreros calificados.
- Inauguración de dos mil bibliotecas.

- Tirajes masivos de libros de literatura clásica.
- Departamento de antropología, antecesor del INAH (fundado por Lázaro Cárdenas en 1938).
- Consejo nacional de educación superior y de la investigación científica.
- Consejo técnico de educación agrícola.
- Instituto nacional de psicopedagogía.
- Cárdenas convirtió el Castillo de Chapultepec en el Museo Nacional de Historia.
- Instituto Politécnico Nacional.
- La casa de España en México (la cual se convierte en el Colegio de México).

De lo anterior, se puede advertir que la principal atención siguió estando en torno a la educación, particularmente para la población rural, sin embargo algunas comunidades conservaron sus identidades culturales locales, mientras que el Estado implementó un nacionalismo inclusivo, multiétnico y popular basado en su compromiso con la justicia social y el desarrollo, por lo que la cultura popular se convirtió en uno de los principales motores del desarrollo de la política pública.

Las instituciones de educación superior se concentraron en el Distrito Federal y más adelante en las principales ciudades del país. Las ciudades de México y Guadalajara aglutinaban la producción, circulación y consumo de la cultura nacional; varios artistas como José Clemente Orozco, David Alfaro Siqueiros, Diego Rivera, Roberto Montenegro, Jorge González Camarena, entre otros, se pusieron al servicio del Estado y realizaron obras monumentales en diversos espacios públicos, desde instituciones como la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y el Palacio de Bellas Artes, hasta espacios de uso público cotidiano como los edificios del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), la Secretaría de Educación Pública (SEP), y diversos mercados. También literatos, músicos, dramaturgos y otros artistas se sumaron al proyecto modernizador de la Revolución Mexicana. El nacionalismo se expresó así en la educación cívica y moral de las mayorías, ya que los artistas eran

servidores públicos y sus pinturas tenían la misión de transmitir los valores de la nación y el proyecto revolucionario.

En 1934, durante el gobierno de Lázaro Cárdenas, se reformó el artículo 73 constitucional, el cual estableció la facultad del Congreso de establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes, oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás instituciones concernientes a la cultura general de los trabajadores de la nación y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones.

En relación con lo anterior, a partir de 1940 y finales del año de 1970 se impulsó el fomento cultural dirigido hacia y por las instituciones corporativizadas, como sindicatos, comunidades agrarias, centros sociales, casas del pueblo, centros de cultura para los trabajadores y los campesinos o para el sector popular, con la finalidad de solidificarlos.

Durante esta etapa, se crearon diversas instituciones culturales que aportaron al crecimiento económico del país, en 1946, el Instituto Nacional de Bellas Artes, que aglutinó el Departamento de Bellas Artes, el Palacio de Bellas Artes, los centros populares de iniciación artística, las escuelas de pintura y teatro y el Conservatorio Nacional; en el año de 1948, el Instituto Nacional Indigenista (INI), para integrar a los indígenas al desarrollo, intensa campaña de castellanización; en 1959, la Comisión Nacional de los Libros de Texto Gratuitos y en 1963-1965 los museos: Antropología, Historia Natural, de la Ciudad de México, Galería de Historia (anexo Castillo Chapultepec), Arte Moderno, de las Culturas, Museo de San Carlos (en el Palacio Buenavista).

A partir de 1970, la visión del Estado cambió de una idea de unidad nacional a la modernidad en México, por lo que las funciones de las instituciones de cultura cambiaron drásticamente sus funciones, y se generaron diversos espacios autónomos, especiales para el arte y la difusión cultural, provocando que ya no fuera parte de la vida cotidiana; por ejemplo el edificio del Centro Cultural de la UNAM (CCU).

En el año de 1978, durante el gobierno de López Portillo, se reformó el apartado VIII del artículo 3º de la Constitución, en el que se estableció la responsabilidad de las universidades e instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, de difundir la cultura de acuerdo con los principios constitucionales, pero fue hasta el 7 de diciembre de 1988, cuando la cultura comienza a deslindarse de la educación, en el momento en el que el Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (CONACULTA) se convirtió en un órgano desconcentrado y la existencia de medios masivos de comunicación, fueron una influencia en la vida cotidiana de los individuos como en la agenda sobre las políticas culturales del país.

A partir de los años ochenta, se estableció un sistema de becas para creadores, surgieron festivales como El Cervantino y el del Centro Histórico de la Ciudad de México, los conciertos masivos en las plazas públicas; en el ámbito privado se crearon disqueras, las organizadoras de espectáculos populares y las televisoras comenzaron los discursos sobre la pluralidad y la diversidad, la educación bilingüe y bicultural. Para llevar a cabo este nuevo proyecto educativo se imprimieron libros de texto en lenguas indígenas y se capacitó a maestros bilingües.

En el año de 1992, se reformó nuevamente la Constitución, en su artículo 4º se estableció la composición pluricultural de México, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, describiéndolos como aquellos que habitaban el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Durante esta época, los medios de comunicación masiva iniciaron una campaña que privilegiaba lo privado sobre lo público, la sociedad prestaba atención a lo que decían los medios más que a los mensajes de los gobiernos sobre los asuntos públicos, ello como resultado de su poder tecnológico y económico para comunicarse con la mayoría de la población, entretejer la cotidianidad local con redes de información y diversión nacionales y globales.

El 30 de abril de 2009, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se adicionaba el párrafo noveno al artículo 4º, se reformó la fracción XXV y adiciona la fracción XXIX-Ñ del artículo 73, ambos constitucionales, en donde se reconoce el derecho a la cultura, y se faculta al Congreso de la Unión a legislar en dicha materia.

De la exposición de motivos de dicha reforma se puede evidenciar que el Estado mexicano se encontraba en un gran rezago en el reconocimiento del derecho a la cultura, ya que en el ámbito internacional se llevaba algunas décadas reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Protocolo de San Salvador, en el que el Estado se comprometía a garantizarlo.

El artículo 3º, fracción V, de la Constitución regulaba el acceso y disfrute de los bienes y servicios culturales, ya que el Estado debía alentar el fortalecimiento y difusión de la cultura. Por lo que hacía a los artículos 6 y 7, en forma expresa establecían el derecho a la cultura en lo concerniente a la producción intelectual, y el párrafo noveno del 28 contenía la libre manifestación de las ideas, así como los derechos de autor no constituyen monopolios; ello resultaba insuficiente, pues en

ningún artículo se reconocía como derecho fundamental de los individuos y/o grupos; se trataba de normas programáticas, dependientes de alguna circunstancia, por lo que se buscaba prever la fuerza normativa del derecho en cuestión.

3.1 Derecho a la cultura

La cultura ha sido definida como todo aquello, material e inmaterial (creencia, valores, comportamientos, modos de vida, instituciones y objetos) que identifica a un grupo de personas, es la forma en que los seres humanos expresamos nuestra humanidad, nos desarrollamos y construimos nuestras vidas, es el desarrollo intelectual y/o artístico.¹³⁹

El término cultura ha sido definido en el ámbito internacional, considerando que abarca valores, creencias, convicciones, idiomas, saberes, artes, tradiciones, instituciones, y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad, el significado de su existencia y de su desarrollo.¹⁴⁰

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un

¹³⁹ Valdés Caridad y Rogel Carlos, Declaración de Friburgo, “Los derechos culturales”, el 7 de mayo de 2007, *Cultura Popular y Propiedad Intelectual*, REUS, Madrid, España 2011, p. 12.

¹⁴⁰ Artículo 2 inciso a) de la Declaración de Friburgo, los derechos culturales, aprobada el 7 de mayo de 2007, UNESCO.

elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende, de su identidad cultural.¹⁴¹

El Folclore es el término que es utilizado para estudiar las tradiciones populares como ciencia, es aquel patrimonio intangible, que se hereda de generación en generación que son creadas, conservadas y elaboradas por comunidades autóctonas, por personas no identificadas, si estas actividades dejan de practicarse desaparecen y se vuelven parte de la historia y de estudios antropológicos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, así como gozar de las artes y participar en el proceso científico y de los beneficios que resulten de él, en la protección de los intereses morales y materiales por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas.

El derecho a la cultura se encuentra previsto en el inciso a), del artículo 15, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales al establecer el derecho de toda persona a participar en la cultura e impone al Estado la obligación de promover los medios de difusión y desarrollo, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones; también remite a la legislación interna la creación de los mecanismos por los cuales las personas tendrán acceso y participarán en cualquier manifestación cultural.

El concepto de cultura popular tradicional ha sido definido por la UNESCO en la Recomendación sobre la Salvaguardia de la cultura tradicional y popular, adoptada en la Conferencia General en París, en la sesión 25, al 15 de noviembre de 1989, en la que se estableció que dicho concepto hace referencia al conjunto de creaciones que

¹⁴¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135.

emanan de una comunidad cultural que se encuentran fundadas en la tradición, son expresadas por un grupo o por individuos y que responden a las expectativas de la expresión de la identidad cultural y social, es el fenómeno en el que converjan todas las tradiciones y costumbres de un pueblo.

El concepto de cultura no debe entenderse como una serie de expresiones aisladas o compartimientos estancados, sino como un proceso interactivo a través del cual los individuos y las comunidades, manteniendo sus particularidades y sus fines, expresan su cultura a la humanidad. Ese concepto tiene en cuenta la individualidad y la alteridad de la cultura como creación y producto social.¹⁴²

El Comité considera que la cultura, para efecto de aplicar el párrafo 1 a) del artículo 15, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, lenguaje, literatura escrita y oral, música, canciones, comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, ritos, ceremonias, deportes y juegos, métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, comida, vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por las cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad, así como el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades.

En el ámbito interno, dicho derecho se encuentra establecido en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al determinar que toda persona tiene derecho a acceder y participar sin discriminación a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado, así como el ejercicio de sus derechos culturales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación al hacer un análisis de tal artículo determinó que el mismo contiene un derecho de naturaleza fundamental, el cual debe

¹⁴² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 21.

interpretarse con los principios de universalidad, indivisibilidad, progresividad e interdependencia; el que se debe garantizar tanto individual como colectivo.¹⁴³

Aunado a lo anterior, en el artículo 73, fracción XXIX-Ñ de la Constitución Federal establece que el Congreso de la Unión estará facultado para expedir las bases para que en un ámbito de concurrencia, la Federación, las Entidades Federativas y los Municipios, así como las demarcaciones de la Ciudad de México coordinen acciones en materia de cultura.

El Estado mexicano publicó el 19 de junio de 2017, la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, en la que se prevé que las manifestaciones culturales que se protegen son los elementos materiales e inmateriales pretéritos y actuales, inherentes a la historia, arte, tradiciones, prácticas y conocimientos que identifican a grupos, pueblos y comunidades que integran la nación mexicana, elementos que las personas, de manera individual o colectiva, reconocen como propios por el valor y significado que les aporta en términos de su identidad, formación, integridad, dignidad cultural, a las que tienen el pleno derecho de acceder, participar, practicar y disfrutar de manera activa y creativa.

De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 3o., 7o., 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con diversos preceptos sobre derechos humanos de carácter internacional y por lo establecido en el artículo 4o. constitucional se puede concluir que el derecho a la cultura se incluye dentro del marco de los derechos fundamentales; de ahí que el Estado deba garantizar y promover la libre emisión, recepción y circulación de la cultura, tanto en su aspecto individual, como elemento esencial de la persona, como colectivo en lo social, dentro del cual está la difusión de múltiples valores, entre ellos, los históricos, las tradiciones, los populares, las obras de artistas, escritores y científicos y muchas otras

¹⁴³ Tesis: 1a. CCVII/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, número de registro: 2001625, Primera Sala, Libro XII, Septiembre de 2012, tomo 1, pág. 502; tesis aislada (Constitucional).

manifestaciones del ser humano con carácter formativo de la identidad individual social o nacional.¹⁴⁴

El derecho a la cultura comprende:¹⁴⁵

- a) El derecho a expresarse a través de los idiomas de su elección.
- b) Ejercer las prácticas culturales a través de las cuales se exprese el modo de vida de las comunidades.
- c) La libertad de desarrollar y compartir los conocimientos, expresiones culturales investigaciones y las diferentes maneras de creación.
- d) La protección a los intereses morales y materiales.

Toda persona en lo individual o colectivamente tiene derecho a participar en la vida cultural a través de medios democráticos, referentes:¹⁴⁶

- a) Al desarrollo social de la comunidad a la que pertenece.
- b) A la elaboración, práctica y evolución de las decisiones que conciernen a la comunidad.
- c) Al desarrollo y la cooperación cultural en los diferentes niveles.

De igual forma, para el ejercicio del derecho a la cultura, es de gran importancia que las personas, actores de la cultura, entes públicos, privados y civiles, en un ámbito competencial de los tres niveles, tengan derecho a recursos efectivos en donde se pueda alegar la vulneración de sus derechos culturales, es decir, el derecho de proporcionar, participar, volver accesible la cultura a todas las personas principalmente aquellos grupos más vulnerables socialmente hablando.

¹⁴⁴ Tesis: 1a. CCVI/2012 (10a.); Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Décima Época; número de registro: 2001622; Primera Sala; Libro XII, septiembre de 2012, tomo 1; p. 500; tesis aislada (Constitucional).

¹⁴⁵ *Ibíd*em artículo 5.

¹⁴⁶ *Ibíd*em artículo 8.

Todos tenemos el derecho a crear, reproducir, transmitir nuestra cultura, ya que a través de esta manera el ser humano se vuelve parte de un grupo el cual tiene fines, ideas, metas, objetivos, similares a los de los demás.

La lengua es el vehículo de construcción cultural, es el medio por el cual se expresa la cultura y el reflejo de la identidad de cualquier grupo, por lo que la protección de las lenguas indígenas incide en el reconocimiento y en la protección de la pluriculturalidad,¹⁴⁷ por lo tanto, debe ser considerado como un derecho social o cultural con incidencia individual y colectiva.¹⁴⁸ Dado a que es una de las formas en las que se transmiten los conocimientos tradicionales, por lo que es de gran importancia su protección y reconocimiento.

Aunado a lo anterior, el derecho a participar o a tomar parte en la vida cultural tiene, entre otros, tres componentes principales relacionados entre sí: a) la participación b) el acceso y c) la contribución a la vida cultural.

- a) La participación en la vida cultural comprende, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a actuar libremente; a escoger su propia identidad; a identificarse o no con una o con varias comunidades, o a cambiar de idea; a participar en la vida política de la sociedad; a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección. Toda persona tiene igualmente derecho a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, así como a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas.

¹⁴⁷ Tesis: 1a. CXLIX/2016 (10a.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época; número de registro: 2011774; Primera Sala; Libro 31, junio de 2016, tomo I; p. 703; tesis aislada (Constitucional).

¹⁴⁸ Tesis: 1a. CXLVII/2016 (10a.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época; número de registro: 2011778; Primera Sala; Libro 31, junio de 2016, tomo I; p. 705; tesis aislada (Constitucional).

- b) El acceso comprende, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información a través de cualquier medio de comunicación, a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural, a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de los recursos con los que cuenta; así como beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades.
- c) La contribución es el derecho de toda persona a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad. Le asiste también el derecho a participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece, así como en la definición, formulación y aplicación de políticas y decisiones respecto a sus derechos culturales.

3.2 Patrimonio cultural y sus dimensiones, material e inmaterial

El término patrimonio cultural ha sido definido por la comunidad internacional, específicamente en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural en su artículo primero el cual lo define como aquellos:

- a) Monumentos, obras arquitectónicas, de escultura o de pintura, monumentos, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional a la vista de la historia, del arte o de la ciencia.
- b) Los conjuntos, grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, arte o de la ciencia.
- c) Los lugares, obras del hombre y de la naturaleza, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor histórico, estético, etnológico o antropológico.

Uno de las obligaciones a cargo del Estado es identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a generaciones futuras el patrimonio cultural y natural del territorio, hasta el máximo de sus recursos mediante cooperación y asistencia internacional, a través de las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar el patrimonio en cuestión.

El término bienes culturales ha sido descrito por la comunidad internacional al aprobar la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, a través de su artículo primero, el cual establece que los bienes culturales son aquellos:

- a) Muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, por ejemplo los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y de libros importantes, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos.
- b) Edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a), tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a).
- c) Y "centros monumentales"

El patrimonio cultural representa la memoria de generaciones, las cuales han dado un valor determinado, ya sea material o inmaterial, insustituible, pues forma

parte de la autenticidad, del espíritu de su creador, de la identidad de una sociedad en específico, un elemento de diferenciación del resto de las sociedades.

El turismo es parte importante de la cultura, pues permite a los pueblos visualizarse entre otros pueblos y se crea una conciencia colectiva de respeto, comprensión y compartir la cosmovisión que se tiene en cada pueblo y el turismo alternativo es una de las formas que actualmente surgieron en donde el objetivo principal es el desarrollo sostenible, el cuidado y admiración de la naturaleza, la tradición, el pasado, etc.

Sin embargo no todo es tan positivo en el turismo, uno de los problemas que se encuentran es la homogeneidad de los servicios al turista y el choque de ambos patrimonios culturales, en donde el pueblo se compatibiliza atendiendo las necesidades turísticas para una buena armonización y de esa manera se satisfaga la estructura de comercio, por ello el turismo invasivo provoca fracturas en la cultura de las comunidades y pueblos, ya que permite el surgimiento de algo diferente, algo homogéneo alterando la identidad de las culturas, pues adoptan ciertas características que les permitirán una mejor relación entre los turistas, lo cual tiene como finalidad el incremento del comercio y la transmisión del conocimiento hacia el resto del mundo.

Patrimonio cultural material

La protección al patrimonio cultural material a nivel internacional se encuentra previsto en diversas convenciones de las cuales los Estados Unidos Mexicanos forma parte, entre ellas se encuentran:

- Convención Universal sobre Derechos de Autor revisada en París el 24 de julio de 1971.¹⁴⁹
- Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado.¹⁵⁰ La finalidad de dicha Convención es la protección de los bienes culturales debido a las afectaciones que estos reciben en los casos de la existencia de conflictos armados, ya que dicho menoscabo se realiza al patrimonio cultural de toda la humanidad, a la aportación de cada pueblo para la construcción de la cultura.

Respecto de esta última Convención, los bienes culturales protegidos tienen un emblema que ostenten su identificación, el cual consiste en un escudo en punta, partido en aspa, de color azul ultramar en la parte superior, en los flancos se hallan sendos triángulos blancos limitados por las áreas azul ultramar y los bordes laterales del escudo los cuales reciben una protección especial a través del Registro Internacional de Bienes Culturales Bajo Protección Especial.¹⁵¹

Solo tres categorías de bienes culturales muebles reciben dicha protección: los refugios que se encuentran destinados a preservar dichos bienes culturales muebles, centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de gran importancia. Actualmente, México tiene nueve sitios arqueológicos protegidos de manera especial por la UNESCO, los cuales son:¹⁵²

¹⁴⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1976.

¹⁵⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de agosto 1956.

¹⁵¹ Los requisitos para que un bien cultural sea protegido a través de este sistema, debe ser realizada dicha solicitud a petición de parte, es decir los Estados que cuenten con algún bien cultural que deseen proteger debe cumplir con los siguientes requisitos: a) el Estado interesado debe solicitar dicha protección especial a la Dirección General de la UNESCO, en el entendido de que dicho Estado forma parte de la Convención; b) la protección especial se otorga a un número limitado de bienes; c) los bienes deben encontrarse a suficiente distancia de cualquier centro industrial u objetivo militar importante considerado como vulnerable.

¹⁵² La solicitud de dicha protección fue realizada por la Comisión Intersecretarial de Derecho Internacional Humanitario, integrada por las Secretarías de la Defensa Nacional, Marina, Gobernación y Relaciones Exteriores. <http://www.inah.gob.mx/es/boletines/2155-senalizan-nueve-sitios-arqueologicos-mexicanos-para-proteccion-especial-de-la-unesco>.

- a) La ciudad prehispánica de Palenque, Chiapas,
- b) La ciudad prehispánica de Teotihuacán en el Estado de México,
- c) La zona arqueológica de Monte Albán, Oaxaca,
- d) La ciudad prehispánica de Chichén Itzá, Yucatán,
- e) La ciudad prehispánica de El Tajín, Veracruz,
- f) La ciudad precolombina de Uxmal y sus tres pueblos: kabah, Labná y Sayil, en Yucatán
- g) La zona arqueológica de Paquimé, Chihuahua.
- h) La zona de monumentos arqueológicos de Xochicalco, Morelos y
- i) La antigua ciudad Maya de Calakmul, Campeche.

Por su parte, el Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural adoptado en París el 23 de noviembre de 1972¹⁵³ se estableció la obligación de los Estados partes a no tomar ninguna medida que pueda causar daño al patrimonio cultural, ya sea directa o indirectamente, patrimonio cultural protegido a través del sistema de cooperación y asistencia internacional, destinado a la conservación.

A través de la citada Convención se crea el Comité Intergubernamental de Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, integrado por 15 Estados parte, es el encargado de crear la “lista del patrimonio mundial”, o “lista del patrimonio mundial en peligro”, que contiene los gastos de operación respecto de bienes culturales que exigen trabajos de conservación bajo el consentimiento del Estado, son aquellos bienes que corren un peligro grave y se encuentran en desgaste acelerado y evalúa las solicitudes interpuestas por los Estados partes. De igual forma, el Comité utiliza los recursos del “Fondo del Patrimonio Mundial” para la preservación del patrimonio cultural.¹⁵⁴

¹⁵³Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de octubre de 1984.

¹⁵⁴ Los Estados parte cada dos años se comprometen a entregar al Comité una aportación.

En el ámbito nacional, el patrimonio cultural material, además de protegerse a través de los tratados de los cuales México es parte, existen dos normas federales que se encargan de dar eficacia a los mismos, un ejemplo de ello es la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas. En dicha ley se establece la competencia concurrente de los tres ámbitos de gobierno federal, estatal y municipal para la protección, de los monumentos y zonas arqueológicas, históricas y artísticas.

La citada Ley define a los monumentos arqueológicos a todos los bienes muebles e inmuebles, producto de culturas anteriores al establecimiento del actual territorio nacional, así como los restos humanos, la flora y de la fauna, relacionados con esas culturas.

La declaratoria de monumento arqueológico tiene por efecto que el bien pase a ser propiedad de la nación de manera imprescriptible y enajenable, por ejemplo vestigios o restos fósiles de seres orgánicos que habitaron el territorio nacional en épocas pretéritas y cuya investigación, conservación, restauración, recuperación o utilización revistan en un interés paleontológico, circunstancia que deberá consignarse en la respectiva declaratoria que expedirá el Presidente de la República o el Secretario de Educación Pública.

Respecto de los registros, se encuentran contemplados dos tipos, el primero es a petición de parte y el segundo de oficio, el primero de ellos es el Registro Público de Monumentos y Zonas Arqueológicas e Históricas, dependientes del Instituto Nacional de Antropología e Historia y el segundo es el Registro Público de Monumentos y Zonas Artísticas, dependientes del Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura, para la inscripción de monumentos arqueológicos, históricos o artísticos y las declaratorias de zonas respectivas; sin que ello altere la inscripción del registro de la propiedad de la entidad a la que pertenezca el bien.

La citada Ley describe a los monumentos artísticos como aquellos bienes muebles e inmuebles que revistan valor estético relevante, que deberá atender las siguientes características de representatividad, inserción en determinada corriente estilística, grado de innovación, materiales, técnicas utilizadas y otras análogas; y a los monumentos históricos como bienes vinculados con la historia de la nación, a partir del establecimiento de la cultura hispánica en el país, en los términos de la declaratoria respectiva o por determinación de la Ley.

Los monumentos históricos son:

I.- Los inmuebles construidos en los siglos XVI al XIX, dedicados a la administración, divulgación, enseñanza o práctica de un culto religioso; educación y la enseñanza, a fines asistenciales o benéficos; al servicio y ornato públicos y al uso de las autoridades civiles y militares, así como los muebles encontrados en dichos inmuebles.

Obras civiles relevantes de carácter privado realizadas de los siglos XVI al XIX.

II.- Los documentos y expedientes que pertenezcan o hayan pertenecido a las oficinas y archivos de la Federación, Estados o Municipios y de las casas curiales.

III.- Los documentos originales manuscritos relacionados con la historia de México y los libros, folletos y otros impresos en México o en el extranjero, durante los siglos XVI al XIX.

IV.- Las colecciones científicas y técnicas declaradas como tal.

En la Ley referida se establecen tres tipos de zonas, arqueológica, histórica y artística, en donde se encuentran varios monumentos asociados a la arqueología, historia y arte; el Instituto Nacional de Antropología e Historia es competente en materia de monumentos y zonas arqueológicas e históricas, el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura es competente en materia de monumentos y zonas de monumentos artísticos.

Entre estos tres tipos de monumentos existe un orden de prelación establecido en el artículo 46 de la Ley Federal citada, que para efectos de competencia, el carácter arqueológico prevalece respecto del histórico y este a su vez del artístico. Aunado a ello, la Ley establece sanciones por la vulneración al estado de dichos monumentos, desde una multa administrativa como pena privativa de libertad.

El autor Jorge Sánchez Cordero, en su ensayo denominado “Reforma constitucional en materia de cultura” hace referencia al pensamiento del autor francés Víctor Hugo, el cual refería que la abstracción hecha a la propiedad de los dueños de los monumentos, su destrucción no debe formar parte de sus prerrogativas, es decir, los dos elementos esenciales de un monumento, es su uso y su belleza, su uso le pertenece al propietario pero su belleza a la sociedad.

El 6 de mayo de 1972, en el Diario Oficial de la Federación se publicó la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, en la que se establecen las pautas que debe seguir la protección a los bienes culturales materiales.

La Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir a impedir la importación, la exportación y transferencia de propiedad ilícita de los bienes culturales, de la UNESCO aprobada el 14 de noviembre de 1970, protege los bienes culturales que se encuentran en el territorio del Estado. Los pueblos, para encontrar su identidad, deben tener conciencia histórica, la cual se expresa a través de los bienes culturales, mediante los cuales se determina quienes son y de donde provienen, protegiendo con ello la diversidad cultural.

Los bienes culturales enriquecen a la sociedad, estimulan la investigación y el conocimiento, por esta razón los Estados han sido enfáticos en proteger a través de Convenciones, sus bienes culturales y evitar su tráfico ilícito. Un ejemplo de ello es el

Tratado de Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América que Dispone la Recuperación y Devolución de Bienes Arqueológicos, Históricos y Culturales Robados, en el cual se propone la protección a los bienes culturales de cada país y la devolución de los mismos si es que son traficados ilícitamente, pues de ello depende la conservación de la identidad de cada nación y el valor de la cultura.

Patrimonio cultural inmaterial

El patrimonio cultural inmaterial comprende tradiciones o expresiones vivas heredadas de nuestros antepasados y transmitidas a nuestros descendientes, como tradiciones orales, artes del espectáculo, usos sociales, rituales, actos festivos, conocimientos y prácticas relativas a la naturaleza y el universo, saberes y técnicas vinculados a la artesanía tradicional; es un importante factor del mantenimiento de la diversidad cultural frente a la globalización. La comprensión del patrimonio cultural inmaterial de diferentes comunidades contribuye al diálogo entre culturas y promueve el respeto hacia otros modos de vida.

La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial¹⁵⁵ organizada por la UNESCO define al patrimonio cultural inmaterial, como los usos, representaciones, expresiones, conocimientos, técnicas, junto con los instrumentos, objetos, artefacto y espacios que les son inherentes, los cuales son reconocidos por la comunidad como parte integrante de su patrimonio.

La importancia del patrimonio cultural inmaterial estriba en el cúmulo de conocimientos transmitidos de generación en generación, las prácticas y expresiones culturales que forman el vértice protegido a través de la Convención de la UNESCO

¹⁵⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 2006.

del 2003 sobre la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el cual proporciona identidad y continuidad a las comunidades y pueblos.¹⁵⁶

Las características del patrimonio cultural inmaterial son:¹⁵⁷

- Es tradicional, contemporáneo y viviente a un mismo tiempo ya que no solo incluye tradiciones heredadas, sino también usos rurales y urbanos contemporáneos característicos de diversos grupos culturales.
- Es integrador ya que podemos compartir expresiones de otras comunidades, transmitidas de generación en generación, evolucionando en respuesta a su entorno y contribuyen a la identidad, creando un vínculo entre el pasado y el futuro a través del presente. El patrimonio cultural inmaterial contribuye a la cohesión social fomentando identidad y responsabilidad que ayuda a los individuos a sentirse miembros de una o varias comunidades y de la sociedad en general.
- Es representativo ya que las tradiciones, técnicas y costumbres se transmiten al resto de la comunidad, de generación en generación, o a otras comunidades.
- Se basa en la comunidad, pues solo lo puede serlo si es reconocido como tal por las comunidades, grupos o individuos que lo crean, mantienen y transmiten. Sin este reconocimiento, nadie podría decidir por ellos que una expresión o un uso determinado forma parte de su patrimonio.
- Se transmite vía oral e intergeneracional, la propiedad es comunitaria y solo quien tiene su guardia y custodia se encuentra autorizado para ejercerla y diseminarla.

¹⁵⁶ SÁNCHEZ, Cordero, Jorge, “Reforma Constitucional en Materia de Consulta” Amicus Curiae, Universidad Nacional Autónoma de México, volumen I, número I, 2º época, noviembre 2012, p. 63.

¹⁵⁷ Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, ¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial? <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003>

La cultura se encuentra ligada a los valores, costumbres, normas, estilos de vida, es una mirada hacia el pasado. La costumbre como parte fundamental de la cultura representa la aceptación de actos o prácticas que los grupos humanos realizan de forma constante con la justificación válida y lógica para ello.

Los conocimientos tradicionales al formar parte del patrimonio cultural inmaterial deben de ser protegidos, por ello la Convención de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial¹⁵⁸ prevé la obligación de los Estados de hacer un inventario de dicho patrimonio, presentes en su territorio, como medida de protección, bajo los siguientes criterios:

- a) Identificar a los grupos o comunidades.
- b) Asegurar que el Patrimonio Cultural Inmaterial reconocido por la comunidad o pueblo sea el que se proponga listar.
- c) Que la comunidad o pueblo otorgue su conocimiento para listar dicho patrimonio.
- d) Que se respeten las prácticas consuetudinarias para el acceso al Patrimonio Cultural Inmaterial.

3.3 Patrimonio cultural indígena en México

La falta de protección al patrimonio cultural inmaterial afecta a los pueblos y comunidades indígenas y deteriora su riqueza cultural ya que al poner en riesgo los conocimientos y saberes ancestrales del país, los pueblos y comunidades son despojados de su identidad. Por ello es de suma importancia que el Estado reconozca e implemente medidas necesarias que garanticen su protección.

¹⁵⁸ Ratificada por México el 14 de diciembre de 2005, con entrada en vigor el 20 de abril de 2006.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reconoce en su artículo 31 el derecho de los pueblos indígenas a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus tradiciones y costumbres culturales, lo que incluye sus manifestaciones pasadas, presentes y futuras de su cultura, como recursos humanos y genéticos, semillas, medicinas, conocimientos relacionados con la flora y la fauna, tradiciones orales, juegos tradicionales, deportes, artes. También prevé que los Estados proporcionaran reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución de los bienes culturales de que hayan sido privados, sin haberles informado con anterioridad. Lo anterior con la participación de dichas comunidades.

Respecto del marco jurídico nacional, el Estado mexicano cuenta con diversos instrumentos, el primero de ellos es el artículo 2, Apartado A, fracción IV de la Constitución Federal el cual reconoce el derecho de las comunidades y pueblos a preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad; la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, también reconoce los derechos culturales de las personas así como la obligación de establecer mecanismos de acceso y participación a las manifestaciones culturales, asegurar su ejercicio, preservación, conservación, mejoramiento y restauración de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia.

Aunado a lo anterior, el Reglamento Interior de la Secretaría de Cultura establece la facultad de la Dirección General de Culturas Populares, Indígenas y Urbanas de diseñar políticas para preservar el desarrollo de las culturas indígenas y crear programas de coordinación interinstitucional que permitan fortalecer el respeto, el aprecio y la promoción de las expresiones culturales, promover el estudio, conservación, fomento, expresión y difusión de las artes populares.

Por su parte, la Ley Federal del Derecho de Autor, en su artículo 157, protege las “Culturas Populares”, refiriéndose a ellas como obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, las manifestaciones primigenias en sus propias lenguas, y los usos, costumbres y tradiciones de la composición pluricultural que no cuenten con autor identificable; y en su artículo 158 establece la protección de las obras en contra de la “deformación”, sin hacer mayor referencia de las acciones respecto del uso del patrimonio cultural.

En el artículo 160 se permite el libre uso de las obras de las comunidades siempre y cuando al momento de utilizarse sea mencionada la comunidad, sin embargo la sola mención de la comunidad titular de la obra no garantiza la protección de la misma. La Ley establece los procedimientos de garantía de los derechos individuales de autoría y propiedad intelectual, sin que estos ayuden a la protección del patrimonio cultural inmaterial.

Por su parte, la Ley de Propiedad Industrial establece los procedimientos para la protección de dicha propiedad mediante patentes, denominaciones de origen e indicaciones geográficas, sin hacer mención del patrimonio cultural de las comunidades y/o pueblos indígenas, ya que fue creada para proteger derechos individuales de los propietarios industriales.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos en la recomendación 35/2019 advierte la ineficacia de los anteriores mecanismos utilizados para la protección del patrimonio cultural de las comunidades indígenas “pues tales procedimientos 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, lo que excluye a las y los creadores indígenas que no formen parte de las mismas agrupaciones.”¹⁵⁹

Por otro lado, la Ley Nacional de los Pueblos Indígenas establece al Instituto como autoridad del Poder Ejecutivo para definir, normar, diseñar, establecer, ejecutar, orientar, coordinar, promover, dar seguimiento y evaluar las políticas, programas, proyectos, estrategias y acciones públicas, para garantizar el ejercicio y la implementación de los derechos de los pueblos indígenas así como su desarrollo integral y el fortalecimiento de sus culturas e identidades, sin embargo no se establecen procedimientos claros, acciones precisas para la protección del patrimonio cultural de las comunidades.

Aunado a lo anterior, la Ley prevé el derechos de las comunidades de preservar, desarrollar, conservar, proteger, etc., su patrimonio cultural, sin embargo no establece los mecanismos por medio de los cuales se hará efectiva dicha protección, el simple reconocimiento del derecho no garantiza su protección, se convierte en una ley muerta que no cumple el objetivo principal, otorgar una real protección a las comunidades y a su patrimonio, el cual forma parte de su cosmovisión.

Por último, la Ley de Desarrollo Sostenible, en su artículo 176, establece que la Comisión Intersecretarial para el Desarrollo Rural Sustentable, con la participación del Consejo Mexicano para el Desarrollo Rural Sustentable, establecerá las medidas necesarias para garantizar la defensa de los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas, sin embargo, tal disposición es limitada ya que no define cuáles son los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas, ni prevé mecanismo o instancias de defensa para este tipo de derechos; lo que dicha disposición reenvía a las normas de propiedad intelectual, que como ya se había

¹⁵⁹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, Recomendación General no. 35, Sobre la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana, p. 23.

mencionado, estas resultan limitativas para la protección que se busca alcanzar para el patrimonio cultural indígena.

Respecto de las normas existentes en las entidades federativas, se advierte que el objeto de protección varía dependiendo de la entidad, por lo que la defensa y reconocimiento del patrimonio cultural de las comunidades no se encuentra bajo criterios homólogos, ya que en unas se hace la referencia del patrimonio cultural indígena y en general el patrimonio cultural.

Por lo anterior, “se puede decir que México no cuenta con un marco jurídico adecuado que atienda las especificidades y características propias de los pueblos y comunidades indígenas, mismo que haga efectivo su derecho a la protección del patrimonio cultural, ya que actualmente no prevé las medidas necesarias para proteger, salvaguardar, preservar, promover y desarrollar dicho patrimonio, con base en una visión interseccional que incorpore la pertenencia cultural”.¹⁶⁰

3.4 Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO

Las principales funciones del Comité Intergubernamental son promover los objetivos de la Convención, asesorar sobre mejores prácticas para proteger el patrimonio inmaterial y realizar recomendaciones sobre medidas de salvaguardia. Además examina las solicitudes de los Estados partes para inscribir elementos del patrimonio inmaterial en las listas, así como propuestas de programas y proyectos. Además, se ocupa de prestar asistencia internacional y elabora directrices operativas y plan para la utilización de los recursos del Fondo para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 27.

El Comité realiza las listas en las que se registra el patrimonio cultural inmaterial de los Estados partes interesados, con la finalidad de reconocer la importancia de los mismos y propiciar formas de diálogo que respeten la diversidad cultural, así como salvaguardar el patrimonio del Estado.

Actualmente, el Comité ha agregado a la lista anteriormente mencionada, el siguiente patrimonio inmaterial mexicano:

- a) En 2008, el Comité agregó las fiestas dedicadas a los muertos que las comunidades indígenas realizan en octubre y principios de noviembre, las cuales marcan el final del ciclo anual del maíz, cultivo principal de nuestro país; se cree que con ello se facilita el retorno de las almas a la tierra, se colocan pétalos de flores, velas y ofrendas a lo largo del camino que va desde la casa al cementerio. Se preparan los platillos favoritos de los difuntos en un altar en la tumba, con flores y objetos artesanales.
- b) En 2009 se agregaron 2 patrimonios a la lista, el ritual de los voladores de las comunidades indígenas principalmente en Veracruz, danza que se encuentra asociada con la fertilidad, su objetivo es demostrar el respeto por la naturaleza y la vida espiritual. Durante la ceremonia 4 jóvenes se suben a un mástil de 18 a 40 metros de altura del cual se lanzan al vacío con los pies atados a cuerdas de una plataforma.

También se registró un lugar sagrado para la cultura Otomí-Chichimeca, que es Peña de Bernal y los cerros Zamorano y Frontón, que cada año los chichimecas visitan con cruces milagrosas para pedir lluvia y protección divina, así como venerar a sus antepasados.

- c) En el año 2010 se agregó a la lista la comida tradicional mexicana así como los procedimientos de preparación culinaria. También la canción “Pirekua” del pueblo Purépecha en Michoacán, mediante la cual el pueblo le canta a la vida, a los lugares en donde habitan, a sus antepasados, a las mujeres; es una forma de expresar sus más profundos sentimientos. Por último los parachicos en Chiapa de Corzo en donde los bailarines danzan en honor a San Antonio Abad y a San Sebastián; la técnica de creación de las máscaras se transmite de

generación en generación desde la tala, secado de la madera, hasta la ornamentación final.

- d) En 2011 se agregó a la lista el “Mariachi”, música tradicional y símbolo de la cultura mexicana, abarca canciones de las diferentes regiones de México, jarabes, minués, polkas, valonas, chotis, valeses, serenatas, corridos, canciones tradicionales de la vida rural, la ranchera, el bolero ranchero, e incluso la cumbia colombiana. Las letras de las canciones de los mariachis hablan del amor a la tierra, la ciudad donde se vive, el país natal, la religión, la naturaleza, las mujeres mexicanas y la pujanza del país. La música mariachi transmite valores que fomentan el respeto del patrimonio natural de las regiones mexicanas y de la historia local, tanto en español como en las diversas lenguas indígenas del oeste del país.
- e) En el año 2012 se agregó el Centro de las Artes Indígenas del pueblo Totonaca en Veracruz, es una institución educativa destinada a transmitir sus enseñanzas, valores, arte y cultura, con la finalidad de que los creadores indígenas pudieran desarrollar sus capacidades artísticas. La estructura del Centro representa la de un asentamiento tradicional que comprende varias casas-escuelas, cada una de ellas está especializada en una de las artes totonacas (cerámica, textiles, pintura, arte de la curación, danza tradicional, música, teatro y cocina) en las que se inician los aprendices. En la “Casa de los Mayores” éstos adquieren los valores esenciales del pueblo totonaco, así como una orientación sobre la práctica creativa. La transmisión de conocimientos en el Centro es integral y holística; la práctica creativa está ligada a su naturaleza espiritual, se proponen conseguir la regeneración de la cultura totonaca; y promueven la cooperación de los creadores con organismos culturales con el resto del mundo.
- f) En 2016, la charrería fue inscrita como una práctica tradicional dedicada a la cría y el pastoreo del ganado a caballo, en sus orígenes, facilitaba la convivencia entre los ganaderos de diferentes Estados del país. Son artesanos locales los que diseñan y fabrican la vestimenta, el equipamiento, las sillas de montar y las espuelas que forman parte del arte tradicional de los charros. La charrería es un elemento importante de la identidad y el patrimonio cultural de

las comunidades depositarias de esta tradición, que la consideran un medio para transmitir a las nuevas generaciones algunos valores sociales importantes como el respeto y la igualdad de todos los miembros de la comunidad.

- g) En 2018, la romería de Zapopan festeja la “llevada de la Virgen” de regreso a la basílica de la localidad cada 12 de octubre.
- h) En el año 2019, la fabricación artesanal de cerámica estilo talaverano en Puebla, Tlaxcala, Talavera de la Reina y el Puente del Arzobispo España, comunidades de artesanos que fabrican con métodos tradicionales objetos de cerámica de estilo talaverano para usos domésticos, decorativos y arquitectónicos. Los conocimientos teóricos y prácticos abarcan la preparación de la arcilla, su modelación con un torno o un molde, la ornamentación de la pieza modelada, la preparación de los pigmentos, el esmalte y la cocción en el horno, operaciones que exigen una gran destreza. La fabricación artesanal de este tipo peculiar de cerámica es un símbolo de identidad esencial en México y en España.

3.5 Los conocimientos tradicionales como parte de la cultura mexicana

Los conocimientos tradicionales forman la parte esencial de la identidad de las comunidades y pueblos indígenas, la esencia de ser únicos y auténticos del resto de la población; la lista anterior solo muestra una pequeña parte del tesoro con el que cuentan las comunidades indígenas en México, que merece ser protegido y exaltado.

La protección a los conocimientos tradicionales es de suma importancia para las comunidades y pueblos indígenas y para el resto de los mexicanos, pues alimentan la cultura y es de interés general ya que todos formamos parte de este país, por lo que el bienestar y preservaciones de los indígenas nos atañe a todos.

Como vimos en el apartado anterior, los conocimientos tradicionales se encuentran inmersos en cada una de las formas en las que la comunidad se expresa, da a conocer su identidad y manifiesta sus sentimientos más profundos, desde una canción hasta la gastronomía del lugar; cuestión que forma parte de la cultura mexicana.

Uno de los factores que determinan la riqueza cultural de un país es su diversidad, lo cual ayuda a su desarrollo. Nuestro país se está considerando como uno de los países con mayor diversidad cultural, y en consecuencia con un recurso de extraordinario potencial. El reconocimiento y el aprecio de la diversidad cultural tienen por efecto una convivencia sólida, identidad e historia.

Los pueblos indígenas, las regiones que habitan y sus tradiciones, forman parte del todo que nos identifica como nación, pero no por ello se debe concluir que podemos apropiarnos de esta, al contrario, su protección nos atañe a todos. La cultura es origen y destino de los procesos sociales, de la creación de comunidades, las formas de convivencia y diálogo. Una cultura expresa su identidad, su carácter distintivo, en el patrimonio, material e inmaterial que ha producido, produce y crea. Por ello, la participación civil es fundamental para que, junto con los ámbitos de gobierno se pueda llevar a cabo una protección efectiva y difusión de la cultura.

México es heredero de diversas culturas y patrimonios, específicamente de conocimientos tradicionales, técnicas de producción, patrimonio inmaterial de las comunidades y pueblos indígenas en México, el cual requiere protección y difusión de nuevas y avanzadas estrategias de las instituciones en los tres órdenes de gobierno, así como una amplia participación de la sociedad civil.

Aunado a lo anterior, los pueblos indígenas tienen derecho a actuar colectivamente para que se respete su 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, la literatura, los diseños, los deportes, y juegos tradicionales y las artes visuales e interpretativas; respetando en todo momento el principio del consentimiento libre, previo e informado.

El Programa Nacional de Cultura 2007-2012 prevé que las culturas indígenas y populares merecen una consideración especial, por ser una de las fuentes fundamentales de la cultura mexicana y el patrimonio, su diversidad y riqueza de su patrimonio inmaterial son incalculables, por lo que deben ser prioridad de la política cultural.

La Dirección General de Culturas Populares es el área responsable de promover el estudio, conservación, difusión, reconocimiento y desarrollo de las culturas populares, principalmente las indígenas, tiene una operativa directa de 25 Entidades Federativas.

En dicho Programa el Estado se compromete a cumplir diversos objetivos, entre ellos el número 10 "Crear y desarrollar las condiciones y los medios que favorezcan la expresión, la expansión, el reconocimiento, la investigación y la valoración de la diversidad cultural del país por el conjunto de la sociedad mexicana." Para lo cual propone diversas estrategias como:

- a) Contribuir al reconocimiento de formas de organización, concepciones del mundo y desarrollo de las capacidades estéticas de los portadores de las culturas populares, especialmente las indígenas.
- b) Apoyar a los creadores para realizar proyectos culturales de alto impacto en sus comunidades a través de programas que destinen recursos económicos,

asesoría y gestión, en una vinculación directa con las comunidades y en estrecha relación con las instancias estatales de cultura.

- c) Fortalecer las expresiones del arte popular y la artesanía mexicana, fortaleciendo sus raíces e identidades, construir puentes de interculturalidad, con respeto a las concepciones culturales propias de cada expresión étnica.
- d) Fomentar la recuperación, revalorización y recreación de la tradición artística popular de México, como parte de la preservación y salvaguardia del patrimonio cultural material e inmaterial.
- e) Investigar, recopilar y sistematizar el universo simbólico del arte popular y la artesanía mexicanas, así como el significado de sus formas e iconografías expresado a través de su gran diversidad de lenguajes.
- f) Diseñar acciones para que los creadores enriquezcan la tradición con innovaciones que respondan a las condiciones de un mercado que demanda perfeccionamiento técnico, funcionalidad, valores plásticos y contenidos culturales propios, Programa Nacional de Cultura.
- g) Promover espacios donde se socialice el ejercicio de hablar y escuchar las diversas lenguas indígenas entre las niñas y niños a fin de preservar su uso.
- h) Fortalecer las acciones de conservación, preservación y promoción del patrimonio documental de las culturas populares.

3.6 Marco jurídico de protección al derecho de identidad cultural

El reconocimiento al derecho a la identidad cultural se encuentra previsto en diversos instrumentos internacionales como el artículo XII de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos; así como el artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 2.2 (b) del Convenio 169 de la OIT, los artículos 8.1, 8.2 y 12.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la interpretación evolutiva de los artículos 1.1, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 21, 23 y 24

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de conformidad con lo establecido por el Juez Abreu Burelli, en voto disidente, en el caso comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay.

Si bien, en el artículo 2 A fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no se establece expresamente el derecho a la identidad cultural de las comunidades y pueblos indígenas, la interpretación que debe de hacerse bajo el principio pro persona debe ser en sentido amplio, en el cual se permita la apertura de cualquier tipo de identidad que los grupos indígenas deban tener para vivir, poder ejercer sus derechos y desarrollarse como pueblo.

En el año de 1990, el Estado mexicano reconoció la identidad como un derecho, al incorporarse en la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que se obligó a respetar el derecho del niño a tener una identidad desde su nacimiento. Dos años después ratificó el Pacto de San José, en el que se señala que el derecho a la identidad no se suspende ante graves emergencias como guerras o peligros públicos.

3.6.1 Definición del derecho a la identidad cultural

La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en su sección Tercera lo define como un derecho que le pertenece a los pueblos indígenas abordado en siete categorías las cuales son: integridad cultural; conocimiento, lenguaje y comunicación; educación; religión; familia; salud y medio ambiente sano; además el patrimonio cultural tangible e intangible, forma parte de la integridad e identidad cultural de los pueblos indígenas, por lo que el Estado tiene la obligación de proporcionar mecanismos de restitución de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales.

En el derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones, individual y colectiva; en esta última el sujeto de derecho es la comunidad, en la cual se impacta de manera directa e indirecta, afecta al individuo en el entendido de que la protección es necesaria para la materialización del derecho colectivo,¹⁶¹ la obligación del Estado de respetar incluye que las personas puedan elegir su identidad cultural.¹⁶²

Aunado a lo anterior, la Corte estableció que la mayor conservación de la identidad cultural resulta mayor autonomía, por ello, surge la necesidad de establecer un marco normativo que garantizara la seguridad jurídica y la estabilidad social, con el objetivo de que las colectividades conservan sus usos y costumbres¹⁶³ o hasta desapegarse de ellas.¹⁶⁴

La identidad cultural es un principio del Estado Democrático de Derecho que va más allá de una representación política, del ámbito territorial o un derecho exclusivamente indígena, sino que el titular puede ejercerlo de acuerdo a las costumbres de su comunidad, es decir, en su definición amplia, el derecho a la identidad no solo es de los pueblos y comunidades sino también a los individuos como tal, como derecho de estos a diferenciarse del resto de la sociedad y al mismo tiempo pertenecer a un grupo étnico.

Sin embargo, para el presente trabajo de investigación, se analizará lo respectivo a las comunidades y pueblos indígenas. Por su parte, Osvaldo Ruiz define el derecho en mención como aquel que tiene todo grupo étnico-cultural y sus miembros a permanecer a una determinada cultura, ser reconocido como diferente, conservar su

¹⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778/05 el 27 de julio de 2005.

¹⁶² *Ibíd*em

¹⁶³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-514 resuelta el 30 de julio de 2009.

¹⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-601 sostenida por la Quinta Sala de Revisión el 10 de agosto de 2011.

patrimonio cultural y no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado por ella.¹⁶⁵

Los pueblos indígenas, así como las comunidades, deben poner cierta resistencia frente a otras culturas, de esta forma fortalecen su identidad y permite que las culturas intercambien características, costumbres, ideología, cosmovisión, la adaptación y la toma de elementos culturales de otras culturas.

La Corte Interamericana ha concluido que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas que debe ser respetado por la sociedad multicultural, pluralista y democrática,¹⁶⁶ de lo cual se puede advertir que refiere como un derecho colectivo y no así individual; de igual forma se refleja en los puntos resolutivos de la sentencia del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador específicamente en el segundo, en el que reconoce como responsable al Estado de la violación a la identidad cultural.

Ahora bien, los académicos han definido al derecho a la identidad cultural como el conjunto de referencias culturales por las cuales una persona o un grupo define, manifiesta y desea ser reconocido, es una representación intersubjetiva que orienta el actuar, sentir de las personas; es el eje de interpretación transversal para concebir, respetar, garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades de conformidad con lo establecido en el artículo 29.b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁶⁵ Ruiz, Osvaldo, "El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano," *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 118, Nueva Serie Año XL Núm.118, Enero-Abril 2007; UNAM.

¹⁶⁶ Retomado del Considerando Quinto del Convenio 169 de la OIT y mencionado en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 217

El académico político-filosófico Will Kymlicka distingue entre dos facetas de los derechos étnico-culturales de los grupos así como de sus miembros, por un lado ubica las llamadas “protecciones externas” que son aquellas que salvaguardan tanto a los grupos como a los individuos de injerencias arbitrarias y de una asimilación forzada por parte de las culturas que socialmente son dominantes, lo cual no acepta las “restricciones internas” que son las limitaciones que los miembros y los grupos establecen para la protección a su cultura.

Dicho autor también hace referencia que el derecho a la identidad cultural busca proteger el deseo de los pueblos indígenas a seguir siendo una sociedad distinta del resto de la cultura mayoritaria, cosmovisión, usos y costumbres, la voluntad de ejercer su autonomía o tener un autogobierno para asegurar su supervivencia.¹⁶⁷

Los responsables para la protección del derecho en cuestión es tanto el Estado como la comunidad internacional, dado que la riqueza de una nación es la diversidad cultural que posee, pues al ser diferente del resto de la sociedad, permite que se dé un intercambio de culturas, de formas de ver la vida y el mundo.

El derecho a la identidad cultural no se encuentra limitado a la zona geográfica del grupo étnico-cultural al que se pertenece sino va más allá, por ejemplo el derecho a la consulta previa de las comunidades y pueblos indígenas es una forma de asegurar la participación respetando su identidad cultural como pueblo y/o comunidad; sin embargo, como todo derecho humano se encuentra bajo las limitaciones: “los derechos de los demás, la seguridad de todos y [...] las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”¹⁶⁸

¹⁶⁷ Dicha referencia la lleva acabo al hacer la distinción con los grupos migrantes, los cuales no buscan una unidad como sociedad sino la asimilación de la mayoría para su supervivencia personal.

¹⁶⁸ Voto disidente del Juez Abreu Burelli en el Caso Yakye Axa vs Paraguay.

Uno de los componentes fundamentales del derecho en cuestión es el lenguaje ya que al ser un derecho social o cultural con incidencia individual y colectiva los pueblos, como el particular, se identifica,¹⁶⁹ por lo que es de suma importancia su protección ya que a través de ello se preserva su integridad, desarrollo y supervivencia; además corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad, de la forma de continuar su vida y, por ende, de su identidad cultural.

3.6.2 Derecho a la identidad cultural indígena y sus dimensiones

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la identidad cultural es un derecho que depende primordialmente de los derechos culturales, sin embargo, en el ámbito nacional, como ya se mencionó anteriormente, el derecho a la identidad cultural no se encuentra previsto en la Constitución Federal, derecho fundamental que debe ser protegido, reconocido y garantizado por el Estado mexicano.

Sin embargo la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, reglamentaria del artículo 4° y 73, fracción XXIX-Ñ, de la Constitución Federal reconoce uno de los derechos que posee todo habitante a elegir una o más identidades culturales y la responsabilidad del Estado de colaborar al desarrollo de la identidad. Uno de los principios rectores de la política cultural del Estado es el reconocimiento de identidad de las personas.

¹⁶⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Primera Sala, amparo en revisión 622/2015.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley de los Derechos Culturales de los Habitantes y Visitantes de la Ciudad de México establece:

“Para los efectos toda persona, grupo, comunidad o colectivo cultural tendrá el acceso irrestricto a los bienes y servicios culturales que suministra el Gobierno de la Ciudad y les asiste la legitimidad en el ejercicio, entre otros, de manera enunciativa y no limitativa, de los siguientes derechos culturales.

a) A elegir y que se asegure, en la diversidad, su identidad cultural y formas de expresión y manifestación; (...)”

Aunado a lo anterior, el artículo 6 de la Ley para la Protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el Estado de Guanajuato, reconoce como parte de la identidad cultural al patrimonio tangible e intangible de las comunidades, el cual define como:

“IX. Patrimonio cultural intangible: son todos aquellos usos, costumbres, representaciones, tradiciones, manifestaciones o expresiones artísticas y culturales, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, conocimientos y técnicas, producto de la actividad intelectual creativa del individuo y de la comunidad en su contexto cultural o espiritual, los cuales son transmitidos de generación en generación, recreados constantemente en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad;

X. Patrimonio cultural tangible: son todos aquellos elementos que dentro del ámbito cultural y de identidad de los pueblos y las comunidades indígenas tienen una existencia material;(…)”

Dimensión individual

Respecto del derecho a la identidad cultural en México y como se protege, la Ley General de Cultura y Derechos Culturales establece como uno de los parámetros fundamentales para la protección de los derechos culturales, el reconocimiento de la identidad, dignidad de las personas y el derecho de todas y todas a elegir libremente una o más identidades culturales, sin embargo ello es ambiguo.

Aunado a lo anterior, la Ley reconoce el derecho de todo individuo de acceder a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia; procurar el acceso al conocimiento y a la información del patrimonio material e inmaterial de las culturas que se han desarrollado en el territorio nacional así como la cultura de otras comunidades, pueblos y naciones; pertenecer a una o más comunidades culturales; participar de manera activa y creativa en la cultura; disfrutar de las manifestaciones culturales de su preferencia; comunicarse y expresar sus ideas en la lengua o idioma de su elección; disfrutar de la protección por parte del Estado mexicano de los intereses morales y patrimoniales que les correspondan por razón de sus derechos de propiedad intelectual, así como de las producciones artísticas, literarias o culturales de las que sean autores, de conformidad con la legislación aplicable en la materia; la obra plástica y escultórica de los creadores, estará protegida y reconocida exclusivamente en los términos de la Ley Federal del Derecho de Autor; utilizar las tecnologías de la información y las comunicaciones para el ejercicio de los derechos culturales.

Dimensión colectiva

El artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene los derechos reconocidos y garantizados a los pueblos indígenas que habitan en nuestro país, entre ellos, la libre determinación, en consecuencia, la autonomía para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad, etc., lo cual permite mejorar sus condiciones de vida, acceso a la justicia y dignidad.

Como todo reconocimiento de un derecho conlleva una obligación por parte del Estado para hacerlo efectivo, se compromete a asumir política, jurídica y socialmente que la nación es pluricultural y plurilingüe; defender el patrimonio histórico y cultural mediante la promoción de su conocimiento y respeto; así como promover el desarrollo

de las culturas; reconocer las autonomías culturales, étnicas y regionales, desarrollar contenidos educativos adecuados a la pluralidad cultural.

De conformidad con el criterio de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la identidad cultural de los pueblos indígenas es definida como:

- La palabra; por eso se debe defender, mantener y reproducir las lenguas.
- La memoria; por lo que se debe incentivar la conciencia histórica de cada grupo y tomar como instrumento el pasado para construir un nuevo futuro.
- El conocimiento; en consecuencia, es preciso sistematizar y preservar los saberes tradicionales, sobre todo los relativos a la relación con la naturaleza, a las formas de organización para producir satisfactores,
- Los espacios sociales de comunicación y participación.

Aunado a lo anterior, la Comisión considera que la identidad cultural de los pueblos comprende: el derecho a la existencia, tanto jurídica como física; no discriminación, mediante el reconocimiento de la igualdad formal ante la ley y la prohibición de un trato desigual; derecho a la preservación de la identidad cultural en un amplio sistema de derechos y libertades; a la autodeterminación, que incluya la historia, la tierra, el territorio, costumbres y tradiciones; a la identidad personal la cual garantiza que las personas puedan conocer sus orígenes, tener un nombre y una identidad únicos así como ser reconocidas por sus Estados como ciudadanos sujetos de derechos y obligaciones.

Además, la identidad cultural comprende los rasgos, símbolos y características naturales, humanas, sociales, históricas, espirituales, artísticas, económicas y políticas que identifican a una persona, grupo, lo cual los hace únicos, diferentes a los otros pueblos y comunidades; por ello, se considera que la identidad de un pueblo es un proceso dinámico tanto en su representación individual como colectiva, pues la

comunidad puede cambiar sin perder su identidad, por ejemplo, puede evolucionar en sus formas de comunicación y no por eso pierde su identidad como pueblo indígena.

Respecto al ámbito legal, en la Ley General de Cultura y Derechos Culturales se establece que el Estado debe de promover acciones de cooperación solidaria de todas aquellas personas que participen en actividades culturales incluidos, el conocimiento, desarrollo y difusión de las culturas de los pueblos indígenas del país, mediante el establecimiento de acciones que permitan vincular al sector cultural con el sector educativo, turístico, de desarrollo social, del medio ambiente, económico y demás sectores de la sociedad; y toma como principio rector la autonomía y libre determinación de los pueblos.

Por su parte, la Ley de los Derechos Culturales de los Habitantes y Visitantes de la Ciudad de México, mediante la cual se reconoce el patrimonio cultural como un derecho humano, clave del desarrollo personal y colectivo; por lo que dispone que el Gobierno de la Ciudad llevará un inventario de las expresiones y manifestaciones propias del patrimonio cultural inmaterial declarado y deberá asegurar su fomento, salvaguarda y difusión.

Aunado a lo anterior, la Ley establece que los pueblos y barrios originarios, así como los productores culturales populares, tienen derecho a la protección de sus saberes ancestrales, a la salvaguarda de sus costumbres, diseños, arte y artesanías -en general- música, lenguas, rituales, festividades, modos de vida, arte culinario y de todo su patrimonio cultural material e inmaterial, por lo que el Gobierno, por medio de la Secretaría y el Instituto desarrollará los mecanismos, programas e instrumentos legislativos para proteger los derechos de los pueblos y barrios originarios; así como crear una política cultural del Estado, la cual deberá contener acciones para promover la cooperación solidaria de todos aquellos que participen en las actividades culturales, incluidos el conocimiento, desarrollo y difusión de las culturas de los pueblos indígenas

del país, mediante el establecimiento de acciones que permitan vincular al sector cultural con el sector educativo, turístico, de desarrollo social, del medio ambiente, económico y demás sectores de la sociedad.

3.6.3 Territorio y recursos naturales de las comunidades indígenas en relación con su cultura

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia estableció que entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad, de lo contrario, se vería afectado tanto el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma.¹⁷⁰

La conexión existente entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas son necesarios para su supervivencia física, cultural, espiritual, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, por lo que la Corte consideró que estos deben ser protegidos bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.¹⁷¹

¹⁷⁰ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 115.

¹⁷¹ Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305., párr. 102.

La Corte ha considerado que la relación con la tierra para las comunidades indígenas no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. La cultura constituye una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad, por ende, de su identidad cultural, por lo que la protección y garantía del derecho al uso y goce de su territorio, es necesaria para garantizar su desarrollo y evolución como Pueblo.¹⁷² Por ello tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, ya que sin ellos su supervivencia económica, social y cultural está en riesgo.¹⁷³

La obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas su participación en las decisiones que pueden afectar sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, debe ser acuerdo con sus valores, costumbres y formas de organización, a su identidad cultural; así como llevarse a cabo a través de la consulta previa, mediante procedimientos apropiados y en particular por sus instituciones representativas, cada vez que se prevea cualquier medida que pueda afectarles directamente.¹⁷⁴

La cosmovisión de los pueblos indígenas se basa en la relación armónica y holística con la naturaleza, de respeto y de bienestar para toda la comunidad, en la cual el ser humano forma parte de dicha naturaleza y no la domina, basado en el principio de reciprocidad.

¹⁷² *Ibíd.*, párr. 166.

¹⁷³ Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 164.

¹⁷⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 158.

3.6.4 Trascendencia jurídica de la protección del derecho a la identidad cultural indígena

La identidad cultural es parte fundamental de lo que son las comunidades y pueblos indígenas, es lo que marca la diferencia entre una comunidad y otra, núcleo y esencia de su existir, por lo que atentar contra dicha identidad, es atentar contra su supervivencia y desarrollo indígena.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el territorio y los recursos naturales son parte de la identidad de las comunidades indígenas por lo que se tiene que proteger bajo el amparo del artículo 21 convencional, en un parámetro vanguardista, ya que no solo forman parte de los medios utilizados por las comunidades para su subsistencia sino que hay una relación intrínseca entre estos, por ser para ellos cuestiones sagradas que determinan el tipo de pueblo o comunidad que quieren ser.

La subsistencia de dichos pueblos depende de su identidad cultural, orgullo de sus orígenes, de sus ancestros, de todo aquello que por generaciones han luchado y obtenido gracias al trabajo realizado.

Los pueblos y comunidades al estar satisfechos en las condiciones en las que viven pueden desarrollarse de conformidad con su cosmovisión, no migrarán a lugares de los cuales no se sienten pertenecientes, que como consecuencia pierden su vida, desarrollo, conocimientos, e integridad.

La cultura es un elemento fundamental para la consolidación del Estado y su diversidad obliga a este a establecer garantías para el ejercicio de los derechos humanos y de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, en un sistema que

reconozca de todas las maneras su protección, es decir, un pluralismo jurídico que examine las diferencias de identidad cultural de los pueblos y comunidades, respete sus necesidades, diferencias e intereses.

3.6.5 Los conocimientos tradicionales como parte de la identidad cultural de las comunidades indígenas

Como se ha desarrollado anteriormente, los conocimientos tradicionales forman parte de la identidad cultural de las comunidades y pueblos,¹⁷⁵ patrimonio cultural inmaterial que se transmite de generación en generación, recreado por dichas comunidades y pueblos.

Las comunidades y pueblos indígenas han utilizado sus conocimientos tradicionales para la preservación del medio ambiente; en las principales zonas ecológicas y con mayor diversidad, han sido gestionadas por ellos, bosques, selvas etc. De igual forma los conocimientos implementados en los alimentos que producen provocan que estos sean resistentes al cambio climático y están bien adaptados al medio ambiente.

Las prácticas agrícolas tradicionales están mejor adaptadas a un clima cambiante, por ejemplo las terrazas para evitar la erosión del suelo o los huertos flotantes para aprovechar los campos inundados, son muy adecuadas para los fenómenos meteorológicos cada vez más extremos y las variaciones de temperatura provocadas por el cambio climático.

¹⁷⁵ Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku párr. 212.

Las comunidades han adaptado su estilo de vida para integrarse y respetar su entorno; por ejemplo, en las montañas, los pueblos indígenas preservan el suelo, reducen la erosión, conservan el agua y limitan el riesgo de desastres; mientras que en los pastizales, manejan el pastoreo del ganado vacuno y la agricultura de manera sostenible para preservar la biodiversidad.

Aunado a lo anterior, sus alimentos y tradiciones pueden ayudar a ampliar y diversificar las dietas al incorporar hierbas, arbustos, cereales, frutas, animales y peces que pueden no ser bien conocidos o utilizados en otras partes del mundo; y sus cultivos son más resistentes frente al cambio climático ya que los pueblos indígenas viven en ambientes extremos; suelen cultivar una variedad de especies nativas, invulnerables a la sequía, la altitud, las inundaciones u otras condiciones extremas.

Por otra parte, gracias al uso de los conocimientos tradicionales, las comunidades indígenas custodian una gran parte de la biodiversidad del planeta, en donde los territorios indígenas tradicionales abarcan el 22% de la superficie terrestre del planeta, pero albergan el 80% de su biodiversidad. El acervo genético de las especies vegetales y animales se encuentra en todos los biomas terrestres, así como en ríos, lagos y zonas marinas, lugares en las cuales viven los pueblos indígenas y mantienen su biodiversidad.

En conclusión, los conocimientos tradicionales utilizados por las comunidades indígenas, han sido un parteaguas para la identidad cultural de la comunidad en su generalidad; dichos conocimientos mejoran la calidad de vida no solo de las mismas comunidades sino del mundo entero; por lo que deben ser protegidos por el Estado mexicano a través de todos mecanismos necesarios para que las comunidades y pueblos indígenas vivan en la autenticidad de su cosmovisión.

4 Derecho a la salud

Para analizar los antecedentes del derecho a la salud, es importante hacer mención que existieron dos movimientos importantes en el mundo que ayudaron para la mejoría de la calidad de la salud en los pueblos.

El primer movimiento al que se hace referencia es la ilustración, periodo en el que los ejes principales eran el bien común y la felicidad del pueblo, por lo que era fundamental el combate a las enfermedades así como tener conocimiento de las razones por las cuales sucedían los fenómenos naturales; en este periodo mejoró el suministro de agua, alcantarillado, recolección de basura, el alumbrado en las calles, lo cual redujo el número de homicidios¹⁷⁶ y fueron construidos diversos hospitales, principalmente en el sector privado, uno de ellos es el hospital general de Viena, llamado Allgemeine Krank-enhaus.

El segundo movimiento fue la Revolución Francesa, el cual buscaba el bien común y con la consolidación de los Estado-nación, se fomentó la idea de ciudades limpias, prevención de enfermedades, lo que propició el nacimiento de salud pública, por ejemplo Otto Von Bismark, canciller austriaco, puso en marcha un seguro médico gestionado en el año de 1883.

Ahora bien, la evolución que tuvo este derecho fundamental en los Estados Unidos Mexicanos data desde tiempos remotos, la iglesia proporcionaba beneficencia y auxilio a los necesitados, con la finalidad de un bien común, sin embargo después del Renacimiento y con la expedición de la Ley de Desamortización de Bienes de la

¹⁷⁶ Fierros, Hernández, Arturo, *Concepto e historia de la salud pública en México; (siglos XVIII a XX)*; Historia y Filosofía de la Medicina; México, Gaceta Médica de México, 2014; 150; pp. 196- 197.

Iglesia y de Corporaciones del 28 de junio de 1856, emitida por el Presidente Ignacio Comonfort, tuvo como efecto que el Estado se hiciera cargo de la asistencia social.

En el año de 1841, en México se creó el Consejo Superior de Salubridad, perteneciente a la beneficencia pública, así como diversas instituciones que tenían funciones en el tema de salubridad pública, servicio prestado con deficiencia debido a la falta de recursos, desorganización del país y conflictos políticos.

Posteriormente, en 1876, Porfirio Díaz, al estabilizar al país, pudo inyectar más recursos económicos al tema de salud, su idea era modernizar el país, lo cual fue haciendo paulatinamente; realizó campañas para enseñar a los mexicanos hábitos higiénicos dado que de esa manera se evitan la proliferación de enfermedades. Sin embargo seguían existiendo hospitales que carecían de higiene y ventilación.

En el año de 1885, se creó el reglamento para la aplicación de la vacuna de viruela, enfermedad que atacaba al pueblo mexicano y un factor importante de mortalidad, bajo la inspección del Consejo Superior de Salubridad; en 1903 se realizó una campaña contra la peste, fiebre amarilla y paludismo, así como contra la tuberculosis y sífilis; se creó el manicomio “La Castañeda”, la obra más importante en salud pública en México y Latinoamérica.¹⁷⁷

Fue hasta el siglo XX, en el que se reconoce por primera vez los derechos sociales, particularmente laborales, los cuales tendrían efectos antes y después de la Segunda Guerra Mundial, se trata de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que estableció formas de previsión sobre la salud a favor de los trabajadores a través del artículo 123, fracción XIV respecto a accidentes de trabajo y enfermedades; en este año se creó el Departamento de Salubridad Pública que

¹⁷⁷ *Ibidem* pp. 198-199.

principalmente tenía funciones de protección y cuidado de salubridad e higiene pública, es decir, atendía cuestiones de salud que se referían a la sociedad en su conjunto y no como derecho del individuo.

La comunidad internacional, preocupada por la salud de los pueblos, después de la Segunda Guerra Mundial, abordaron el tema de la creación de una organización que se dedicara a la salud, por ello, en la Conferencia Internacional Sanitaria, celebrada en Nueva York el 19 de junio al 22 de julio de 1946, fue aprobada la Organización Mundial de la Salud y el 7 de abril de 1948 entró en vigor su constitución.

La Organización Mundial de la Salud es un órgano especializado de conformidad con el artículo 57 de la Carta de Naciones Unidas, una autoridad directiva y coordinadora de los asuntos de sanidad del Sistema de las Naciones Unidas, que tiene como función ofrecer liderazgo en los temas cruciales respecto a la salud, así como participar en las alianzas cuando se requiera de actuaciones conjuntas, determinar líneas de investigación, definir normas y patrones respecto de la aplicación de conocimientos, formular opciones de política con principios éticos y científicos, así como brindar apoyo técnico y mantenerse cerca de la situación en materia de salud y determinar las tendencias sanitarias,¹⁷⁸ es decir, la finalidad de dicha organización es alcanzar para todos los pueblos el nivel más alto posible de salud.¹⁷⁸

Mediante Decreto presidencial de Miguel Ávila Camacho, de fecha de 19 de enero de 1943, se creó el Instituto Mexicano del Seguro Social, que brinda servicios de salud y seguridad social a las personas que cuentan con afiliación a dicha institución, para lo cual deben ser trabajadores en el sector privado (de conformidad con lo establecido en el apartado A del artículo 123 constitucional) o ser familiares del mismo.

¹⁷⁸ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, artículo 1°.

Posteriormente, el 18 de octubre de 1943, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por medio del cual se creó la Secretaría de Asistencia Pública, hoy denominada Secretaría de Salud, con la finalidad de disminuir los gastos administrativos en beneficios de los derechos sociales; periodo en el que se incrementa la infraestructura, programas y campañas de salud.

El 7 de diciembre de 1959, el presidente de la República, Adolfo López Mateos envió al Congreso de la Unión una iniciativa de ley en la que transformaría a la antigua Dirección General de Pensiones Civiles de Retiro en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, iniciativa en la que proponía elevar a rango constitucional los derechos de los trabajadores; sin embargo fue hasta el 3 de febrero de 1983, bajo la presidencia constitucional de Miguel de la Madrid Hurtado, que se realizó, elevando a rango constitucional el derecho a la protección a salud como derecho fundamental, exigible tanto por los individuos como por la sociedad, es decir, en su dimensión individual y social.¹⁷⁹

4.1 Alcances de la definición del derecho a la salud

Antes de definir el contenido del derecho a la salud, se considera importante hacer la distinción entre “el derecho a la salud” y el “derecho a la protección a la salud”. Algunos pensarán que solo es un juego de palabras, sin embargo es de suma importancia en especificar que el Estado mexicano y la comunidad internacional lo que buscan y protegen es el derecho a la protección a la salud, pues la terminología de “derecho a la salud” implica, por un lado el derecho del gobernado y por otro la obligación del Estado de garantizarle un estado de salud plena, es decir, que el gobernado estuviera sano, física y emocionalmente, sin embargo ello se considera una carga desproporcionada al Estado, pues es imposible que este se comprometa a

¹⁷⁹ Diario Oficial de la Federación; consultado el 11 de junio de 2017; en la página web siguiente: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4794103&fecha=03/02/1983.

garantizar que el gobernado no sufrirá de alguna enfermedad, por lo que no se protege la salud en sí sino el acceso a la misma, sin discriminación alguna, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Constitución Federal.

El Estado está obligado a garantizar el derecho de acceso a la salud o de protección a la salud, en el entendido que dicho concepto es mucho más amplio, pues lo que se busca es que el gobernado tenga acceso a los servicios y bienes por medio de los cuales pueda tener el más alto nivel de salud que le sea posible, sin embargo, como todo derecho programático, el derecho de acceso a la salud deberá ser atendido por el Estado de conformidad con los recursos con los que disponga, siendo el primer obligado a proveer una serie de bienes y servicios que los ciudadanos no podrían obtener del mercado.¹⁸⁰

El derecho a la protección a la salud se encuentra previsto en los artículos 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁸¹ 25 de Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹⁸² 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹⁸³ y en la Constitución de la Organización Mundial

¹⁸⁰ Estrella, Ortega Luis Alberto, *La protección a la salud en México. Un breve estudio a la luz de la dogmática jurídica de los derechos humanos*; México, Pro homine. La reforma Constitucional en Derechos Humanos; año I; número 2; mayo-agosto de 2014; p. 38.

¹⁸¹ Artículo 4, párrafo cuarto: “Toda persona tiene el derecho a la protección a la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y de las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”

¹⁸² Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

¹⁸³ Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

de la Salud, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸⁴ y regulado en la Ley General de Salud así como en las legislaciones locales y a través de Normas Oficiales Mexicanas.¹⁸⁵

El derecho a la protección a la salud se compone principalmente de dos vertientes, la primera corresponde al acceso a los servicios, infraestructura, etcétera, con la que cuenta el Estado o que este fiscaliza, con la finalidad de que el gobernado cuente con los medios necesarios para tener el nivel de salud más alto posible y la otra vertiente es prevenir, difundir y promover medidas de saneamiento, medio ambiente y salubridad.

Lo anterior, es una de las tareas más complejas que enfrenta el Estado, pues prevenir las enfermedades que puedan suscitarse en el país requiere de una serie de medidas, principalmente políticas públicas con la finalidad de que la sociedad pueda acceder a los servicios de salud para diagnosticar en sus primeras etapas cualquier enfermedad y no esperar a que agrave y sea mucho más costoso y perjudicial el

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

¹⁸⁴ Artículo 10. Derecho a la salud

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;

e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

¹⁸⁵ La lista de las Normas Oficiales Mexicanas en materia de salud pueden ser consultadas en la siguiente dirección: <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nomssa.html>.

tratamiento para erradicarla, por lo que uno de los principales problemas que se presentan es la escases de los recursos con los que cuenta el pueblo mexicano, pues la mayoría de las personas, al no tener la posibilidad de prevenir, se esperan a que la situación se agrave para poderse atender, lo cual provoca que las familias mexicanas eroguen más dinero en medicamentos que en los honorarios de profesionales, y viceversa, las personas que cuentan con mayores recursos económicos pagan precios más altos por los honorarios de los prestadores de servicios médicos que en medicamentos, pues acuden frecuentemente a los servicios de salud para revisión general y con ello pueden tener un nivel de salud adecuado.

Ahora bien, el derecho a la protección a la salud ha sido entendido como el disfrute al nivel más alto posible de salud física y mental,¹⁸⁶ un derecho fundamental e indispensable para el desarrollo del individuo como de la sociedad, sin distinción alguna de raza, sexo, género, estado civil, etc. La protección a la salud (disfrute de los servicios de salud y asistencia social) es uno de los objetivos que legítimamente persigue el Estado, pues es un derecho fundamental que tiene dos proyecciones, la primera es la individual o personal y la segunda es la social o la pública.

La proyección individual consiste en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional, y social de la persona, del cual deriva el derecho fundamental a la integridad físico-psicológica, mientras que la segunda consiste en atender los problemas de salud que afectan a la sociedad en general así como establecer los mecanismos para que todas las personas puedan tener acceso a los servicios de salud, a través de las medidas necesarias para hacerlo efectivo, como son las políticas públicas controles de calidad, la identificación de los problemas que afectan a la salud pública.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

¹⁸⁷ Tesis: 1a. /J. 8/2019 (10a.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época; no. de registro: 2019358; Primera Sala; Libro 63; febrero de 2019; tomo I; p. 486; jurisprudencia (Constitucional).

Aunado a lo anterior, el derecho en mención comprende el disfrute de servicios de calidad en todas las formas y niveles, entendiendo por calidad, todas las exigencias que sean apropiadas, tanto médica como científicamente, para proporcionar las condiciones necesarias para los gobernados, por ejemplo medicamentos, personal capacitado, equipo hospitalario, etc. por lo que para garantizar este derecho, es menester que se proporcionen servicios de calidad, lo cual tiene estrecha vinculación con el control que el Estado tiene de los mismos, en acciones como políticas públicas, el establecimiento de controles que satisfagan las condiciones necesarias de capacitación, educación, experiencia, tecnología, condiciones sanitarias, medicamentos y equipo hospitalario.¹⁸⁸

El derecho a la protección es indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales como el derecho a la vivienda, alimentación, vestido, educación, dado que las personas necesitan la satisfacción de todas sus necesidades básicas,¹⁸⁹ por lo que entraña libertades y derechos, por ejemplo la libertad de controlar la salud, genética y el derecho a no padecer injerencias, tortura, tratamientos o experimentos médicos no consensuales.¹⁹⁰

4.2 Obligaciones del Estado mexicano respecto a la protección del derecho a la salud

Ahora bien, una vez definido el derecho a la protección a la salud, es importante hacer un análisis de las obligaciones que tiene el Estado respecto de dicho derecho. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general

¹⁸⁸ Tesis: 1a. /J. 50/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 167530, Primera Sala, tomo XXIX, abril de 2009, p. 164, jurisprudencia (Administrativa); también véase la Observación General no. 14 emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 1.

¹⁸⁹ Tesis: 1a. CCCLIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2007730, Primera Sala, Libro 11, octubre de 2014, tomo I, p. 599, tesis aislada (Constitucional).

¹⁹⁰ Tesis: 1a. LXV/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 169316, Primera Sala, tomo XXVIII, julio de 2008, p. 457, tesis aislada (Constitucional).

no. 14, estableció que dicho derecho comprende los siguientes elementos que se traducen en obligaciones específicas para los Estados, los cuales son:

- a) Disponibilidad. Obligación del Estado de garantizar la disponibilidad de la infraestructura o establecimientos, bienes y servicios suficientes, lo cual dependerá del nivel de desarrollo del Estado.
- b) Accesibilidad. Los bienes, servicios, establecimientos e infraestructura deben ser accesibles a todas las personas, sin discriminación, con accesibilidad física, económica y a la información.
- c) Aceptabilidad: La infraestructura, establecimientos, servicios y bienes deben respetar la ética médica, ser adecuados culturalmente, sensibles al género, atender las necesidades de la edad.
- d) Calidad: la infraestructura, establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser médica y científicamente adecuados para atender las necesidades que se presenten, así como tener el equipo necesario, agua potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Aunado a lo anterior, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que el Estado debe adoptar medidas técnicas y económicas para garantizar la efectividad del derecho, medidas que se pueden ser políticas públicas, por ejemplo, la atención que se le brinda al VIH, mejorando la calidad de vida de las personas con dicho padecimiento, sin embargo la prevención del virus no ha tenido la misma atención.¹⁹¹

También impone al Estado la obligación inmediata de asegurar a las personas el nivel más alto de salud, de cumplimiento progresivo por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos que disponga, por lo que la violación al derecho

¹⁹¹ Baltazar, Pahuamba Rosas, *Derecho a la protección a la salud. Su exigibilidad judicial al Estado*; México, Distrito Federal, Novum, 2014, p. 70.

incluye que el Estado no adopte medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial, etc., para dar plena efectividad al derecho indicado.¹⁹²

Aunado a lo anterior, el alcance de la obligación estatal respecto del derecho a la protección a la salud, también incluye emitir leyes u otras medidas para velar el acceso igualitario, la atención de salud y servicios, vigilar la privatización del sector salud (obligaciones derivadas de la prestación de derechos en hospitales privados no se limitan a disposiciones de derecho privado ya que es de interés de carácter público),¹⁹³ controlar la venta del equipo médico, medicamentos y la capacidad de las personas que brindan atención médica.¹⁹⁴

Como ya se mencionó, una de las obligaciones más importantes del Estado es regular y fiscalizar a las instituciones que presten servicios de salud a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente si la entidad presta tales servicios en carácter público o privado.¹⁹⁵

La estructura del servicio de salud cuenta con tres niveles: el primero se refiere a medicina general, enfermería y técnico en salud; el segundo se considera a hospitales que cuenten como mínimo con 4 especialidades básicas y el tercer nivel incluye hospitales e institutos de alta especialidad.

¹⁹² Tesis: 1a. CCCXLIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2010420, Primera Sala, Libro 24, noviembre de 2015, tomo I, p. 969, tesis aislada (Constitucional).

¹⁹³ Tesis: 1a. CXXII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2008751, Primera Sala, Libro 16, marzo de 2015, tomo II, p. 1117, tesis aislada (Constitucional, Administrativa).

¹⁹⁴ Tesis: 1a. LXV/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 169316, Primera Sala, tomo XXVIII, julio de 2008, p. 457, tesis aislada (Constitucional).

¹⁹⁵ Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 121; Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 89 y 141.

Sin embargo, no toda la responsabilidad de la protección a la salud es atribuible al Estado, sino es una obligación en la cual participa el órgano estatal, el individuo y la sociedad, es decir, el financiamiento de los respectivos servicios no solo corre por parte del Estado, sino también de los usuarios del servicio público con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso. En ese entendido, también el derecho en mención debe ser respetado y garantizado por los particulares que prestan servicios de salud.¹⁹⁶

El trabajador del sector privado debe ser asistido en el Instituto Mexicano del Seguro Social, aún y cuando el patrón no haya inscrito al trabajador en dicha institución,¹⁹⁷ es decir, los derechos del trabajador y en la generalidad, no se encuentran sujetos al actuar de terceros, pues con solo contar con ellos, el Estado se encuentra obligado a proporcionar los medios para hacerlos efectivos.

Respecto de la obligación estatal en la creación de leyes, México regula el derecho en estudio a través de la Ley General de Salud, Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la Ley de Institutos Nacionales de Salud, entre otras y las legislaciones estatales.

La Ley General de Salud, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, llevadas a cabo a través de las autoridades sanitarias como son el Presidente, el Consejo de Salubridad General, la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas; también se regula el Sistema Nacional de Salud, constituido por dependencias y entidades de la administración pública,

¹⁹⁶ Tesis: 1a. XXIII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, número de registro: 2002501, Primera Sala, Libro XVI, enero de 2013, tomo 1, p. 626, tesis aislada (Constitucional).

¹⁹⁷ Semanario Judicial de la Federación; Tesis: 2a. CI/2013 (10a.); Décima Época; 2004991; 1 de 1; Segunda Sala; Libro XXVI, noviembre de 2013, tomo 1; p. 649; tesis aislada (Constitucional, Laboral).

personas físicas y jurídicas con el objetivo de dar cumplimiento al derecho a la protección a la salud.

El 15 de mayo de 2003 se reformó la Ley General de Salud y se agregó el título tercero bis, con denominación “De la protección social en salud”, mejor conocido como Seguro Popular, el cual forma parte del Sistema de Protección Social de Salud, que proporciona servicios de salud a las personas que no se encuentran afiliadas al Instituto Mexicano del Seguro Social o al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, mediante un aseguramiento público y voluntario. Se trataba de la más grande medida realizada por el Estado para garantizar el acceso de las personas a los servicios, establecimientos y bienes de salud.

Sin embargo, el 1 de enero de 2020, se reformó la Ley General de Salud, mediante la cual se creó el Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI), y desapareció con ello el Seguro Popular. El objetivo de dicho Instituto es garantizar el acceso a la salud a las personas que no cuentan con una protección a través de los Institutos antes mencionados.

En el artículo 77 bis 6 de la Ley General de Salud se establece que el INSABI y las entidades federativas realizarán acuerdos de coordinación para la ejecución de la prestación gratuita de los servicios de salud, medicamentos y demás productos asociados. Acuerdos que deberán ajustarse a los lineamientos emitidos por la Secretaría de Salud.

El servicio de salud que otorga el Instituto es gratuito solo para servicios médicos de primer y segundo nivel, el tercero tiene una cuota; dicho sistema opera con un Fondo de Salud para el Bienestar que es como el Fondo Catastrófico con el que contaba el Seguro Popular para enfermedades de alta especialidad.

Una de las diferencias entre el Seguro Popular y el INSABI fue la simplificación de los trámites, ya que el primero era un proceso burocrático mientras que en el segundo es más sencillo, solo se requiere presentar el acta o certificado de nacimiento, CURP o documentos que se establezcan en las disposiciones reglamentarias para que les sea dado el servicio; es importante mencionar que dicho sistema da una cobertura amplia, ya que es para todo aquel que se encuentre en el territorio nacional, es decir, también el acceso es para migrantes y extranjeros, cuestión que no cubría el Seguro Popular, ya que solamente era para mexicanos sin distinción en su condición social.

Sin embargo, en la realidad, el sistema cuenta con muchas deficiencias, existe desabasto de medicamentos, poco personal para la demanda de servicios, lo que provoca que el servicio se dé de manera deficiente y no se cumpla con la protección al acceso a la salud de los habitantes de México. Por ello, el 10 de agosto de 2021, la senadora Martha Cecilia Márquez Alvarado presentó una contrareforma en materia de salud, en la que propone desaparezca el INSABI y se regrese a un sistema similar al del Seguro Popular.

Si bien es cierto que existen dificultades para implementar las nuevas reformas, es importante resaltar que el sistema de protección se apertura para todos los habitantes del territorio mexicano, es un sistema que no tiene distinción en la clase social, condición, es más, en que sea o no mexicano, sino garantiza la protección a la salud como personas, solo por encontrarse en nuestro país, lo cual se vuelve un reto para el gobierno mexicano por la cantidad de personas que acceden a los servicios médicos, sin embargo la protección se hace más extensiva a todos por igual.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido parámetros reparadores en caso de que las autoridades vulneren dicho derecho:¹⁹⁸

- a) Establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, previniendo amenazas de vulneración a la integridad personal.
- b) Las autoridades deben prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para la presunta víctima, cuya efectividad dependerá, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto.
- c) Cuando hay una lesión clara a la integridad de la persona, como es la mala práctica médica, las autoridades políticas, administrativas y especialmente judiciales, deben asegurar e implementar la expedición razonable y prontitud en la resolución del caso.
- d) Tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud.
- e) Otorgar servicios de salud de calidad en todas sus formas y niveles, entendiendo calidad como que sean apropiados médica y científicamente.

Respecto al panorama general de salud en nuestro país, la Organización Mundial de la Salud estableció los siguientes datos estadísticos:¹⁹⁹

Población total (2016)	127, 540, 000
Ingreso nacional per cápita (en dólares)	16,110
Esperanza de vida al nacer	74/709
Probabilidad de morir antes de los cinco años	13
Probabilidad de morir entre los 15 y los 60 años (por cada 100 habitantes)	164/89
Gasto total en salud por cada habitante	1,122

¹⁹⁸ Tesis: 1a. CCCXLIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2010420, Primera Sala, Libro 24, noviembre de 2015, tomo I, p. 969, tesis aislada (Constitucional).

¹⁹⁹ Información disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.who.int/countries/mex/es/>

Gasto total en salud como porcentaje del PIB (2014)	6.3%
---	------

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, en abril de 2009, emitió la Recomendación General no. 15 denominada “Sobre el derecho a la protección a la salud”, en donde señaló que dichos problemas son la falta de médicos, especialistas y personal de enfermería necesarios para cubrir las necesidades del Estado, la falta de capacitación de los profesionales con la finalidad de que se otorguen tratamientos adecuados a las enfermedades que se presentan; de infraestructura hospitalaria y recursos materiales, así como equipo para la elaboración de estudios y análisis clínicos.

4.3 Derecho a la salud de las comunidades indígenas

El derecho a la protección a la salud de las comunidades indígenas, además de estar establecido en los instrumentos jurídicos abordados en el apartado anterior, existen normas específicas al respecto, como son los artículos 24 y 25 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes,²⁰⁰ los cuales prevén:

“Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios

²⁰⁰ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1994.

que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario.

Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.”

La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, a través de su análisis jurisprudencial estableció que el derecho a la protección a la salud y por ende sus afectaciones, están íntimamente vinculados con el derecho a la alimentación, acceso al agua limpia, a la educación, identidad cultural, el acceso de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y el uso del disfrute de los recursos naturales con los que cuentan en dichos territorios y los cuales se encuentran vinculados con la obtención del alimento y el acceso al agua limpia.²⁰¹

En el ámbito nacional, el 14 de agosto de 2001, se reformó el artículo 2º, apartado B, fracción III y V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la que se estableció el derecho de los pueblos indígenas al acceso efectivo de los servicios de salud, aun y cuando, el artículo 4º constitucional prevé dicho derecho para todas las personas:

²⁰¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 167.

“Artículo 2.

Apartado B

(...)

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil. (Reformada mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001)”

La salud de las comunidades indígenas atiende a un equilibrio de los componentes inseparables, espiritual, mental, emocional, es decir, lo individual y lo colectivo como lo ecológico, político, económico, etc., integra un bienestar biológico, psicológico, social y espiritual, con la finalidad de que exista una armonía entre los elementos, salud de la cual depende la sobrevivencia de la comunidad o pueblo indígena.

El derecho a la protección a la salud de las comunidades y pueblos indígenas es de suma importancia debido a la discriminación/exclusión política, económica y socialmente, que viven día a día, frente al resto de la población, principalmente en la creación/implementación de políticas públicas para su desarrollo, lo que conlleva a la vulneración de sus derechos.

Uno de los estudios de campo realizado por Iliana Amoroz en el estado de Chiapas aduce que la discriminación de la cual han sido víctimas los indígenas para el acceso a la salud, por ser de otra nacionalidad, específicamente guatemaltecos y/o de apariencia de centroamericanos, vulnera lo previsto en el artículo 1^a constitucional, la cual prevé la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, por lo que, el Estado mexicano, al negar acceso a los guatemaltecos o a cualquier persona por sus características

físicas, vulnera el derecho de protección a la salud y se actualiza su responsabilidad estatal.

Aunado a lo anterior, la discriminación también se realiza a las personas que no hablan español, indígenas que no cuenta con una filiación a algún sistema de salud, negando el servicio de revisión médica y medicamentos.

Actualmente los sistemas de salud en México y América Latina viven un proceso de desmantelamiento de los servicios, a través de la reducción de presupuesto para la implementación de programas, disminución del gasto público, modificaciones en los sistemas de salud, lo que implica un retroceso en la garantía del derecho a la salud de la población.²⁰²

La situación en la que viven las comunidades y pueblos indígenas es preocupante dado que, alrededor del 90% de los indígenas no cuentan con acceso a los servicios de salud, frecuentemente hacen falta medicamentos en los centros de salud, lo que produce que las personas deban comprarlos, invirtiendo más de sus ingresos en ello; la falta de orientación para poder inconformarse al sistema, discriminación por parte del personal médico y la falta de este, por ejemplo en el estado de Chiapas, el 80% de las comunidades solo tiene un médico por 2,370 habitantes, Estado con menor porcentaje de la población cubierta por algún esquema de seguridad social,²⁰³ la falta de transporte y de recursos para acudir a las clínicas, el surgimiento de una nueva enfermedad, etc. Lo cual resulta alarmante, ya que no se está cumpliendo con la obligación estatal.

²⁰² Amoroz, Solaegui, Iliana, "El derecho a la salud en las comunidades indígenas del estado de Chiapas"; *Revista Pueblos y fronteras digital*, v.6, n.11, junio-noviembre, 2011, p. 11.

²⁰³ *Ibidem*, foja 12.

Otro de los problemas a los que se enfrentan los pueblos indígenas es la falta de interculturalidad en su derecho a la protección a la salud, es decir, el respeto y reconocimiento a sus costumbres, creencias y cosmovisiones; sin embargo, ello no podría efectuarse sin que se reconozca la autonomía y autodeterminación de la comunidad y/o pueblo indígena, presupuesto necesario para que estos puedan tomar decisiones e implementar sus propios sistemas de salud,²⁰⁴ por ello, en 1974 se creó el Primer Congreso Nacional Indígena, organización integrada por comunidades indígenas que buscan la reconstrucción integral de los pueblos y cultura; en donde se resaltó que los médicos que acudían a dichas comunidades a prestar los servicios de salud, no se encontraban familiarizados con la medicina tradicional de la comunidad, ignoraban sus costumbres y sentían desprecio por los indígenas; además de que los medicamentos resultaban altamente costosos, por lo que si contaban con el dinero suficiente para pagar la ficha de atención médica, no ocurría lo mismo para la compra de los medicamentos.

Las enfermedades principales que atacan a la población indígena son, enfermedades diarreicas, infecciones respiratorias (pulmonía e influenza), muertes maternas y colesterol, las cuales son previsibles a través de la vacunación.²⁰⁵

Por lo anterior, y ante la falta de respuesta del gobierno mexicano respecto de la propuesta esgrimida por el EZLN a la autonomía las comunidades para resolver los problemas de salud, se creó del Sistema de Salud Autónomo Zapatista (SSAZ), que en el inicio contaba con el apoyo de promotoras(es) de la salud,²⁰⁶ quienes se hicieron responsables de la atención de salud de la población; su máxima autoridad son las

²⁰⁴ González, J. F. R., *El Derecho a la Salud de los Pueblos Indígenas en Colombia, Ecuador y Perú*, Libros Editorial UNIMAR, 2016.

²⁰⁵ Una investigación realizada durante 1979 y 1990 informó que los municipios en donde habitan indígenas, concentran el 55% de las muertes maternas. TORRES, José Luis, et al. "La salud de la población indígena en México", *Caleidoscopio de la Salud México* FUNSALUD, 2003, p. 50.

²⁰⁶ Entendida como aquella persona campesina, casi siempre indígena, capacitada para dar un diagnóstico, tratamiento y medidas preventivas desde la perspectiva de la medicina occidental. Véase en AMOROZ, Solaegui, Iliana, El derecho a la salud en las comunidades indígenas del estado de Chiapas; *Revista Pueblos y fronteras digital*, v.6, n.11, junio-noviembre, 2011, p. 26.

Juntas del Buen Gobierno, seguido de los Consejos Municipales Autónomos y los Comités de Salud Locales. Dicho sistema busca producir la vida con dignidad y obtener de la Secretaría de Salud vacunas, medicamentos, etc.

El Sistema mencionado concibe a la salud en los siguientes términos:

- a) Toda la población tiene derecho al acceso a la salud, forme parte o no de la comunidad o pueblo indígena²⁰⁷.
- b) Se debe atender a las personas con respeto a su cultura, sus creencias, hablando su lengua.
- c) Derecho de los pacientes a ser informados.
- d) La participación que realicen las personas debe ser conforme a su voluntad.
- e) La atención que se proporciona es gratuita, sin embargo los medicamentos se cobran en un precio razonable con la finalidad de renovar la reserva de medicamentos.

Una de las diferencias existentes entre el Sistema de Salud Autónomo Zapatista y el Sistema Nacional de Salud es que en el primero no requiere para su acceso afiliación ni cuotas y la mayoría de los pacientes son indígenas, por lo que se tiene sensibilidad y conocimiento de las necesidades de los integrantes de las comunidades y/o pueblos indígenas; existe una comunicación constante entre estos dos sistemas dado que el Sistema Nacional de Salud proporciona al Sistema Autónomo vacunas, atención de pacientes de segundo nivel y algunas enfermedades epidemiológicas.²⁰⁸

²⁰⁷ En Colombia, en 1993, se creó el Sistema de Seguridad Social, con la finalidad de que todas las personas puedan acceder a los servicios de salud, en donde existen dos tipos de filiación, la primera se conforma de aquellas personas que aportan, participan con una cuota y la segunda se compone de personas a las que se les subsidia el servicio, las comunidades y pueblos indígenas pertenecen a este segundo grupo, de conformidad con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

²⁰⁸ Cuevas, J. H. Health and Autonomy: the case of Chiapas A case study commissioned by the Health Systems Knowledge Network, March 2007.

El Sistema de Salud Autónomo Zapatista se compone²⁰⁹ por las Casas de Salud Comunitarias, en las cuales se otorgan servicios de salud de primer nivel, vacunas, medicamentos, promotoras de la salud reproductiva, atención médica por medio de las personas de la comunidad indígena y por las Clínicas Regionales Autónomas, apoyadas en el personal médico contratados o de las universidades.²¹⁰

El Sistema Autónomo realiza actividades importantes de vacunación y saneamiento, como es el manejo de basura, agua y la construcción de letrinas. Se trata de un sistema sensible, con sentido de pertenencia e identidad participativo, que cuenta con alrededor de 200 Casas de Salud Comunitarias y 25 Clínicas Regionales Autónomas y una Clínica Central.²¹¹

Lo anterior fue respuesta a las movilizaciones y protestas por parte de las comunidades y pueblos indígenas con la finalidad de visibilizar los problemas de salud, educación, comercio, propiedad, en la que vivían estas; se introdujo la práctica médica alópata, acompañada de metodologías encaminadas a transferir el conocimiento para que la misma población pudiera auto atenderse.²¹²

²⁰⁹ La estructura orgánica del Sistema es: Asamblea comunitaria, quien nombra tanto a los promotores de la salud como a los Comités de Salud; estos últimos nombran a los integrantes de la Coordinación Municipal de la Salud que a su vez nombran a los integrantes del Caracol.

²¹⁰ La Clínica Autónoma Guadalupana (ubicada en la región de los Altos en el Caracol de Oventic, Chiapas) presta servicios de salud de los dos niveles.

²¹¹ Cuevas, J. H. Health and Autonomy: the case of Chiapas. A case study commissioned by the Health Systems Knowledge Network, March 2007, p. 8.

²¹² *Ibídem*, p. 3. Inicialmente se trataba de pequeños cursos sobre primeros auxilios y atención de algunas enfermedades como el paludismo, dengue, parasitosis, sobre esta base fue creciendo y desarrollándose una estructura propia de atención a la salud.

4.4 Relación intrínseca entre los conocimientos tradicionales indígenas y el derecho a la salud

Para determinar la importancia de los conocimientos tradicionales como parte del derecho a la salud es necesario hacer un análisis de la medicina tradicional, su definición y alcance.

La medicina tradicional ha sido definida como el conjunto de conocimientos, aptitudes y prácticas basadas en teorías, creencias y experiencias oriundas de las diferentes culturas indígenas,²¹³ sean o no explicables, usados para prevenir, diagnosticar, mejorar y otorgar un tratamiento a los pacientes que tengan enfermedades físicas o mentales,²¹⁴ que se transmite de generación en generación, a través de un aprendizaje teórico y práctico, por medio de la observación y experimentación.

El sistema de salud indígena/tradicional comprende el conjunto de ideas, conceptos, creencias, mitos, ritos y procedimientos, relativos a las enfermedades físicas, mentales o desequilibrios sociales en un pueblo determinado. Considerando que la enfermedad es percibida por los indígenas como una ruptura en el orden natural o social, es decir, una persona enferma es aquella que ha transgredido alguna norma establecida por la sociedad o por sus deidades.

Para las comunidades indígenas el cuerpo humano es energético, es decir, produce energía para mantenerlo con vida, lo que influye en salud y bienestar, se basa en hábitos del enfermo, arraigado a la estructura psicológica del individuo, por ello, la

²¹³ El término tradicional refiere al sistema cultural en el que se desarrolla la medicina, al conjunto de saberes que le da un significado y uso a la medicina tradicional. Véase en, Menéndez Eduardo. "La enfermedad y la curación ¿Qué es medicina tradicional?". *Revista Alteridades*, 1994, vol. 4, no 7, p. 74.

²¹⁴ Organización Mundial de la Salud: http://www.who.int/topics/traditional_medicine/definitions/es/; artículo 52 Bis de la Ley Estatal de Salud del Estado de Puebla; véase en Estrategias de la OMS sobre medicina tradicional, 2002-2006.

medicina tradicional, mediante sugestión, afectan los procesos inconscientes del cerebro, en donde se encuentran los automatismos. La curación puede ser directa o indirecta; directa por que se lleva a cabo sobre la persona que posee la enfermedad e indirectamente por medio de objetos que han estado en contacto con el paciente o que lo representan, con la finalidad de restablecer la comunicación y las relaciones del paciente cuando han sido afectadas.²¹⁵

Las características de la medicina tradicional son las siguientes:

- a) Se transmite de manera oral.
- b) Es tras generacional, es decir, se transmite de generación en generación.
- c) Es local, anónima, con un mensaje universal.
- d) Las técnicas de diagnóstico y pronóstico de enfermedades es a través de la vela, huevo y cuy.
- e) Se incluyen plantas, animales, derivados, rituales, minerales, sustancias humanas, etc.
- f) El curandero/terapeuta es llamado por sus dioses o por los cerros. El curandero es insustituible por el conocimiento que tiene sobre el equilibrio-armonía que la naturaleza y el hombre debe tener.
- g) Los conceptos básicos utilizados en la medicina tradicional son: hierbas, materiales herbarios, como son las preparaciones, acabados y el uso de medicamentos, actividad terapéutica y principios activos.

La Organización Mundial de la Salud ha establecido estrategias sobre medicina tradicional y la última realizada fue para el periodo de 2014-2023, lo cual sirve como guía a los Estados miembros para establecer estrategias que les permitan cubrir sus necesidades, la incorporación de la medicina tradicional a los sistemas de salud.

²¹⁵ Fagetti, Antonella. Fundamentos de la medicina tradicional mexicana. *Argueta, A., E. Corona-M., y P. Hersch (coordinadores). Saberes colectivos y diálogo de saberes en México. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2011, p. 144.*

En el ámbito interno, el artículo 2, Apartado B, fracción III, de la Constitución Federal asegura el acceso efectivo de los servicios de salud de las comunidades y pueblos indígenas aprovechando debidamente la medicina tradicional, sin embargo dicho artículo, no obliga al Estado a incorporar la medicina tradicional al sistema de salud ni hace mención de ello, al contrario, de una interpretación literal de dicho artículo solo está reconociendo el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a acceder a los servicios de salud solo aprovechando la medicina tradicional, sin que se establezca como parte del sistema; lo que obligaría al Estado a otorgar protección, fomento y mejora de los servicios de salud a través de la medicina tradicional.

Por lo anterior, se advierte que el gobierno mexicano, no fomenta el acceso a los servicios de salud a través de la medicina tradicional, la cual forma parte de la identidad de los pueblos y comunidades indígenas que la desarrollan, por lo que tienen que ser las organizaciones civiles y/o militares, como es el caso del Ejército Zapatista de Liberación Nacional que realice políticas mediante las cuales, las comunidades y pueblos indígenas cuenten con un sistema accesible a sus necesidades, cosmovisión e identidad; responsabilidad constitucional e internacional del Estado.

En las constituciones de diversos estados de la República Mexicana se reconoce el derecho de las comunidades indígenas de acceso a la salud aprovechando su medicina tradicional, pero no como una parte del sistema de salud; como se puede apreciar en la tabla siguiente:

Constitución Política del Estado de Campeche	"Artículo 7. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: (...)"
--	---

	Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema estatal, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.”
Constitución Política del Estado de Chihuahua	“Artículo 155. (...) Los pueblos indígenas tienen derecho al uso y desarrollo de su sistema médico tradicional.”
Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza	“Artículo 173 Bis.- Toda persona tiene derecho a la prestación de servicios médicos públicos o privados, obteniendo una atención eficiente, oportuna y de calidad, para ello, el estado promoverá la existencia de mecanismos que protejan y garanticen el derecho a la salud así como el libre ejercicio de la medicina en la entidad.”
Constitución Política del Estado de Hidalgo	Artículo 5. (...) Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: (...) III.- Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema estatal, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la

	<p>nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.</p>
<p>Constitución Política del Estado de Jalisco</p>	<p>Artículo 4. (...) B.- (...) Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:</p> <p>(...) III.- Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema estatal, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.</p>
<p>Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo</p>	<p>Artículo 3 (...) Los pueblos y las comunidades indígenas tendrán los derechos siguientes:</p> <p>XI. Al ejercicio, fortalecimiento y desarrollo de la medicina tradicional e indígena; y a los sistemas de salud comunitaria;</p>
<p>Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos</p>	<p>Artículo 2 Bis. En el Estado se reconoce la presencia de sus pueblos y comunidades indígenas, admitiendo que fueron la base para su conformación política y territorial; garantizará que la riqueza de sus costumbres y tradiciones;</p>

	<p>territorio, lengua y patrimonio cultural, medicina tradicional y acceso a recursos naturales, así como su autonomía, libre determinación, sistemas normativos y el acceso a la consulta, sean preservados y reconocidos a través de la ley respectiva.</p>
<p>Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla</p>	<p>Artículo 13. (...) La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas, mismas que establecerán las medidas y procedimientos que permitan hacer valer y respetar los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas, conforme a las siguientes bases:</p> <p>(...) IV.- <u>Las leyes, las instituciones y organismos que conforman el Sistema Estatal de Salud, reconocerán e incorporarán la medicina tradicional de los pueblos indígenas, sus médicos tradicionales, sus terapéuticas y sus productos, remedios y suplementos alimenticios, estableciendo programas para fortalecerlos y desarrollarlos, así como para apoyar la nutrición y alimentación de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas, en especial de su población infantil.</u></p>

<p>Constitución Política del Estado de Querétaro</p>	<p>Artículo 3. (...) En el Estado se reconoce la presencia de sus pueblos y comunidades indígenas, admitiendo que fueron la base para su conformación política y territorial; garantizará que la riqueza de sus costumbres y tradiciones; territorio, lengua y patrimonio cultural, medicina tradicional y acceso a recursos naturales, así como su autonomía, libre determinación, sistemas normativos y el acceso a la consulta, sean preservados y reconocidos a través de la ley respectiva.</p>
<p>Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo</p>	<p>Artículo 13. (...) Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades tienen la obligación de:</p> <p>(...) III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como (sic) apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil;</p>
<p>Constitución Política del Estado de San Luis Potosí</p>	<p>Artículo 9°. (...) XVI. Al tenor de lo dispuesto en el Apartado B del artículo 2º de la Constitución federal, el Estado y los municipios con la participación de las comunidades establecerán las instituciones, el sistema y las políticas para garantizar el desarrollo humano y</p>

	<p>social de los pueblos y comunidades indígenas. La ley incorporará las bases que la Constitución federal refiere, y establecerá los mecanismos y procedimientos para el cumplimiento de esta obligación en los siguientes aspectos:</p> <p>c) Acceso efectivo a todos los servicios de salud con aprovechamiento de la medicina tradicional.</p>
<p>Constitución Política del Estado de Sinaloa</p>	<p>Artículo 13 Bis. (...) Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho a preservar la forma de vida de los pueblos y comunidades indígenas en el Estado, y elevar el bienestar social de sus integrantes. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, religión, la educación bilingüe, usos, costumbres, tradiciones, prácticas democráticas, patrimonio étnico y artesanal, medio ambiente, recursos, medicina tradicional y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado.</p>
<p>Constitución Política Del Estado De Sonora</p>	<p>Artículo 1º(...) El Estado y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las</p>

	<p>instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos. Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:</p> <p>(...) C).- Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.</p>
<p>Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco</p>	<p>Artículo 3. Los gobiernos estatal y municipales garantizarán que los habitantes de los pueblos o comunidades indígenas, tengan acceso en igualdad de condiciones a los servicios de salud, por lo que independientemente de los programas establecidos en el sistema nacional o estatal, procurarán aprovechar la medicina tradicional y apoyar la nutrición de los indígenas, mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.</p>

	El Estado apoyará el desarrollo y promoción de los conocimientos y la medicina tradicional indígena.
Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Yucatán	<u>Artículo 1°. (...) Los servicios de salud que se proporcionen a las comunidades mayas, se planearán en coordinación con estas, teniendo en cuenta su propio idioma y cultura. El Estado apoyara la preservación, protección y evolución contemporánea de la medicina maya; de igual modo, el manejo sustentable del entorno y de sus recursos naturales utilizables, las técnicas tradicionales, su uso y desarrollo endógeno.</u>
	Artículo 9. (...) 3.Las autoridades de la Ciudad de México asegurarán progresivamente, de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes generales aplicables: El desarrollo de investigación científica para rescate y promoción de la medicina tradicional indígena; (...)

De lo anterior, se advierte que la mayoría de las constituciones locales solo hacen referencia a lo ya establecido por la Constitución Federal en el artículo 2, Apartado B, fracción XII excepto la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, el cual establece expresamente el reconocimiento y la incorporación de la medicina tradicional al sistema de salud estatal; y el estado de Yucatán, que obliga a las autoridades a brindar el servicio de salud en coordinación con las comunidades

mayas, atendiendo su cultura y lengua; Estados que se acercan más hacia el respeto y promoción de la cosmovisión indígena en el tema de salud.

Por su parte, el estado de Puebla emitió la Ley Estatal de Salud del Estado de Puebla y la Ley de Derechos, Cultura, y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas, que establecen que una de las finalidades de la protección a la salud es el reconocimiento, promoción e investigación de la medicina tradicional, entendida como un sistema alternativo y complementario de la medicina alópata,²¹⁶ cuestión que no se comparte del todo dado que la medicina tradicional debe ser vista, reconocida, protegida como un sistema autónomo de salud de las comunidades y pueblos que la desarrollan, con la finalidad de que estos cuenten con un sistema sensible a sus necesidades, como parte del derecho que tienen al acceso efectivo a la protección de su salud.

De igual forma se establecen como obligaciones para el sistema de salud estatal las de reconocer, promover, investigar con el apoyo económico y de asistencia técnica del sistema de salud y de las instituciones,²¹⁷ el desarrollo y las prácticas respecto a la medicina tradicional;²¹⁸ así como de fortalecer la capacitación y formación del personal.²¹⁹

Respecto de las prácticas o métodos de medicina tradicional que se utilizan, por agrupaciones o personas, la ley establece que serán responsables ante las autoridades competentes sin que sean obligados a pertenecer a alguna asociación.²²⁰

²¹⁶ Artículo 2º, fracción VIII, de la Ley Estatal de Salud del Estado de Puebla.

²¹⁷ *Ibidem*, artículo 52, fracción II; 52 Ter.

²¹⁸ *Ibidem*, artículo 4º, fracción XIX, artículo 6º, fracción VII.

²¹⁹ *Ibidem*, artículo 80.

²²⁰ *Ibidem* artículo 52 Quáter.

En ejecución a lo anterior, se crearon los Hospitales Integrales con Medicina Tradicional en los Servicios de Salud del Estado, en el año 2000, cuyo objetivo principal es proporcionar servicios mixtos de salud y disponer de espacios donde se desarrolla la medicina tradicional y alópata en un marco de interculturalidad; dichos hospitales se encuentran en Cuetzalan del Progreso, Ayotoxco, Huehuetla, Coxcatlán y Tulancingo de Valle.²²¹

El Programa por el que se crean dichos Hospitales planteó que se cubriría a la población que no tuviera seguridad social en el estado de Puebla y áreas colindantes de los estados de Veracruz, Oaxaca y Guerrero. En dichos hospitales existe un módulo de medicina tradicional en el que los usuarios reciben consultas terapéuticas tradicionales; cada módulo cuenta con sala de espera, de expulsión, de consulta, laboratorio, baños, farmacia y baño de temazcal.

Dicho Programa reconoce a la medicina tradicional como un recurso fundamental para la salud de la población indígena y en general; la cual se integra de todos los conocimientos de las comunidades y/o pueblos indígenas a los que pertenece, que impactan en su identidad, en la forma en la que perciben la vida (cosmovisión) y la salud tanto de las comunidades-pueblos como de los individuos que las integran.

La medicina tradicional satisface la subsistencia del pueblo-comunidad-individuo al formar parte de su identidad cultural, es decir, ayuda al equilibrio y mejora la salud, por lo que debe ser reconocida, protegida y promovida por el Estado, ya que es el medio idóneo para garantizar y proteger el derecho de acceso a la salud indígena.

²²¹ Hospital Integral de Cuetzalan del Progreso 38,458 habitantes; Hospital Integral de Huehuetla 59,945 habitantes; Hospital Integral de Ayotoxco de Guerrero 223,685 habitantes; Hospital Integral de Coxcatlán 85,961 habitantes; Hospital Integral de Tulancingo de Valle 45,881 habitantes.

Por las consideraciones anteriores, es de suma importancia que se respeten, proteja los sistemas de salud tradicionales, pues a través de ellos, se protegen los conocimientos en los que se funda la medicina tradicional, piedra angular para el desarrollo y equilibrio indígena; además la mejora de sus condiciones de salud y de desarrollo social.

5. Sistema internacional de protección a los derechos humanos; adopción de un tratado en México

De conformidad con la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, un tratado es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular²²².

En temas de derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido el estatus que guardan los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, el cual, independientemente de su fuente, se relaciona con un enfoque jerárquico y constituyen un parámetro de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos del sistema jurídico mexicano; sin embargo las restricciones al ejercicio de dichos derechos, previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben prevalecer ante estos.²²³

²²² Artículo 2, inciso a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

²²³ Tesis: P. /J. 20/2014 (10a.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época; 2006224; 15 de 39, Pleno; Libro 5, abril de 2014, tomo I; p. 202; jurisprudencia (Constitucional).

El procedimiento para la celebración de un tratado en México; comprende las siguientes etapas: la negociación, la redacción y la adopción del texto, la firma, la aprobación interna, el consentimiento del Estado en vincularse y la entrada en vigor.

Para negociar el texto de un tratado no se requiere plenos poderes, ya que basta que se acredite a los negociadores por la vía diplomática, es decir, mediante una nota de la cancillería o de la embajada correspondiente a la cancillería del país con el que va a negociar. En México, la jefatura y la integración de una delegación para negociar un tratado, por lo general, son convenidas entre la SRE y la dependencia o dependencias que intervienen en las negociaciones. También se deberá acordar la forma que revestirá el tratado, es decir, si será formal para ambas partes, solo para una o es un tratado en forma simplificada.

El texto adoptado será definitivo, por ello, los negociadores, antes de adoptarlo, deben obtener la autorización de las autoridades correspondientes, ya que terminadas las negociaciones, se considera una falta de respeto pedir la reapertura para modificar el texto.

Terminadas las negociaciones, las delegaciones informan así a sus respectivos gobiernos, si no surge ningún impedimento, se ponen de acuerdo sobre el lugar y la fecha en que ha de firmarse el tratado, siempre a reserva de ratificación. En México, quien firma los tratados comúnmente es el Secretario de Relaciones Exteriores, aunque también se acostumbra que lo firme el titular de la dependencia sustantiva competente, o bien los dos.

La Secretaría de Relaciones Exteriores envía los tratados a la consideración del Senado de la República, con un memorándum que contiene los antecedentes del tratado y se explica su contenido si así se estima conveniente; las razones que se tuvieron para celebrarlo y los beneficios que se esperan de él; ello a través de la

Secretaría de Gobernación al ser el enlace entre el Poder Ejecutivo y Legislativo, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En cuanto al proceso legislativo, en este caso el Senado tiene como propósito fundamental el análisis, discusión y aprobación de los tratados. El proceso que se rige por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Orgánica, el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y por los acuerdos parlamentarios adoptados por la mayoría de los miembros de la Cámara.

Después de considerar el tratado, el Senado da su aprobación, por lo que emite un decreto en ese sentido; el cual se publica en el Diario Oficial de la Federación. Ese decreto se limita a decir que se aprueba el tratado (no se publica su texto), firmado por el Presidente de la República y refrendado por el Secretario de Gobernación.

Posteriormente, (después de que se publica en el Diario Oficial el decreto de aprobación), el Poder Ejecutivo ya está en condiciones de ratificar el tratado. Para ello, se prepara lo que se llama el instrumento de ratificación, el cual va firmado por el Presidente de la República y refrendado siempre, cualquiera que sea la materia del tratado, por el Secretario de Relaciones Exteriores. Por medio de este documento, el Presidente de la República ratifica o confirma lo hecho en su nombre al firmarse el tratado, se compromete cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y se observe.

5.1 Criterios que se deben tomar en cuenta al interpretar un Tratado

La interpretación de un tratado es un ejercicio dialéctico, en donde los primeros hermeneutas pretenden encontrar interpretaciones contrarias a las realizadas en la fase diplomática,²²⁴ es un arte y no una ciencia exacta.²²⁵

Al adoptarse un Tratado, los Estados parte eligen el idioma y lenguas en las que se traducirá de manera oficial, sin embargo, los problemas filosóficos de interpretación de la norma son profundos y aumentan con su traducción respecto de lo que se quiso decir en el mismo, cuestión que recoge el artículo 33 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados.

La interpretación de los preceptos de un tratado no puede realizarse de manera aislada, sino vincularlo con el objeto y fin del mismo, de manera integral, bajo el principio consuetudinario de buena fe, siguiendo el sentido ordinario y natural, sin rebasar los límites del tratado y su elaboración; debe tener en cuenta la conducta ulterior respecto de la celebración de estos, pues las expresiones gramaticales pueden conducir a resultados absurdos o irracionales, pues los tratados son actos en los que se encuentra involucrada la voluntad de aquellos.

Juan de Dios Gutiérrez Baylón considera que el principio pro homine es la interpretación que compele en ocasiones a la deformación de textos convencionales en beneficio de restaurar éticamente el tratado por encima de la autonomía de las voluntades de los contratantes, lo cual no se comparte, pues dicho principio al estar contemplado en el tratado, es voluntad de los Estados sujetarse a las normas y principios contenidos en los tratados, los cuales son firmados por aquellos.

²²⁴ Baylón, Juan de Dios Gutiérrez; *Derecho de los tratados*. Editorial Porrúa; Distrito Federal, México; 2010, p. 133.

²²⁵ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, vol. II, p. 240.

5.1.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1979, en su artículo 31 establece las formas de interpretación de un tratado, como se advierte de la transcripción siguiente:

“31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

De la transcripción anterior, se advierten dos principios:

- a) El principio de buena fe. La buena fe es una obligación de conducta en el proceso de interpretación. En caso de que el tratado dé pie a dos interpretaciones diferentes y una frustra el objeto del tratado, debe tomarse en cuenta la interpretación que beneficie y no perjudique.
- b) Los métodos de interpretación jurídica. La diversidad de métodos de interpretación, permite satisfacer dos exigencias, la primera: respecto de la

voluntad del legislador tal y como se ha expresado en el texto de la ley y por otra, la realización de los objetivos del ordenamiento jurídico.

El artículo 31 prevé tres métodos diferentes de interpretación: sentido corriente, el contexto; y el objeto y fin del tratado, es decir, gramatical, sistemático y teleológico. Aunado a ello, el artículo prevé una visión plurimetodológica,²²⁶ es decir, que para la interpretación de un tratado, no solo se debe realizar a través de un método sino utilizar simultáneamente los métodos de interpretación,²²⁷ lo que caracteriza la subjetividad del derecho²²⁸.

- Método de interpretación gramatical. Interpretación de la letra de la norma, significado técnico y jurídico. El método debe atribuirse a las palabras expresadas en la norma vigente al momento de expedirse o en el momento en que se interpreta.

Los incisos a) y b), del apartado 3, del artículo 31 de la Convención citada, establece que para la interpretación de un tratado se permite recurrir a los acuerdos posteriores y a la práctica de las partes en la ejecución del tratado, con la finalidad de que en dicha interpretación se consideren la evolución de los términos analizados, es decir, una interpretación dinámica.

El sentido de las palabras se lo atribuye el uso de las mismas, con excepción, el sentido especial (previsto en el artículo 4 de la Convención) que establece dar un sentido especial a algún término si consta que fue la intención de las partes, cuestión que corresponde a la parte afirmante demostrar el sentido especial.²²⁹

²²⁶ Por lo que el artículo no establece una jerarquía entre los métodos de interpretación.

²²⁷ Rojas, Amandi, Víctor Manuel; Derecho de los Tratados Tirant lo Blanch, Distrito Federal, México, 2014, p. 152.

²²⁸ Raz, Joseph. “¿Por qué interpretar? en: ROJAS, Amandi, Víctor Manuel; Derecho de los Tratados Tirant lo Blanch, Distrito Federal, México, 2014, p. 153.

²²⁹ Corte Permanente en el asunto sobre el Estatuto Jurídico de Groenlandia Orienta.

De conformidad con la Convención de Viena, el texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes, es decir, se debe dilucidar el sentido del texto y no investigar *ab initio* la intención de las partes, la buena fe de los tratados se concentra en su texto por considerar que es la expresión auténtica de la interpretación de las partes.²³⁰

Método de interpretación sistemático. La interpretación del tratado también se realiza a través de su contexto, saber cuáles son en realidad las disposiciones que integran un todo, individualizado o indisoluble y cuales son independientes; los medios complementarios de interpretación son los trabajos preparatorios y circunstancias de celebración.

Método de interpretación teleológico. Esta interpretación consiste en darle sentido a la norma atendiendo la finalidad del precepto o del pacto. El legislador, en este caso los Estados partes, tienen un fin, por lo que las normas constituyen instrumentos mediante los cuales buscan realizarlos, por ello, al momento de interpretar debe tomarse en cuenta el propósito perseguido por la misma, el objeto y fin del tratado.

5.1.2 Criterios emitidos por la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la “Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas”, expresó que la primera obligación del tribunal que interprete y aplique disposiciones de un tratado es dar un efecto conforme al sentido corriente y natural en

²³⁰ Tesis: 1a. CCLX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2009868, Primera Sala, Libro 22, septiembre de 2015, tomo I, p. 324, tesis aislada (Constitucional).

el contexto, no hay que investigar más; por el contrario, cuando si la interpretación literal conduce a resultados irracionales, se debe buscar otros métodos para determinar qué es lo que tenían en mente las partes para utilizar dicha terminología en el tratado.

A lo largo de su interpretación, la Corte ha utilizado los métodos de interpretación referidos, como en el caso de Derecho de Asilo, se apoyó en el preámbulo de la Convención de la Habana para precisar el objeto y fin de la misma, en la opinión consultiva en el caso Namibia, la Corte consideró que la interpretación y aplicación de un tratado debe realizarse dentro del contexto del sistema jurídico íntegro que existe en el momento de interpretación, en el caso del Sahara Occidental estableció que el sentido especial que le es atribuible a un término se debe demostrar convincentemente.

De igual forma, la Corte Internacional en su opinión consultiva sobre Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1951 estableció que en los tratados referentes a derechos humanos, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención.

5.1.3 Consideraciones especiales en la interpretación de un tratado sobre derechos humanos

La interpretación de un tratado sobre derechos humanos sigue las mismas pautas anteriormente expuestas, criterios fundamentales, pilares para la interpretación de la intención de los Estados parte en el momento de su creación.

Sin embargo, la interpretación de un tratado sobre derechos humanos tiene diversas particularidades, como es la interpretación dinámica en la que se busca el significado y sentido de aquellos conceptos que son evolutivos de conformidad con las concepciones de los Estados parte y en general.

Es decir, la interpretación dinámica va más allá de la intención del creador de la norma internacional en el momento y el contexto en el que surge, la interpretación evoluciona conforme cambia el significado y la manera en la que se aprecia el derecho analizado en cuestión. Dicha interpretación debe atender a la concepción de lo analizado de conformidad con las circunstancias en las que se desarrollan.

Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que el artículo 1° constitucional reconoce a los derechos humanos, independientemente de su fuente, sin embargo, respecto a las restricciones a dichos derechos se debe atender a lo que establece la norma fundamental, ello en atención al principio de supremacía constitucional, lo que implica es que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material.

Lo anterior se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto en la Constitución, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional conforme al cual, debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.²³¹

²³¹ Tesis: P. /J. 20/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2006224, Pleno, Libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 202, jurisprudencia (Constitucional).

5.1.3.1 Corte Europea de Derechos Humanos

De igual forma, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido pautas para la interpretación de un tratado, específicamente la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, tratado de derechos humanos que forma parte de los tratados que son competencia del Tribunal.

En la sentencia de fondo y justa compensación del Caso Irlanda v. Reino Unido emitida el 18 de enero de 1978, la Corte indicó que la Convención Europea comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados partes, pues crea obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una garantía colectiva, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de las personas, cuya protección debe ser práctica y efectiva.²³²

Se ha considerado a los tratados sobre derechos humanos como instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales; siendo dicha interpretación evolutiva consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados.²³³

Aunado a lo anterior, la Convención Europea debe interpretarse de manera que se le dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin (principio de la efectividad o *effet utile*). La Corte ha señalado que el objeto y propósito de la Convención es la protección del ser

²³² Caso Soering v. Reino Unido emitida en 1989.

²³³ Corte Europea de Derechos Humanos; Casos Tyrer v. Reino Unido de 25 de abril de 1978, Marckx v. Bélgica de 13 de junio de 1979, y Loizidou v. Turquía (Excepciones Preliminares) de 23 de marzo de 1995.

humano, lo que requiere que los Estados garanticen y respeten los derechos contenidos en este, para que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas.²³⁴

5.1.3.2 Corte Interamericana sobre Derechos Humanos

El artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece las formas en las que no se podrá interpretar dicha Convención:

- a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

La Corte Interamericana al analizar el contenido de dicha normativa ha fijado dos criterios de interpretación de la Convención Americana, a saber:

²³⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso McCann y otros c. Reino Unido, sentencia emitida el 27 de septiembre de 1995.

- a) Principio de interpretación evolutiva. Al respecto, la Corte ha establecido (al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos) que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.²³⁵

Al efectuar una interpretación evolutiva, la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos, es decir, se debe analizar en contexto en el que se aplicará la norma analizada de conformidad con el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena, el cual autoriza el uso de acuerdos, prácticas o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, lo cual se relaciona con una visión evolutiva de la interpretación, los tratados de derechos humanos deben no solo ser interpretados a través de los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este sino también el sistema dentro del cual se inscriben,²³⁶ el corpus iuris del Sistema de Protección de los Derechos Humanos.

- b) Principio pro persona, objetivo angular del Sistema Interamericano.²³⁷ El Tribunal ha indicado que al interpretar un precepto convencional debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho

²³⁵ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, p. 245

²³⁶ Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 78. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado los derechos de las comunidades indígenas a través de un instrumento internacional que no es parte de su competencia pero que sí del sistema de protección de los derechos de dichos grupos, como es el Convenio 169 de la OIT.

²³⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 34.

tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano,²³⁸ es decir, se debe otorgar una interpretación de mayor amplitud y protección al goce y ejercicio al derecho humano analizado.²³⁹

Respecto de la obligatoriedad de los criterios emitidos por la Corte Interamericana para México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales ya que constituyen una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues determinan el contenido de los derechos humanos, teniendo como fuente de origen lo previsto en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona.

En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a los siguientes criterios:²⁴⁰

- Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento.
- En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional.
- De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

²³⁸ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 202.

²³⁹ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 180.

²⁴⁰ Tesis: P. /J. 21/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2006225, Pleno, libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 204, jurisprudencia (Común).

5.2 Tratados ratificados por México relacionados con los conocimientos tradicionales

Los artículos 15 y 133 de la Constitución Federal fijan tres requisitos de fondo que debe cumplir un tratado; el primero refiere que el contenido de los tratados debe estar de acuerdo con la Constitución Federal; en segundo lugar, los tratados para la extradición de reos que hayan tenido la calidad de esclavos en el país que lo requiera carecerán de validez y de igual forma aquellos que alteren los derechos humanos reconocidos en la Constitución como en los Tratados en los cuales México sea parte.

Respecto del primer requisito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que los tratados al estar de acuerdo con la Constitución forman parte del principio de supremacía constitucional, esto es, que el tratado no transgreda los principios constitucionales.

En ese sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte estableció que para la interpretación de normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Federal -al no relacionarse entre sí en términos jerárquicos, se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional- debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.²⁴¹

²⁴¹ Tesis: 1a. CCCXLI/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2007672, Primera Sala, libro 11, octubre de 2014, tomo I, p. 601, tesis aislada (Constitucional).

5.2.1 Convenio sobre Diversidad Biológica

El Convenio sobre Diversidad Biológica es un tratado suscrito por los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1993, el cual tiene como objetivos: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Su objetivo general es promover medidas que conduzcan a un futuro sostenible.

El Convenio cubre, en todos sus niveles, la diversidad biológica: ecosistemas, especies, recursos genéticos y la biotecnología a través del Protocolo de Cartagena Sobre Seguridad de la Biotecnología.

Respecto de su organización se debe decir que el órgano rector del Convenio es la Conferencia de las Partes, que se reúne cada tres años para examinar el progreso, fijar prioridades, adoptar planes de trabajo y el de la Secretaría del Convenio es brindar ayuda a los Estados partes para que puedan aplicar dicho Convenio.

Ahora bien, los Estados partes del Convenio en preocupación y reconociendo la dependencia que las comunidades y pueblos indígenas tienen con los sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes, es que le dieron vida al Convenio sobre Diversidad Biológica, un instrumento internacional, de los más importantes para el desarrollo sostenible.

Ahora bien, el artículo 8 (j) del Convenio prevé el compromiso del Estado de respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica,²⁴² establece el deber de promover su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, así como los beneficios derivados de su utilización se compartan equitativamente.

El problema más importante al cual se enfrentan las comunidades y pueblos indígenas es la indiferencia al conocimiento sobre la biodiversidad en México, la dispersión y desorganización; la falta de información de la importancia que tiene los conocimientos para la conservación del medio ambiente y del entorno natural.

En México, a partir de la aprobación de Convenio citado, se realizó una “Estrategia Mexicana de Biodiversidad” la cual consiste en conservar y usar de manera sostenible los componentes de la biodiversidad así como otorgarles un reparto equitativo de los beneficios obtenidos.

Dicha estrategia pretende que:

- a) Los componentes de la biodiversidad formen parte de la estructura económica principal de México.
- b) Hacer uso diversificado y sostenible de toda la diversidad, de todas las especies.
- c) Conservación y protección de la biodiversidad a través de medidas de control como son las áreas naturales protegidas.
- d) Flujo de beneficios obtenidos por el aprovechamiento de los componentes biodiversos; pues en la generalidad los beneficios son obtenidos por un limitado

²⁴² Se entiende la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres, marinos y acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas. Artículo 2 del Convenio de Diversidad Biológica.

grupo de personas o empresas que tienen la solvencia económica para cubrir los gastos de producción.

En el año 2002, el Convenio de Diversidad Biológica, a través de su Estrategia Global de Conservación Vegetal, especificó la pérdida de la vegetación actual y futura, así como la restauración y uso sostenible de los componentes biodiversos.

México, al cumplir con sus obligaciones internacionales y siguiendo lo acordado en la Sexta Conferencia de las Partes en la decisión VI/9, en el año 2008, adoptó la “Estrategia Mexicana para la Conservación Vegetal” con la finalidad de establecer metas, líneas de acción, etc. Respecto de la conservación, uso de los conocimientos de la biodiversidad de México y el reparto equitativo de los beneficios.

Los objetivos de dicha Estrategia son seis:

1.- Generar, transmitir el conocimiento y la información que permite la conservación de la diversidad vegetal.

2.- Mejorar el estado de conservación de la diversidad vegetal, a través de áreas naturales protegidas, corredores biológicos, unidades de manejo ambiental, etc. En México se ha buscado reducir la pérdida de ecosistemas y se han fortalecido los programas de monitoreo de especies emblemáticas. Por ejemplo las UMA,²⁴³ que desde el año de 1997 se ha ampliado. A través de estudios como Capital Natural de México (2008-2009) y el Análisis de Vacíos y Omisiones en Conservación de la Biodiversidad Terrestre de México: espacios y especies (2007) se busca la participación pública. De igual forma, a través del Sistema

²⁴³ Las UMA se refieren a predios e instalaciones registradas que operan de conformidad con un plan de manejo aprobado y dentro de los cuales se da seguimiento permanente al estado del hábitat, poblaciones o ejemplares que ahí se distribuyen, y que pueden estar sujetos a dos tipos de manejo: en vida libre (UMA extensiva) o bien, en cautiverio o confinamiento (UMA intensiva). Por ejemplo los jardines botánicos, circos, zoológicos, viveros, etc.

Nacional de Recursos Genéticos se busca el rescate, conservación, uso, aprovechamiento de los recursos genéticos.

3.-Incrementar la superficie de áreas restauradas y recuperación de los ecosistemas alterados o deteriorados; lo cual se lleva a cabo a través de diversos programas como son el Programa de Desarrollo Forestal, Pago de Servicios Ambientales, Cuencas Prioritarias, Compensación Ambiental y proyectos especiales, realizados por CONANFOR. En dicho objetivo se reconoce la importancia de los conocimientos locales y el manejo que promueven la recuperación de los ecosistemas degradados.

4.- Prevenir, reducir y controlar las amenazas a la diversidad vegetal. Para ello existe, entre otras cosas, la Estrategia de Reducción de Emisiones Derivadas de la Deforestación y Degradación de Suelos, mecanismo internacional adoptado por México para la reducción de emisiones de CO₂ por deforestación; y la Estrategia Nacional de Especies Invasoras.

5.- Uso sustentable de la diversidad. El Plan Estratégico del Convenio de Diversidad Biológica (2011-2020) propone mantener la diversidad genética de las especies vegetales cultivadas y domésticas evitando una erosión genética.

A su vez, el Protocolo de Nagoya asegura el acceso y la participación equitativa de la utilización de los recursos genéticos mediante instrumentos jurídicos como el consentimiento previo e informado, financiamiento apropiado, etc.

Se reconoce que las especies vegetales domésticas forman parte de la base de producción y alimentación ancestral de las comunidades locales, por lo que se debe respetar y conservar el conocimiento asociado; sin que se haga una referencia a que se debe entender por producción, pues parte importante de la identidad cultural de las comunidades indígenas son las especies vegetales que habitan en su territorio; aunado a que son utilizadas como alimento, también se utilizan como medicinas, como parte de su identidad cultural y espiritual. Es decir, México debe incluir en la Estrategia de Conservación Vegetal mecanismos de protección a las comunidades indígenas respecto de las especies vegetales que forman parte de un todo para estas.

6.- Realizar conciencia social y responsable de la conservación, restauración y uso sustentable de la diversidad.

Para llevar a cabo la Estrategia mencionada, México creó el Comité Coordinador para la Implementación de la Estrategia Mexicana para la Conservación Vegetal, es decir, es el encargado de dar seguimiento a todas las metas y objetivos que se encuentran en la Estrategia Mexicana.

El Comité tuvo una segunda reunión en noviembre de 2015, en la que se informó el inicio del proyecto “eFlora de México” con la finalidad de concentrar el formato electrónico el conocimiento de una gama de diversidad vegetal mexicana, para ello se propuso utilizar el listado florístico del Sistema Nacional de Información sobre Biodiversidad; el proyecto contempló la publicación de imágenes, sinónimos, mapas, de distribución y descripciones morfológicas.²⁴⁴

Aunado a lo anterior, se informó de la mejora del estado de conservación de la diversidad vegetal, pues en el marco del PROCERCONANP se apoyaron en diversos proyectos; el Diagnóstico de los instrumentos de conservación y atención de especies y poblaciones prioritarias para la conservación en México -listado del 5 de marzo de 2014-, el Diagnóstico nacional del estado de conservación de las especies prioritarias para la conservación de flora; la Matriz de información y fichas técnicas sobre 123 especies de plantas.

²⁴⁴ Sistema obligatorio previsto en la Ley General de Equilibrio Ecológico, específicamente en el artículo 80: “Los criterios para la preservación y aprovechamiento sustentable de la flora y fauna silvestre, a que se refiere el artículo 79 de esta Ley, serán considerados en:

(...)

V.- El establecimiento de un sistema nacional de información sobre biodiversidad y de certificación del uso sustentable de sus componentes que desarrolle la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, así como la regulación de la preservación y restauración de flora y fauna silvestre;

(...)

El Sistema Nacional mencionado se creó con la finalidad de obtener, manejar, analizar y divulgar la información de la diversidad biológica existente en México, un modelo inicial con una estructura basada en datos primarios en la cual el espécimen es la piedra angular del sistema; del cual el concepto integrador es ejemplar- nombre científico- georreferencia-fecha.

El Sistema Nacional tiene tres principales componentes: información, análisis y modelado y divulgación; se encuentra entre los tres primeros lugares a nivel internacional y sus principales actividades han sido:

- a) La digitalización u obtención de los datos de millones ejemplares de colecciones científicas biológicas de más de 190 colecciones nacionales y 240 del extranjero, por medio de cientos de proyectos.
- b) Planeación y puesta en marcha de un programa de repatriación de información de ejemplares mexicanos depositados en colecciones en el extranjero. Se trata de una coparticipación del CONACYT y la Conabio.
- c) Inventario sobre la actividad taxonómica en México, resultados de la encuesta "Inventario y diagnóstico de la actividad taxonómica en México" 1996-1998.
- d) El establecimiento de un programa de Monitoreo de ecosistemas mediante técnicas de percepción remota.
- e) La red de expertos nacionales y extranjeros especializados en el tema.

5.2.2 Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica

El Convenio sobre la Diversidad Biológica cuenta con Protocolos que apoyan su implementación, entre ellos se encuentra el Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y el Protocolo de Nagoya-

Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación suplementario al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología.

La Conferencia de las Partes del Convenio de Diversidad Biológica, el 29 de enero de 2000 adoptó el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de octubre de 2003, el cual busca proteger-garantizar la manipulación, transporte y utilización de organismos modificados como resultado de la aplicación de tecnología.

En cumplimiento de las obligaciones determinadas por el Protocolo, México creó la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (CIBIOGEM); órgano del Poder Ejecutivo Federal que se encarga de establecer las políticas relativas a la seguridad biotecnológica respecto del uso de organismos genéticamente modificados. Se encuentra integrada por los titulares de las Secretarías de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA), Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), Salud, Educación Pública (SEP), Hacienda y Crédito Público (SHCP) y Economía (SE), así como por el Director General del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

El Protocolo establece un procedimiento para que los países cuenten con información necesaria para tomar decisiones fundamentadas antes de importar organismos modificados a su territorio y cuenta con un Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología para facilitar dicho cambio de información.

En atención a lo anterior, en México se llevó a cabo el "Taller de capacitación sobre facilitación de seguridad de la biotecnología" impartido en 11 de diciembre de 2016 durante la octava reunión de la Conferencia de las Partes, en Cancún, México. Además en el 2015, envió su tercer reporte de cumplimiento de actividades a la Conferencia de

Partes, aduciendo que como mecanismos de protección cuenta con la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y su Reglamento, así como Norma Oficial Mexicana para la regulación de las pruebas de campo de organismos vivos modificados (NOM 056-FITO-1995); las Reglas de Operación de la CIBIOGEM, el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Reglamento de la LBOGM, para instrumentar el Régimen de Protección Especial del Maíz; en 2011, el Acuerdo por el que se determina la información y documentación que debe presentarse en el caso de realizar actividades de utilización confinada y se dio a conocer el formato único de avisos de utilización de organismos genéticamente modificados (OGMs); el Acuerdo por el que se determinan Centros de Origen y Centros de Diversidad Genética del Maíz.

En 2014, se emitieron la Norma Oficial Mexicana NOM-164-SEMARNAT/SAGARPA-2013, que establece las características y contenido del reporte de resultados de la o las liberaciones realizadas de organismos genéticamente modificados en relación con los posibles riesgos para el medio ambiente y la diversidad biológica, adicionalmente, a la sanidad animal, vegetal y acuícola, la Norma Oficial Mexicana NOM-001-SAG/BIO-2014, que dispone las especificaciones generales de etiquetado de OGMs que sean semillas o material vegetativo destinados a siembra, cultivo y producción agrícola; Reglas de Operación del Fondo para el Fomento y Apoyo a la Investigación Ciencia y Tecnología en Bioseguridad y Biotecnología, y finalmente las Reglas de Operación y Funcionamiento de la Red Mexicana de Monitoreo de OGMs. Adicionalmente, las autoridades competentes han desarrollado guías, procedimientos y lineamientos internos para atender diferentes procesos relativos al uso seguro de la biotecnología.

Ahora bien, respecto del Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre Diversidad Biológica, adoptado por México y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de octubre de 2014, impulsa el tercer objetivo

del Convenio, en lo que nos interesa, velar por la participación de las comunidades indígenas respecto de la justa y equitativa repartición de los beneficios que se obtienen por la utilización de sus conocimientos tradicionales relacionados con recursos genéticos.

De igual forma, el Protocolo reconoce la importancia que tienen los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales pues ayudan a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible; siendo consciente de la titularidad de las comunidades sobre dichos conocimientos.

Respecto de las obligaciones que el Protocolo prevé para los Estados partes, el establecimiento de medidas administrativas, legislativas y jurisdiccionales para hacer efectivo el derecho que tienen las comunidades de acceder al beneficio por el uso de sus conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos con su consentimiento informado y/o la aprobación y participación de dichas comunidades. Dicha participación incluye a las comunidades que comparten sus conocimientos con otras comunidades. Los Estados partes, con participación de las comunidades se comprometen a dar a conocer a los usuarios de los conocimientos tradicionales las obligaciones que se deriven por ser utilizados, incluidas las que emita el Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios.²⁴⁵

Aunado a lo anterior, las Partes se encuentran obligadas a apoyar el desarrollo de las comunidades indígenas respecto de sus protocolos comunitarios, requisitos mínimos acordados y cláusulas modelo para utilizar los conocimientos tradicionales de los cuales son titulares; con apoyo de las autoridades competentes, que de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados son: SEMARNAT, SAGARPA Y SSA; así como adoptar

²⁴⁵ El Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios tiene como finalidad la aplicación del Protocolo de Nagoya, pues en dicho centro se reúne toda la información proporcionada.

medidas para asegurarse que los usuarios accedan a los conocimientos con el consentimiento de la o las comunidades titulares y con su participación, haciendo conciencia de la importancia de los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos.

En la implementación del citado Protocolo, la Subsecretaría de Fomento y Normatividad Ambiental de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo encabezaron el taller de arranque del proyecto “Fortalecimiento de las Capacidades Nacionales para la Implementación del Protocolo de Nagoya”, el cual tiene como objetivos apoyar el análisis de los instrumentos regulatorios sobre el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a estos, fortalecer las capacidades y desarrollar protocolos bioculturales que le sirvan a las comunidades indígenas a tomar mejores decisiones respecto de sus conocimientos y la forma en la que se utilizan.²⁴⁶

5.2.3 Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo es un instrumento internacional de derechos humanos especializado en derechos de los indígenas por lo cual es aplicable para la interpretación del alcance de algún derecho, así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el contenido del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto del derecho de propiedad

²⁴⁶ Comunicado de prensa 72/17 de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, emitido el uno de agosto de dos mil diecisiete, el cual se puede consultar en la siguiente liga: <https://www.gob.mx/semarnat/prensa/mexico-fortalece-sus-capacidades-para-la-implementacion-del-protocolo-de-nagoya?idiom=es>

comunitaria indígena,²⁴⁷ ratificado por México y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1991.²⁴⁸

El Convenio reconoce y hace una distinción entre los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y los derechos a sus tierras, pues el derecho al territorio es un concepto mucho más amplio, el cual abarca la totalidad del hábitat que ocupan las comunidades y pueblos indígenas; es decir, implica la administración de tierras, recursos naturales dentro de los mismos, actividades tradicionales, preservación y protección del medio ambiente.

De igual manera, reconoce el derecho de los pueblos a utilizar las tierras que tradicionalmente usan aunque no se encuentren dentro de las tierras ocupadas exclusivamente por ellos; haciendo énfasis en la situación de los pueblos nómadas y agricultores itinerantes y establece una serie de requisitos en el caso de que los pueblos sean trasladados de las tierras que ocupan tradicionalmente.

Respecto de los recursos naturales existentes en las tierras de los pueblos indígenas, el Convenio reconoce el derecho de los pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

El Convenio establece el deber de los Estados partes de garantizar la participación de los pueblos indígenas con miras de proteger sus derechos e integridad; las medidas especiales para salvaguardar entre otros, los bienes y las culturas de los pueblos; la protección de las prácticas culturales, religiosas y espirituales; proteger y respetar el

²⁴⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de marzo de 2006. Serie Con. 146, párr. 117.

²⁴⁸ Tesis: 1a. CCCXXIX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2007559, Primera Sala, libro 11, octubre de 2014, tomo I, p. 610, tesis aislada (Constitucional).

medio ambiente; el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, salud, educación, cuestión prioritaria en los planes de desarrollo económico del país.

Uno de los puntos más importantes establecidos en el Convenio citado es el derecho a la consulta a las comunidades indígenas antes de llevar a cabo alguna acción que afecte algún derecho, dicho proceso de participación se encuentra previsto en el artículo 6° y establece los requisitos esenciales para realizar exitosamente una consulta, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, dichos requisitos son:

- a) Realizarla a través de los procedimientos apropiados y de sus instituciones representativas.
- b) De buena fe.
- c) Apropiada a las circunstancias.
- d) Que sea una consulta realizada antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación.

De lo anterior se advierte que cualquier medida que se quiera tomar y que esta afecte los derechos de los pueblos y comunidades indígenas deben ser consultadas y en caso de proyectos a gran escala que afecten su desarrollo como comunidad, el Estado deberá obtener su consentimiento; además, las comunidades y pueblos indígenas tienen el derecho de participar en los beneficios que surjan a partir de tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de dichas actividades.

Por otro lado, el Convenio establece el deber de los Estados de velar por el fortalecimiento y fomento de la artesanía, industrias rurales y comunitarias, así como actividades tradicionales que estén relacionadas con la subsistencia de los pueblos; además de proporcionar la asistencia técnica y financiera (a petición de los pueblos).

Por último, en lo que interesa para este trabajo de investigación, el Convenio reconoce que los servicios de salud que se presten a los pueblos deben tener en cuenta sus medicamentos tradicionales y en la educación sus conocimientos.

5.3. Deber del Estado de garantizar la protección a los conocimientos tradicionales indígenas

Las comunidades indígenas como ya lo hemos abordado, son titulares de los conocimientos tradicionales que poseen; conocimientos que no solo ayudan al desarrollo de la comunidad y a su identidad sino también a la conservación, preservación, del medio ambiente que nos rodea; especialmente la protección de los recursos naturales, utilizados por todos para la preservación de la vida humana en el planeta.

En ese sentido, a través de los conocimientos se fortalece el ecosistema en el que vivimos, evitando que los recursos naturales no renovables, por el uso desmedido del ser humano, se agoten a una velocidad mayor de la que tendrían con el uso moderado, lo que pone en movimiento a la economía de nuestro país y la vida como la conocemos.

Aunado a lo anterior, los conocimientos tradicionales fortalecen la identidad de un pueblo, de una comunidad; la hacen única al resto de los demás, se abren horizontes a la diversidad cultural que ayudan a los pueblos a tener amplias visiones, oportunidades, crecimiento, mayor enfoque respecto de la vida, del mundo, de todo cuanto nos rodea.

Durante mucho tiempo se ha hablado de una nación unificada, en donde todos sean iguales, sin embargo dicha idea es errónea, pues la diversidad es lo que permite a una comunidad-pueblo-nación-estado ser único, tener competitividad frente a otros, reactivar su economía, cultura; permite apreciar de diferentes formas el mundo que nos rodea, así como cualquier contratiempo que se presente.

La importancia de los conocimientos tradicionales, tanto para las comunidades que los poseen como para el resto de la población, obliga al Estado ser partícipe de su protección; en una forma de fortalecer un desarrollo sustentable de los recursos que posee, como de la identidad de sus pueblos, ya que el conjunto de estos es lo que forman al Estado, al Estado mexicano.

CAPÍTULO III. Sistema jurídico mexicano de protección a los conocimientos tradicionales

1. Marco jurídico de los Estados Unidos Mexicanos

En México, como en la mayoría del resto del mundo, los conocimientos tradicionales son protegidos a través de la propiedad intelectual; es decir, derechos de autor, propiedad industrial como patentes, marcas, denominación de origen, etc.

En el ámbito internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual creó el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, encargado de llevar negociaciones para la creación de un mecanismo que sea efectivo para proteger los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y los recursos genéticos.

El término protección, implementado en la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, significa la utilización de las herramientas y principios de la propiedad intelectual para impedir el uso indebido o no autorizado de los conocimientos tradicionales por terceros.²⁴⁹

Dicha protección, en el ámbito de la propiedad intelectual, se articula en dos facetas; la primera es aquella llamada de prevención, constituida por una serie de medidas que ayudan a evitar que terceros adquieran derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales de los cuales son titulares las comunidades indígenas. La segunda faceta es la positiva, que constituye todos aquellos derechos de propiedad que las comunidades tienen para promover, utilizar y tener un beneficio

²⁴⁹ Publicación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2015, página 20, disponible en la siguiente página web: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf.

económico por la explotación de sus conocimientos tradicionales; aunque dichas medidas pueden no ser aplicables-reconocidas por otros países.

Sin embargo las medidas de protección a través de la propiedad intelectual no satisfacen las necesidades de las comunidades y pueblos indígenas que poseen conocimientos tradicionales; por ello, los Estados parte de la Organización -entre los que se encuentra México-, han hecho negociaciones con la finalidad de establecer un sistema *sui generis* que permita la satisfactoria protección de los conocimientos tradicionales.

México, en materia de propiedad intelectual cuenta con diversos instrumentos, tanto bilaterales como multilaterales, como son el Acta de Bruselas y Acta de Paris que completa la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas; el Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los Elementos Figurativos de las Marcas; Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes; Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional, y su Reglamento adoptado el 5 de octubre de 1976; Arreglo de Lisboa, relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional; Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales; Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas; Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Francesa para la Protección de los Derechos de Autor de las Obras Musicales de sus Nacionales; Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas; Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión; Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; Convención sobre Propiedad Literaria y Artística; Convención Universal sobre Derecho de Autor; Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; Acta de Revisión del Convenio de Paris para la Protección de la

Propiedad Industrial; Convenio de Propiedad Literaria, Científica y Artística; Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de Dinamarca para la Protección Mutua de las Obras de sus Autores, Compositores y Artistas; Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania para la Protección de los Derechos de Autor de las Obras Musicales de sus Nacionales; Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas; Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Modificaciones del Reglamento del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) por la Asamblea de la Unión Internacional de Cooperación en materia de Patentes (Unión PCT); Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los Fines del Procedimiento en materia de Patentes.; Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) y su Reglamento.; Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor; Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales.

Los derechos intelectuales se encuentran protegidos a través de los artículos 5 y 28 de la Constitución Federal, en los cuales se establece que no se considerarán monopolios los privilegios de exclusividad que, por determinado tiempo se concedan a las autores de obras o invenciones, así como a los perfeccionadores; y en el artículo 89, fracción XV del mismo ordenamiento establece la facultad del Poder Ejecutivo de conceder los privilegios exclusivos a inventores, descubridores y perfeccionadores en algún ramo de la industria; también se encuentra protegidos legalmente por la Ley Federal del Derecho de Autor y los Decretos que la reforman; Ley de la Propiedad Industrial y los Decretos que la reforman, adicionan o modifican así como la Ley Federal de Variedades Vegetales.

Las autoridades encargadas de su aplicación es el Poder Ejecutivo a través del Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual,²⁵⁰ organismo público descentralizado de la Secretaría de Economía con personalidad y patrimonio propio, que tiene como

²⁵⁰ Artículo 1° de la Ley de Propiedad Industrial.

objetivo principal el fomento y la protección de los derechos de propiedad industrial; también a través del Instituto Nacional del Derecho de Autor, organismo público desconcentrado de la Secretaría de Cultura, autoridad administrativa en materia de derechos de autor y conexos; la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, Secretaría de Estado que se encarga de administrar los recursos federales del desarrollo rural (pesca, medicina, alimento, etc.)

1.1 Propiedad Intelectual

La protección a la propiedad intelectual en nuestro país encuentra sus orígenes en la Real Orden del 20 de octubre de 1764, dictada por Carlos III, primera disposición española en la que se reconocen los derechos intelectuales sobre las obras literarias, la autorización de un tercero de reimpresión de la obra literaria siempre y cuando hubiera caído en el dominio público por falta de renovación; dicho sistema consideraba a la propiedad intelectual como propiedad común.

Posteriormente en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana –Constitución de Apatzingán- en su artículo 40, estableció la libertad de expresión y manifestación de ideas a través de la imprenta, siempre que no se contrapusiera con los dogmas, la estabilidad social y el honor de los ciudadanos.

En el Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Tepic y Baja California en 1871, se estableció un régimen específico para la propiedad intelectual, considerándola como propiedad exclusiva de por vida de su creador-titular por lo que se podía enajenar como cualquier propiedad.

Posteriormente, el Código Civil de 1884 fue el primer ordenamiento que realizó la separación entre derechos de autor y propiedad industrial, considerando a la primera como un bien mueble e hizo extensiva la protección del registro de traducciones y editores.

En la Constitución Política de 1917 se estableció que la manifestación de ideas no sería motivo de inquisición judicial o administrativa a menos de que alterara el orden público, la paz, la moral y vida privada de las personas; se otorgó a los titulares el derecho de explotación exclusiva de su creación durante un tiempo limitado en atención a la prohibición de monopolios.

Actualmente la fracción V, del artículo 3° de la Constitución Federal establece la obligación del Estado de apoyar la investigación científica y tecnológica, así como el fortalecimiento y difusión de la cultura; por su parte el artículo 5° constitucional se relaciona con la protección a la propiedad intelectual por garantizar la libertad de profesión, industria, comercio o trabajo, siempre y cuando sean lícitos.

De igual forma los artículos 25 y 26 constitucionales establecen la rectoría del Estado, garantizando las condiciones para el desenvolvimiento del sector privado en el desarrollo económico nacional, lo cual se encuentra ligado al progreso tecnológico, finalmente el artículo 28 del ordenamiento citado prohíbe los monopolios y prácticas monopólicas con excepción de los derechos de propiedad intelectual reconocidos a autores y artistas.

La propiedad intelectual se define como el conjunto de normas, prerrogativas, beneficios, que se establecen en favor de los autores y sus causahabientes por la creación de sus obras artísticas, industriales, comerciales y científicas.²⁵¹

Las razones por las cuales se considera de gran importancia proteger la propiedad intelectual son diversas, entre ellas, el desarrollo económico y cultural de la sociedad, donde el interés general y la creatividad se compaginan para satisfacer las necesidades de la sociedad; genera empleos; mejora la calidad de vida de las personas. La protección jurídica de la propiedad intelectual provoca que exista un reconocimiento y control al intelecto humano; es decir, se controla que las ideas de un individuo no sean alteradas ni robadas por otro sin su consentimiento, pues ello generaría pérdida de identidad y de beneficios materiales que la explotación de dicha creación produzca.

Para la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual, el concepto a definir se relaciona con las creaciones de la mente, como son las invenciones, obras literarias y artísticas, símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio. La propiedad intelectual se divide en dos categorías:

- La primera es la propiedad industrial, que abarca las patentes de invención, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas.
- La segunda es el derecho de autor, que protege las obras literarias -novelas, los poemas y las obras de teatro-, las películas, la música, las obras artísticas -dibujos, pinturas, fotografías y esculturas- y los diseños arquitectónicos. Los derechos conexos al derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los

²⁵¹ La importancia de la propiedad intelectual se reconoció por vez primera en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883), y en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886).

organismos de radiodifusión respecto de sus programas de radio y televisión.

1.1.1 Ramas de la propiedad intelectual

Como ya se dijo anteriormente, la propiedad intelectual abarca dos categorías: los derechos de autor, que satisface los sentimientos, estéticos, el conocimiento y la cultura; por ejemplo: las obras literarias, novelas, poemas, obras de teatro, fotografías, pinturas, etc.; y la propiedad industrial, actividad del intelecto humano en la búsqueda de soluciones concretas a problemas que surgen en la industria, comercio y/o servicios.

Los derechos de propiedad intelectual se asemejan a los de un derecho de propiedad, pues el autor, el titular de la patente, marca, etc., podrá beneficiarse de su creación de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la protección a los intereses morales y materiales de su creación.

1.1.1.1 Derechos de autor y sus características

Los antecedentes del derecho de autor en el sistema jurídico mexicano datan también desde la Orden Real del 20 de octubre de 1764, dictada por Carlos III –primera disposición en la legislación española que tomó en cuenta los derechos intelectuales sobre las obras literarias; el derecho de los autores de defender sus obras ante el

Santo Oficio de la Inquisición; adquirir una licencia para reimprimir un libro a quien deseaba solicitarla.

El Código Civil de 1928, en el artículo 1280 contemplaba, por primera vez, las disposiciones en materia de “derecho de autor” como federales y reglamentarias de los artículos 4° y 28 constitucional en materia de monopolios así como la libertad de trabajo.²⁵²

El 17 de octubre de 1939, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Reglamento para el Reconocimiento de Derechos Exclusivos de Autor, Traductor o Editor, en el que se hacía énfasis en la protección a los derechos de autor, refiriéndose necesariamente a una obra o creación.

En el año de 1947 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la primera Ley Federal sobre el Derecho de Autor, producto de la necesidad de homologar las normas nacionales con el Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor celebrada en Washington en junio de 1946, en la cual se precisa el derecho de los ejecutantes, cantantes declamadores sobre sus reproducciones fonéticas.

²⁵² Artículo 1280: Todas las disposiciones contenidas en este Título son federales, como reglamentarias de la parte relativa de los artículos 4° y 28 de la Constitución General.

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a títulos de protección de la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por tiempo determinado se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora. (...)

Artículo 4°. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará (sic) en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo, y las autoridades que han de expedirlo.

Pero fue hasta el año de 1996, en donde surge la actual Ley Federal sobre Derechos de Autor en donde se adopta la división doctrinal entre los derechos morales y patrimoniales,²⁵³ lo cual no se traduce en dos derechos sino en dos fases del mismo derecho; el derecho moral o personalísimo del autor está representado básicamente en la facultad exclusiva de crear, continuar o concluir la obra, de reproducción, explotación, uso, goce y disfrute de la misma; así como elegir intérpretes de la obra, ponerla o sacarla del comercio, es parte de la personalidad del autor que le permite – después de su muerte- seguir teniendo la titularidad de la obra y la obligación de las demás personas a no modificarla sin su consentimiento; mientras que el derecho patrimonial se refiere a la obtención de beneficios económicos por la explotación de dicha obra, lo cual contiene el derecho de publicación, reproducción, traducción, adaptación, ejecución y transmisión.

Las ideas que son plasmadas en la obra no necesariamente deben ser originales, sino la forma en la que se expresan. Las obras objeto de protección son categorizadas de conformidad con la Ley Federal de Derechos de Autor en cuatro:

- a) La primera se refiere al autor, el cual puede ser conocido, anónimas o seudónimas, es decir, la forma de divulgación de la obra con un nombre, firma o signo sin que se revele la identidad del autor.
- b) La segunda es según su comunicación: las obras pueden ser inéditas (que no se han divulgado) divulgadas y publicadas, la diferencia entre estas es que la divulgación consiste en dar a conocer al público la obra en cuestión, mientras que la publicación es la puesta a disposición de la obra al público para su explotación.
- c) Según su origen: son primigenias las que han sido creadas sin una preexistente o derivadas, las que resultan de la adaptación, traducción o transformación de una obra primigenia.

²⁵³ Artículo 11 de la Ley Federal sobre Derechos de Autor.

- d) De acuerdo a sus autores puede ser individuales, de colaboración cuando son diversos autores o colectivas –la participación de los autores se funde de tal manera que no es posible contribuir a una sola persona un derecho indiviso.

En la Ley Federal sobre Derechos de Autor prevé la protección a las obras desde el momento en el que se materializan independientemente de su expresión.

Respecto del derecho moral, es aquel que tiene el titular de la obra al reconocer su paternidad, a determinar su divulgación u oponerse a ello, exigir respeto de su obra, aprobar o no la modificación, supresión y su deformación.

Respecto del tema que nos interesa, la Ley Federal del Derecho de Autor, en sus artículos 157 al 161 establece un capítulo subtulado “De las Culturas Populares”, en dicho apartado se prevé la protección de las obras literarias, artísticas, lingüísticas del arte popular o artesanal, las manifestaciones primigenias de sus lenguas, usos, costumbres y tradiciones de la composición pluricultural del país, sin que en otra norma se especifique en qué consiste dicha protección de conformidad con la cosmovisión de las comunidades indígenas y etnias; pues de una interpretación sistemática se establecería que dicha protección se rige de la misma manera que una obra de una persona no pertenece al grupo indígena.

Sin embargo, la Ley limita la protección de las obras solo en contra de su deformación, el detrimento que pueda producir en la imagen o reputación de la comunidad o etnia a la que pertenecen; es decir, la legislación mexicana solo vela por que las obras creadas por las comunidades indígenas o étnicas no sean modificadas en perjuicio de dicha comunidad y no en beneficio de la misma, por ejemplo su explotación.

En el artículo 159 de la Ley establece la libertad de uso de las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal protegidas siempre y cuando no contravengan las disposiciones del capítulo en las que se encuentran establecidas, un uso libre, como si fueran obras del dominio público, haciendo la precisión que la ley reconoce la obligación de quien las use mencione la comunidad o etnia o la región de la República Mexicana de la que es propia.

Sin embargo dicho criterio, a nivel internacional se encuentra reconocido como una limitación o excepción de los actos de explotación, pues el uso libre refiere a la falta de obligación de compensar al titular de los derechos por el uso de la obra sin haber pedido permiso, es decir el Estado mexicano autoriza el libre uso de las obras de las comunidades indígenas sin que sea necesario entregarles una retribución o su autorización.

Si bien, la naturaleza de los derechos de autor es el reconocimiento de la creación de una obra, para las comunidades indígenas su creación significa mucho más, tiene una conexión con la parte espiritual, cultural, social, religiosa, en honor a sus ancestros, una identidad y pertenencia a la comunidad, al lugar en el que nacieron; por lo que más que el reconocimiento del derecho moral de la obra, se debe ser extremadamente cuidadoso con el uso de dichas obras, todo ello con la autorización de la comunidad en cuestión; es decir, el capítulo es escueto y no permite vislumbrar una regulación eficaz de las obras referidas.

Por último, la ley ordena, de forma muy general, al Instituto vigilar las disposiciones del capítulo de las culturas populares sin que en el Reglamento del mismo figure alguna regulación.

Ahora bien, los derechos patrimoniales permiten a los titulares de las obras protegidas, a través del sistema de derechos de autor, percibir una retribución económica por parte de terceros por su uso.

El titular del derecho patrimonial es el autor, titular original, heredero(s) o el causahabiente (titulados derivados) que hayan obtenido la titularidad de cualquier forma, los cuales recibirán regalías por la transmisión de la obra por cualquier medio. El titular tiene derecho, aparte de recibir regalías por la transmisión de las obras, autorizar u oponerse a lo siguiente:

- a) La representación, recitación y ejecución pública.
- b) Exhibición de la obra.
- c) Acceso al público.
- d) La transmisión pública en cualquier modalidad.
- e) Distribución de la obra.

Los derechos patrimoniales tienen vigencia durante la vida del autor y 100 más, protección que es más amplia que el Convenio de Berna, en el artículo 7.1, toda vez que en este se establece una protección del derecho patrimonial durante la vida del autor, pero 50 años solamente después de su muerte, por lo que el Convenio establece una protección más amplia al autor respecto de su obra.

El titular puede transferir sus derechos patrimoniales, puede ser temporal, onerosa y por escrito; el titular tendrá derecho a que se le otorgue una proporción de los ingresos por la explotación de la obra (derecho irrenunciable); y todos los actos que se realicen deben ser inscritos en el Registro Público del Derecho de Autor para que tengan efectos contra terceros.

Los derechos patrimoniales, a falta de estipulación expresa, será de 5 años y no se podrá pactar más de 15 años, si es que así lo permite la naturaleza de la obra; no son embargables aunque pueden ser objeto de embargo o prenda los frutos y productos que se deriven de su ejercicio.

1.1.1.2 Propiedad Industrial

La primera ley en materia de propiedad intelectual que rigió en México fue el Decreto XLIII expedido por las Cortes Españolas el 2 de octubre de 1820, cuyo nombre era “Asegurando el derecho de propiedad a los que inventen, perfeccionen o introduzcan algún ramo de la industria”, en donde los títulos de propiedad eran llamados “certificados de invención” con duración de 10 años.

Posteriormente, se expidieron otras leyes pero no fue hasta el 25 de marzo de 1903 que se publicó la Ley de Patentes de Invención, la cual introdujo la protección de la propiedad industrial, los modelos y dibujos industriales; se fijó un plazo de protección de la patente por 20 años prorrogable por 5 más.

Después de ello, se expidieron las Leyes de Patentes de Invención del 26 de junio de 1928 y principalmente la del 31 de diciembre de 1942, en donde oficialmente se codificaron todas las disposiciones referentes a patentes de invención, de modelo y de dibujo industrial, nombres comerciales, avisos, marcas y competencia desleal.

Por último, después de varias reformas se emitió la Ley de la Propiedad Industrial, el 27 de junio de 1991, vigente, que tiene por objeto fomentar y promover la actividad inventiva, así como establecer las bases para un adecuado desarrollo.

1.1.1.2.1 Patente de invención

Las patentes tienen un origen incierto, se dice que siglos antes de Cristo, en la antigua Grecia, se realizaban competencias culinarias, donde el cocinero con el mejor platillo se le otorgaba el derecho exclusivo de prepararlo durante un año.

En el año de 1427 en Florencia, se le otorgó el reconocimiento a Filippo Brunelleschi,²⁵⁴ por un periodo de 3 años sobre un barco provisto de elevadores de carga y en 1443 se concedió por 20 años a Antonio Marín, también en Venecia, el privilegio de explotar en forma exclusiva molinos que no requerían de fuerza hidráulica.²⁵⁵

El primer antecedente legal con el que se cuenta es el Estatuto de Venecia de 1474, la primera ley de patentes en el mundo creada con la finalidad de proteger y fomentar la tecnología, Estatuto que establecía la obligación de los habitantes de Venecia a registrar cualquier artificio nuevo e ingenioso que fuese posible usarlo y aplicarlo.

En el año 1623, se emitió el Estatuto de Monopolios de Gran Bretaña, aprobado por el Parlamento en 1623, en el que se prohibió la creación de monopolios.

La primera ley que rigió a México en materia de patentes de invención fue el decreto expedido por las Cortes Españolas el 2 de octubre de 1820, el título del

²⁵⁴ El más notable reconocido arquitecto del Renacimiento.

²⁵⁵ Organización Mundial de la Propiedad; Ministerio de Economía de Guatemala; Seminario de la OMPI sobre la protección legal de las invenciones y los diseños industriales para los países del Itsmo Centroamericano; Ciudad de Guatemala, 17 a 19 de septiembre de 1997. Condiciones Básicas para la Protección Legal de las Invenciones y el Derecho de la Patente.

inventor no se llamaba patente, sino certificado de invención, el cual tenía fuerza y vigor durante 10 años, como ya se había referido.

Posteriormente, la Ley de 7 de mayo de 1832, estableció el privilegio exclusivo a los inventores de algún ramo de la industria, la cual tenía vigencia por 10 años. La Ley de patentes de Invención expedida el 25 de agosto de 1903, fijó a las patentes un plazo de 20 años, susceptibles de ser prorrogados por 5 años más, esta ley incorporó por primera vez las patentes de modelos y dibujos industriales.

La Ley de Patentes de Invención de 26 de junio de 1928, previó las patentes de invención hasta 20 años como máximo sin prórroga y para las de modelo o dibujo industrial de 10 años.

Ley de la propiedad Industrial de 31 de diciembre de 1942, estableció las patentes de invención con un plazo improrrogable de 15 y 10 años para las patentes de modelo o dibujo industrial. Esta ley codificó las disposiciones relativas a patentes de invención, patentes de modelo y dibujo industrial, marcas, avisos, nombres comerciales y competencia desleal.

Las patentes son un reconocimiento de la sociedad al inventor de su derecho sobre aquel descubrimiento basado en un interés social, para la satisfacción de alguna necesidad humana, por lo que el Estado estimula el incremento de la investigación y desarrollo de nuevas invenciones que el inventor puede explotar durante un plazo de 20 años, con la finalidad de que este continúe invirtiendo sus conocimientos y recursos para el desarrollo de la tecnología, lo que incide en el crecimiento del país.

Las patentes son derechos que el inventor tiene sobre su invención, de tener el control absoluto de la misma por un tiempo determinado, constituyen un incentivo

respecto a la creatividad del ser humano y le dan la posibilidad de obtener una recompensa material. Las patentes son consideradas como un incentivo a la creatividad humana que ayuda a mejorar la calidad de vida.

Las patentes constituyen un derecho del inventor para proteger su obra y tener el uso-explotación exclusivo por un periodo improrrogable de 20 años; así como de autorizar o no para poder fabricar, usar, vender, distribuir la invención con fines comerciales, es decir, el inventor tiene el derecho a reclamar daños y perjuicios por el uso no autorizado de su invención.

Aunado a lo anterior, los derechos del inventor también refieren a conceder a terceros la titularidad de la explotación, uso, y/o distribución de la invención, por tiempo determinado, dependiendo de las legislaciones locales, en el caso del Estado mexicano, se trata de 20 años improrrogables de explotación, los cuales empiezan a contar a partir de la presentación de la solicitud,²⁵⁶ después del lapso indicado, la información de la patente se hace del conocimiento del público en general.

Las patentes solo tienen vigencia en el territorio del país en donde se otorgaron de conformidad con sus leyes y normas, sin embargo, los Estados sostuvieron el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, con la finalidad de que, a través de una solicitud internacional presentada en la Oficina Receptora, pueda reconocerse la patente en todos los países contratantes, con la fecha de presentación en cada Estado designado, como si hubiera sido presentada en el nacional.²⁵⁷ Dicho Tratado fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994.

²⁵⁶ Artículo 23 de la Ley de Propiedad Industrial.

²⁵⁷ Artículo 11 Tratado de Cooperación en Materia de Patentes.

Ahora bien, para obtener una patente se deben satisfacer las siguientes características:

- a) Novedad.- Que no forme parte de los conocimientos existentes en su ámbito técnico, llamado “estado de la técnica”. Son incluidas en el estado de la técnica todas las solicitudes realizadas con anterioridad a la presentada en el Estado mexicano.
- b) Actividad inventiva.- Significa que la invención no debe ser deducida por alguna persona con el mismo nivel técnico que del inventor, es decir, que no sea evidente.
- c) Aplicación industrial.- Ser útil en fines comerciales e industriales.
- d) Deber ser susceptible de patentarse.- En el caso de nuestro país, no son patentables:
 - Los procesos esencialmente biológicos para la producción, reproducción y propagación de plantas y animales;
 - El material biológico y genético tal como se encuentran en la naturaleza;
 - Las razas animales.
 - El cuerpo humano y las partes vivas que lo componen.
 - Las variedades vegetales.
 - Los principios teóricos o científicos, descubrimientos que ya existían en la naturaleza aunque no son conocidos para el hombre.

Ahora bien, respecto de las patentes registradas por terceros sobre conocimientos tradicionales, un ejemplo de ello es el Instituto Mexicano del Seguro Social, titular de la patente 278877, denominada “Uso del compuesto Galphimina-B en la composición farmacéutica para los padecimientos del sistema nervioso central”. Tras años de investigación por parte del Instituto junto con el apoyo de la Universidad Autónoma de Chapingo, se descubrió las propiedades curativas que tiene la planta (también llamada árnica roja) para el sistema nervioso y con el apoyo de la Universidad Nacional Autónoma de México se creó la fórmula química del compuesto activo de la planta.

De conformidad con el Atlas de las plantas de la Medicina Tradicional Mexicana de la Universidad Nacional Autónoma de México, la Galphimia es una planta originaria de México que habita en climas semicálidos y templados, importante para los habitantes del estado de Morelos, para la cura de heridas, granos, etc.; para ello el mismo Atlas narra la forma en que se debe preparar para obtener dichos beneficios, pues precisa que se hierven las hojas y el tallo, con el agua resultante se lava la zona afectada, además de que se aplica la cáscara seca y molida; también se utiliza para dolores entuertos, rasgaduras por posparto, por lo que se debe cocer toda la planta, la cual se administra vía oral o vía externa a través de lavados (baños después del parto).

Respecto de lo anterior, Francisco Hernández de Toledo²⁵⁸ en el siglo XVI, se refirió a dicha planta como antidiarreico, anti disentérico, antipalúdico, como remedio de gastroenteritis y para fortalecer a las que acababan de parir. Además Maximino Martínez y Martínez²⁵⁹ de igual forma refirió que la planta era un anti blenorragico, emoliente y para las heridas.

Por lo anterior, se puede advertir que dicha planta existía antes de la conquista, de la llegada de los españoles, no solo su existencia sino también los beneficios curativos que tenía; si bien no estaban del todo desarrollados por la ciencia, sí se poseía dicho conocimiento; lo cual no fue reconocido por el Instituto Mexicano del Seguro Social, al considerar a foja 2 del expediente de la patente otorgada, que si bien la planta era utilizada “en la medicina tradicional” en el estado de Guanajuato, como “remedio tranquilizante y para los ataques”, la forma de preparación utilizada por el terapeuta de la medicina tradicional y su indicación era empírica “no permite utilizar el recurso con la efectividad necesaria”. Por lo que a su consideración no era posible la incorporación en la medicina oficial, su registro como medicamento herbolario ni su aplicación industrial”.

²⁵⁸ Quien hizo un estudio exhaustivo en la Nueva España de las plantas que se tenían como curativas, sus prácticas medicinales y realizó estudios arqueológicos.

²⁵⁹ Botánico mexicano reconocido.

La sustancia activa con la que fue creado el medicamento por el cual se le otorgó la patente al IMSS, es el compuesto puro G-B, que comprende la Galphimia glauca y no del extracto estandarizado que se obtiene a partir de la materia prima vegetal sometida a procedimientos físicos y químicos de secado, molido, extracción, separación y medición de los principios activos que permite manejar la dosificación y posología necesaria. El G-B produce un efecto inhibitorio.

Lo anterior evidencia el problema grave que se encuentran las comunidades y pueblos indígenas con el robo de sus conocimientos tradiciones, respecto de todos los ámbitos específicamente en la herbolaria, en donde no existe un pre-registro o un análisis profundo de la pertenencia de dicho conocimiento, para que sea dicho pueblo y comunidad que reciba beneficios de lo que por muchos años, a través de la observación y de un método empírico han descubierto; pues dicho conocimiento ayudó a que el Instituto realizara estudios científicos a la planta y extrajeran de forma auténtica la “sustancia activa” por medio de la cual ayuda a la sanación de las enfermedades ya precisadas, medicamento del cual se obtendrán muchos beneficios económicos y culturales, de los cuales no serán partícipes las comunidades que obtuvieron la información antes que los científicos mencionados.

1.1.1.2.2 Marca

Las marcas son signos perceptibles a los sentidos, que permiten diferenciar productos o servicios de una empresa de las demás. Las marcas pueden consistir en palabras, letras, números, dibujos, logotipos, etiquetas o la combinación de estos elementos, lemas publicitarios, que son leyendas o combinación de palabras a llamar la atención del público sobre productos o servicios determinados con el fin de popularizarlos,²⁶⁰ en la Ley de Propiedad Industrial son denominados como avisos

²⁶⁰ Ley No. 203 de marcas y otros signos distintivos, de fecha 24 de diciembre de 1999 y la Resolución No. 63/2000 Reglamento del Decreto-Ley No. 203, de fecha 22 de mayo del 2000.

comerciales, los cuales deben ser registrados para poder tener el derecho exclusivo de usarlo, en los mismos términos de una marca.

En nuestro país se da una protección amplia a las marcas, pues se consideran como tal, aparte de las denominaciones, letras, números, y demás signos mencionados en el párrafo anterior, las formas tridimensionales; los nombres comerciales, denominaciones o razones sociales; el nombre propio de una persona física siempre que no se confunda con una marca registrada o nombre comercial publicado, la pluralidad de elementos operativos; los olores y sonidos.²⁶¹

Las marcas tienen como finalidad identificar el producto de una empresa ya sea un bien o servicio y distinguirlo de los demás que sean similares o idénticos puestos en el comercio, pues los consumidores satisfechos con un producto es más probable que vuelva a comprarlo, por lo que resulta necesario distinguirlo de los demás.

De igual forma las marcas permiten diferenciar a una empresa de otra; ayudan al desarrollo y comercialización de los productos, a su imagen y reputación, lo que crea una confianza en el consumidor y tiene como efecto volver a consumirlo, lo que ayuda a potencializar a dicha empresa, pues dichos consumidores están dispuestos a pagar más por un producto que cumple sus expectativas.

La forma mediante la cual se protege una marca es a través del registro ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual, ya que dicho registro otorga el derecho exclusivo²⁶² del uso de la marca, impidiendo que se comercialicen productos idénticos o similares con la misma marca o una similar que pueda crear confusión, lo que puede provocar que el consumidor compre un producto de la competencia y se vean

²⁶¹ Artículo 89 de la Ley de Propiedad Industrial.

²⁶² Artículo 87 de la Ley de Propiedad Industrial.

mergadas las ganancias de la empresa, se daña la reputación e imagen del producto especialmente de los bienes y servicios que son de menor calidad.

Respecto a lo que no se puede registrar como marcas son aquellos nombres que se han utilizado de manera común a las cosas, formas tridimensionales que sean del dominio público o su uso sea común, hologramas del dominio público, los signos descriptivos de los bienes o servicios que se pretenden distinguir, letras-dígitos o colores aislados, la traducción de una palabra, signos que imiten símbolos patrios de un país o algún otro signo de una organización internacional; signo que pretenda reproducir cualquier modo de pago nacional o extranjero; zonas geográficas; mapas; indicaciones geográficas; y todo aquello que sea similar o idéntico a marcas ya registradas.

Por lo anterior, se advierte que las marcas registradas no pueden ser utilizadas por terceras personas de manera similar o idéntica sin previo consentimiento del titular a través de licencias-franquicias, de lo anterior se aplicarán las multas previstas en la ley y se puede demandar jurisdiccionalmente al tercero que hizo uso indebido de dicha marca por supresión de esta o por el grado de similitud que guarda sobre la misma.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 92 de la Ley de Propiedad Industrial, en nuestro país el uso de una marca es fundamental para determinar la prelación del derecho al registro cuando existe conflicto entre dos comerciantes que utilizaron la misma marca o una similar, para determinados bienes o servicios; pues prevé el derecho del comerciante que de buena fe, utilizó la marca en el territorio nacional de manera ininterrumpida con anterioridad, puede solicitar el registro de la marca durante los tres primeros años en los que se otorgó el registro marcario a la competencia, obteniendo plenamente la nulidad de dicho registro marcario.

El artículo 93 de la Ley de Propiedad Industrial establece que las marcas se registrarán de conformidad con la clasificación prevista en el Reglamento de dicha Ley; de ese modo, el artículo 59 del Reglamento establece que dicha clasificación será la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas (mejor conocido como la clasificación Niza); arreglo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de abril de 2001.

Por otro lado, en el país se protegen y reconocen marcas colectivas, definidas como signos que permiten distinguir el origen geográfico, material, modo de fabricación y otras características de los productos o servicios a distinguir. Las marcas colectivas se utilizan regularmente para promocionar productos característicos de una región del país, lo que produce un desarrollo local; pues las marcas colectivas ayudan a combatir las desventajas comerciales como puede ser el tamaño de la empresa o de aislamiento; de igual forma mejora el reconocimiento de esos productos, que pueden ser solicitadas por asociaciones, sociedades de productores, fabricantes, o comerciantes de productos, siempre que los miembros poseen características similares entre ellos así como en los productos o servicios.

Una de las características fundamentales de la marca colectiva es que no puede ser transmitida a terceras personas pues su uso es reservado a los integrantes de la asociación, lo cual evidencia que no es un medio idóneo por el cual las comunidades indígenas puedan proteger sus conocimientos tradicionales; en primer lugar no constituyen una empresa con fines lucrativos sino la finalidad de dichos conocimientos principalmente son para auto-sustento y en segundo término, la marca colectiva registrada solo sería de las personas que fuesen a registrarla y no así del pueblo a través de las generaciones, característica fundamental de los conocimientos tradicionales indígenas.

Otra de las modalidades de marcas que protege el Estado mexicano son las marcas de certificación que son todos aquellos signos que distinguen a productos y servicios cuyas cualidades han sido certificadas por su titular, es decir, dichas marcas pueden ser utilizadas por aquellas empresas de servicios o productos que cumplen con requisitos definidos, sin que exista una pertenencia a alguna agrupación o entidad, una de las diferencias fundamentales entre la marca colectiva y de certificación es que la primera solo puede ser utilizada por la empresa o agrupación titular de dicha marca y la segunda pueden ser utilizadas por cualquiera que cumpla los requisitos exigidos.

Las características que se pueden registrar son los componentes de los productos, las condiciones en las cuales los productos han sido elaborados o los servicios prestados, calidad, procesos y el origen geográfico de los mismos; un ejemplo de dicha marca es Woolmark, que certifica que cualquier producto que lleve dicha marca está compuesto 100% de lana virgen.

Las marcas de certificación pueden estar conformadas por el nombre de la zona geográfica al identificar un producto como originario, ya que este debe contener características imputables fundamentalmente a su origen geográfico. La Ley de Propiedad Industrial establece que las indicaciones geográficas nacionales protegidas como marcas de certificación, los bienes pertenecerán al dominio del poder público federal.

Las marcas de certificación no son objeto de licencia pues su uso es exclusivo de aquellos que cumplan los requisitos, es decir, el titular de la marca autorizará su uso a aquellos productos que cumplan con los requisitos preestablecidos.

Por las características dadas en una marca de certificación, las comunidades indígenas no pueden proteger de manera adecuada sus conocimientos tradicionales, ya que, el uso de la marca de certificación puede ser utilizada por cualquier producto

o servicio que cumpla los requisitos, lo cual distorsiona el sentido de la protección a los conocimientos tradicionales, que es la identidad cultural, que dichos conocimientos sean identificados por el resto de la sociedad como pertenecientes a una cultura, historia, a un grupo que ha trascendido en el tiempo y no como una empresa que se desarrolla y crece dado a la calidad de un producto o su modo de producción.

La Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas ha registrado dos marcas mixtas, la primera “Manos Indígenas, Calidad Mexicana”²⁶³ que representa un sello distintivo de calidad que refleja el esfuerzo, identidad de artesanos y productores indígenas en México; mientras que “Paraísos Indígenas”²⁶⁴ refiere a los sitios turísticos de valor histórico, cultural bajo el resguardo de comunidades indígenas. Si bien es cierto que dichas marcas ayudan al crecimiento de los artesanos y productores, ello no revela un crecimiento como comunidad indígena; pues el primer obstáculo es la titularidad de la Comisión de dichas marcas, pues no son directamente aquellos pueblos indígenas que controlan la misma, sino un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal,²⁶⁵ ejemplo claro de un paternalismo del Estado hacia cuestiones de los pueblos indígenas.

1.1.1.2.3 Denominación de Origen e Indicaciones Geográficas

Las denominaciones de origen son un signo distintivo con el cual se reconoce a un producto característico de una determinada región, ligado con la tradición de un pueblo, que a través de las condiciones geográficas y los recursos naturales adquiere características únicas; factores naturales como el clima, suelo, minerales, agua, y el factor humano como es la forma de elaboración.

²⁶³ Fecha de concesión: 25 de agosto de 2017.

²⁶⁴ Fecha de concesión: 8 de julio de 2015.

²⁶⁵ Artículo 1° del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Las condiciones para una denominación de origen son:

- a) Un producto de características únicas o calidad especial que lo individualizan entre los productos de la misma especie.
- b) Cualidades o propiedades especiales derivadas de factores naturales o humanos.
- c) El producto se identifique o designe con el nombre del lugar en el que se produce.

La protección a la denominación de origen se inicia con la declaratoria del Instituto mencionado; es necesario la creación de una Norma Oficial Mexicana que regule las características especiales que debe de cumplir el producto protegido a través de la denominación de origen y un órgano que verifique el cumplimiento de dicha norma, el cual es denominado “consejo regulador”.²⁶⁶

Las consecuencias de la protección a un producto a través de la denominación de origen consisten en reconocer la existencia legal de esta, reprimir la competencia desleal, impedir su uso no, cuyo uso solo le es permitido aquellos productores autorizados en beneficio de los consumidores, así evitando engaños.

La denominación de origen conserva y promueve los recursos locales, ayuda al desarrollo de tecnologías viables para una producción sustentable, genera capital humano capacitado para la producción de productos calificados y a su vez enseñará las técnicas a las nuevas generaciones.

²⁶⁶ Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; Orgullo de México, Denominaciones de Origen; Editorial Paz México, 2016; p. 222 222 ISBN 978-607-95394- 3-6. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/104879/DO_Orgullo_de_Mexico.pdf

Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas son bienes del dominio del poder público de la federación y solo pueden usarse mediante la autorización que expida el Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual; es decir al considerarse del dominio público del Estado se requiere su autorización.

En México existen 16 denominaciones de origen protegidas, chile Yahuallica, Tequila, Mezcal, Olinalá, Talavera, Bacanora, Ámbar de Chiapas, Café Veracruz, Sotol, Café Chiapas, Charanda, Mango Ataúlfo del Soconusco Chiapas, Vainilla de Papantla, Chile Habanero de la Península de Yucatán, Arroz del estado de Morelos y Cacao Grijalva.

Para nuestro trabajo de investigación llama la atención dos de estas denominaciones de origen, la primera es Olinalá, pues dicha denominación es aplicada a la artesanía en madera laqueado en materia prima del Municipio de Olinalá, Guerrero; la madera proviene del árbol lináloe, el cual una vez talado, se trata para evitar el daño por polillas o larvas, las hendiduras naturales son lijadas y resanadas para después ser barnizadas con una mezcla hecha de aceite de linaza con chía, tierra blanca y tierra tecoztle. Terminado esto se determina el color del objeto, en la base es un color negro.

Dicha técnica es originaria e importante para el pueblo prehispánico Olinalá; técnica que el Estado la hizo denominación de origen, por lo que este autoriza a terceros su uso para la reproducción del producto; cuestión que transgrede los derechos del pueblo indígena sobre la titularidad de su creación, pues como se ha determinado, no solo se busca un reconocimiento económico por la reproducción, venta distribución, etc., de productos indígenas sino también la permanencia de la identidad cultural; aquello que los distingue del resto de las comunidades.

De igual forma, el cacao Grijalva de Tabasco, si bien el producto en sí no es originario de una comunidad indígena, sin embargo posee conocimientos tradicionales indígenas para su elaboración, pues el grano sigue un proceso de fermentación ancestral utilizado en dicha región; que sin dicho proceso no podría ser el Cacao de Gilvaja como es conocido, por lo que se advierte que el Estado lejos de proteger los conocimientos tradicionales de las comunidades y pueblos indígenas crea un paternalismo que provoca la desintegración de dichas comunidades, pues el proceso de fermentación los identifica como comunidad y ahora puede ser utilizado por cualquiera que cuente con autorización estatal.

El Estado debe dejar de tomar esa posición paternalista con las comunidades pueblos indígenas y empezar realmente a apoyarlos a crecer y proteger sus tradiciones, cultura, sistemas de organización, etc. Con la finalidad de que realmente sean protegidos por el Estado, para que en plena libertad se puedan desarrollar.

Un claro ejemplo de lo anterior, ocurrió en el Estado de Perú en el caso de la Chirimoya de Cumbre en 1997, Matildo Pérez, integrante de la comunidad de aldeas en las alturas de la Región de Lima, quien decidió, a título personal, registrar la marca Cumbe ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú; sin embargo dicha solicitud fue denegada por dicho Instituto pues un nombre colectivo no podía ser otorgado a una sola persona.

Posteriormente Matildo regresó con un poder notarial en el que se acreditaba que la comunidad lo facultaba a solicitar en su representación, el registro de la marca “Cumbe”, sin embargo, agentes del Instituto les explicaron a él y a los demás integrantes de la comunidad que se presentaron a la entrevista, que “Chirimoya Cumbe” era una denominación de origen, protegida por el Estado; a lo cual se negaron los integrantes de la misma, haciendo hincapié que el Estado era el titular de las

denominaciones de origen y no quería pedirle permiso para utilizar la marca pues ellos habían trabajado desde sus antepasados con la misma.

Después de buscar varias soluciones, el INDECOPI sugirió que se registrara a través de una marca colectiva, cuyo titular sería el pueblo Cumbe y se utilizarían las normas que ellos establecieran.

En el año 2004, se promulgó la Ley que permitía el establecimiento de consejos reguladores para la gestión de denominaciones de origen, con lo que el pueblo de Santo Toribio de Cumbe creyó tendría más participación en las denominaciones de origen; sin embargo, en el 2007, el pueblo presentó una solicitud de denominación de origen, la cual ha estado pausada por discrepancias entre las autoridades del pueblo y los productores.

Lo anterior es un ejemplo claro de la intromisión del Estado en asuntos que van más allá de la producción de un producto regional, pues el mismo contiene valores, tradiciones, conocimientos que no le pertenecen al mismo, sino a las comunidades y pueblos que lo han trabajado desde generaciones anteriores.

1.1.2 Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR)

El Instituto Nacional del Derecho de Autor es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Cultura que tiene como funciones²⁶⁷ proteger y fomentar el derecho de autor; promover la creación de obras literarias y artísticas, llevar el Registro Público del Derecho de Autor; mantener actualizado su acervo

²⁶⁷ Artículo 209 de la Ley de Derechos de Autor.

histórico, promover la cooperación internacional y el intercambio con instituciones encargadas del registro, protección del derecho de autor y derechos conexos.

Aunado a lo anterior, el Instituto tiene facultades²⁶⁸ para:

I. Realizar investigaciones respecto de presuntas infracciones administrativas, llevar a cabo visitas de inspección, requerir informes y datos.

II. Solicitar a las autoridades competentes la práctica de visitas de inspección.

III. Ordenar y ejecutar los actos provisionales para prevenir o terminar con la violación al derecho de autor y derechos conexos.

IV. Imponer las sanciones administrativas que sean procedentes.

V. Imponer las tarifas del pago de regalías, a solicitud de las sociedades de gestión colectiva o el usuario. Para ello tomará en cuenta los usos y costumbres en el ramo de que se trate y las tarifas aplicadas en otro país.

VI. Proteger el derecho de autor y los derechos conexos, de conformidad con la legislación nacional, Constitución Federal y los Tratados en la materia.

VI. Promover la creación de obras del ingenio mediante la realización de concursos, certámenes o exposiciones y el otorgamiento de premios y reconocimientos que estimulen la actividad creadora de los autores.

VII. Promover la cooperación internacional.

VIII. Llevar, vigilar y conservar el Registro; así como el acervo cultural depositado.

IX. Coordinar con las diversas instituciones públicas y privadas, nacionales, extranjeras e internacionales, acciones que tengan por objeto el fomento y protección de los derechos de autor y de los derechos conexos, el auspicio y desarrollo de creaciones culturales, así como la difusión de las culturas populares.

X. Difundir las obras de arte popular y artesanal; entre otras.

²⁶⁸ Artículo 210 de la Ley de Derechos de Autor.

De lo anterior, se advierte que el Instituto Nacional del Derecho de Autor, es el encargado de proteger y salvaguardar los derechos de autor como conexos, es uno de los promotores de difundir la cultura a través de las obras registradas, por lo que al registrar una obra, no solo se capturan datos para ser oponibles a terceros derechos morales y patrimoniales, sino también se protege la cultura, el idioma y su interpretación.

1.1.2.1 Consideraciones del Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual (IMPI) respecto a los conocimientos tradicionales

De conformidad con una exhaustiva búsqueda de registros realizados por el Instituto respecto a conocimientos tradicionales de las comunidades nos encontramos con diversos casos que nos parecieron interesantes.

El primero es el registro de la marca “Café Indígena” cuyo titular es “El Café de Nuestra Tierra, A.C.”, la cual en su estatuto establece que el objeto de su constitución será promover el café de los productores indígenas y el café orgánico; recuperar y documentar²⁶⁹los conocimientos, historia, procesos productivos, usos y costumbres relacionados con la cafecultura en cualquier espacio que sea medio de expresión y de intercambio de manifestaciones culturales para fortalecer la identidad de los productores; actividad que puede poner en riesgo a las comunidades indígenas cafetaleras, pues lo que dicha Asociación puede llegar a hacer es exponer a las comunidades a un robo de los conocimientos implementados para la producción del café, el cual aparte de darle ingresos económicos (utilizarlo de forma exclusiva)

²⁶⁹ Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; expediente MA/M/1985/0356033; Marca: “Café Indígena”; fecha de presentación: 30 de noviembre de 1998, <https://vidoc.impi.gob.mx/visor?usr=SIGA&texp=SI&tdoc=E&id=MA%2fE%2fM%2f1985%2f0356033>.

también pierde identidad, pues no se lleva a cabo un proceso de consulta a los pueblos indígenas para saber si es su voluntad hacer público el conocimiento adquirido por años; pues se piensa que todo pertenece a una cultura mexicana, cuando dicha perspectiva es errónea.

Otra de las marcas registradas es “La Reyna Nichin”²⁷⁰ la cual se utiliza para comercializar café, cacao, sudáceos de café, miel y salsas; siendo el titular la sociedad “Indígena Tzotzil de Chalchihuiatan, Chiapas, S. C. de R. L. de C.V., municipio en el que según el INEGI, el 99.6 % de los habitantes hablan la lengua indígena, y el 78% de dicha población no habla el español. De la acta constitutiva de la Sociedad se puede advertir que todos los socios de la misma, residen en dicho municipio; si bien es cierto que en la solicitud de la marca o en el acta constitutiva se menciona a la creación de la sociedad como parte de la comunidad indígena, los integrantes de la misma, por los porcentajes de la información recabada por el INEGI se puede deducir que los socios pertenecen a una comunidad indígena o hablan su lengua nativa.²⁷¹

Por otro lado, los artesanos del Municipio de Tecozautla del estado de Hidalgo se unieron el 18 de diciembre de 2014, con el objetivo de crear “Thendi artesanía de Tecozautla, S.A. de C.V.” y así poder proteger, preservar, fomentar y difundir el producto de artesanías realizadas con fibras naturales a través de la técnica del tejido indígena característico de la región del municipio aducido, y su comercialización; todo ello a través de la marca colectiva “Thendi artesanía de Tecozautla” registrada ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, el 6 de julio de 2015.²⁷² Dicha sociedad

²⁷⁰ Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; expediente MA/E/2004/0133077; Signo Distintivo: “La Reyna Ninchin”; fecha de presentación: 5 de octubre de 2004, <https://vidoc.impi.gob.mx/visor?usr=SIGA&txp=SI&tdoc=E&id=MA%2fE%2fM%2f1985%2f0670218>.

²⁷¹ INEGI, Principales resultados; Encuesta Intercensal 2015; página 74 y 75. http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/especiales/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf.

²⁷² Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; expediente MA/E/2015/0071900, Marca: “THENDI Tejido Indígena Tecozautla”; fecha de presentación: 8 de abril de 2015, <https://vidoc.impi.gob.mx/visor?usr=SIGA&txp=SI&tdoc=E&id=MA%2fE%2fM%2f1985%2f1597194>.

se encarga de verificar el cumplimiento del Manual de Uso de Thendi Tejido Indígena Tecozautla, de los artesanos y artesanas del municipio.

El último expediente revisado fue la patente otorgada a Yang Yun Ha, coreano que llevaba viviendo 9 años en México y que solicitó al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial la patente del proceso mediante el cual se elabora la bebida alcohólica con nopal y/o tuna sin el uso de tratamiento térmico. El objetivo del método es crear una bebida alcohólica con nopal y/o tuna, xoconostle y un alcohol derivado de diversas bebidas alcohólicas, en donde las frutas mantienen sus propiedades, sin que se emplee un proceso de fermentación.

Dicho tratamiento consiste en:

- a) Seleccionar la fruta fresca y sana de nopal o tuna (descarada). El procedimiento se caracteriza porque se retira la cáscara de la tuna y la fruta puede ser xoconostle.
- b) Desinfectar dicha fruta aplicando luz violeta por un tiempo de una a seis horas.
- c) Seleccionar una bebida alcohólica del grupo de Tequila, Mezcal, Aguardiente de Caña y Soju.
- d) Mezclar de 120 a 600 granos de materia prima con 700 a 900 mililitros de bebida alcohólica seleccionada en un envase de vidrio de tres litros.
- e) Cerrar herméticamente y dejar reposar un mes; producto sin fermentación ni pasteurización, no se le adicionan químicos o microorganismos.

Dicha invención llama la atención en razón de que el titular en su solicitud, al momento de describir el método utilizado para la invención, expresó que el producto resulta de una bebida alcohólica tradicional-prehispánica. Si bien es cierto que durante el procedimiento de creación se utilizaron diversos métodos tecnológicos, como es la desinfección de las frutas; sí reconoce que su invención está basada en conocimientos

tradicionales; cuestión que pasó por alto el Instituto y aun así le otorgó la patente; además no se advierte que el Instituto haya pedido la explicación del origen de la invención, no hubo un análisis profundo de la obtención del conocimiento aplicado, lo cual pone en riesgo los conocimientos de las comunidades indígenas por un posible empleo de ellos sin autorización de la comunidad y sin recibir los beneficios correspondientes.

De la investigación anterior, se puede advertir en realidad son escasos los casos en los que una comunidad o un grupo indígena se apoya en los mecanismos de protección de propiedad intelectual preestablecidos para conseguir la protección de alguna creación de la comunidad, pues dicho mecanismo contiene deficiencias que hace poco útil la protección a sus creaciones y hay más casos en los que se presenta el robo de los conocimientos tradicionales, sin que se reconozca la paternidad de los mismos y sin recibir los beneficios económicos a los que tienen derecho.

1.1.3 Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore

El Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, creado en el año 2000, como respuesta a la necesidad de debatir las consultas que el Director General de la OMPI había recabado sobre los recursos genéticos y conocimientos tradicionales, gracias al crecimiento de la biotecnología, el uso de los conocimientos en las patentes y formulación de políticas en el sistema de propiedad intelectual, lo cual, hacía más latente la necesidad de contar con un sistema de protección para que las comunidades indígenas pudiesen controlar sus propiedades intelectuales. De igual forma, la creación del citado órgano representa una apertura a un sistema de propiedad intelectual para la protección de nuevas invenciones.

El mencionado Comité es una instancia mediante la cual los Estados miembros de la OMPI examinan cuestiones referentes al acceso de los recursos genéticos y la participación en los beneficios; así como la protección a los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales; dicho órgano cuenta con la participación de las comunidades, existen 300 representantes ad hoc, también antes de cada sesión se organiza una mesa redonda compuesta por integrantes de las comunidades indígenas financiadas por el Fondo de la OMPI de Contribuciones Voluntarias para las Comunidades Indígenas y Locales Acreditadas.

En el Comité se mantienen negociaciones con la finalidad de crear instrumentos que puedan proteger los conocimientos tradicionales existentes en los países miembros, recursos genéticos y expresiones tradicionales; cuya naturaleza sea como recomendación y/o un tratado oficial que vinculara a los países firmantes.

El Comité ha abordado diversos puntos respecto a mecanismos de protección a los conocimientos tradicionales, de los cuales, para efecto de la presente investigación analizaremos los tres siguientes:

- a) Proyecto de artículos
- b) Bases de datos
- c) Sistema Sui Géneris

Respecto del proyecto de artículos, el Comité en sesión de trigésimo segunda sesión celebrada en Ginebra, el 28 de noviembre al 2 de diciembre del 2016, elaboró el texto titulado: “La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de artículos Rev 2”. En 2017, dicho Comité consideró seguir en la labor de alcanzar un acuerdo de uno o varios instrumentos jurídicos (no prejuzgando su naturaleza) que aseguren la protección equilibrada de los recursos genéticos, conocimientos tradicionales y el folclore, por lo que emitió un Proyecto de Artículos para la protección de los conocimientos tradicionales, en donde se establecieron objetivos partiendo de

la premisa de reconocer a nivel internacional, la importancia de dichos conocimientos tanto para el mundo de la innovación como para las comunidades indígenas.

El Proyecto consta de 16 artículos; en el segundo se establecen los objetivos que tiene dicho proyecto:

- Impedir la apropiación o uso indebido de los conocimientos tradicionales
- Fomentar y proteger la creación e innovación tradicional y su comercialización.
- Prevenir la concesión errónea de derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales.
- Lograr la participación justa y equitativa de los beneficios por el uso de los conocimientos tradicionales.

Se propone que los principales beneficiarios sean las comunidades indígenas, los indígenas y/o las comunidades locales; es decir, la finalidad de dicho proyecto de artículos discutido por la Organización pretende la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, de las cuales se reconozca el derecho de ser partícipes en los beneficios obtenidos por la explotación de los mismos; hacer partícipe a la humanidad de los descubrimientos que han hecho dichas comunidades a través de la observación de hasta miles de años, valorando realmente dicho conocimiento.

Ahora bien, por lo que hace a la base de datos, el Comité Intergubernamental realizó una recomendación para los Estados partes para la protección de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados; es importante subrayar que dicha protección se realizó solo para los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos y no así en su generalidad.

La finalidad de que se realice una base de datos, es que no se concedan patentes por error que involucren tanto recursos genéticos como conocimientos tradicionales (no secretos) asociados a los mismos, almacenando información sobre ellos, para que los expertos examinadores puedan identificar el estado de la técnica e impedir a terceros el acceso al contenido de la base de datos del sistema de búsqueda centralizada.

Uno de los puntos importantes de la base de datos es que solo los Estados podrán tener acceso a la información que se encuentre almacenada, con la finalidad de que los examinadores puedan otorgar una patente con la certeza de que esta no se encuentra relacionada con un conocimiento tradicional asociado a un recurso genético y que cada Estado tome en cuenta aspectos de suma importancia como es el derecho consuetudinario, la identificación de las partes interesadas y la disponibilidad de suministrar la información, la modalidad en la cual se presenta el conocimiento –escrita u oral-.

El Comité propone que la OMPI realice, de igual forma, una base de datos en la cual los Estados partes puedan tener acceso a esta con dos funciones básicas; la primera deberá permitir al examinador ingresar a la base de datos de los Estados participantes y la segunda será recuperar de la base de datos la información a la que tuvo acceso. Sin embargo dicha clasificación por sí no constituye el medio por el cual se protejan de manera efectiva los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, debe formar parte de una estrategia global de protección.

Los beneficios de una clasificación adecuada, según la organización citada, son:

- Ingresos monetarios o en especie.
- Preservación de los conocimientos tradicionales.
- Identificación y mayor reconocimiento de las comunidades indígenas en relación con sus conocimientos tradicionales.

- Capacidad de impedir la adquisición ilegítima de derechos de propiedad intelectual de conocimientos tradicionales.
- Protección positiva de los conocimientos tradicionales y productos asociados.

Sin embargo, existen diversos riesgos que se corren al no crear de una manera correcta una base de datos; uno de ellos es la pérdida del control por parte de los pueblos y comunidades indígenas de sus conocimientos tradicionales, pues pueden exponerse a que terceros se apropien de dicho conocimiento; por ello la OMPI hace hincapié de que la catalogación de los conocimientos tradicionales garantiza por sí su protección jurídica.

Se debe prestar especial atención la forma en la que se protegen los conocimientos tradicionales, pues de esto dependerán las ventajas o desventajas que se tengan al catalogarlos para evitar su robo; la persona que desarrolle tal taxonomía debe tener un sumo respeto por las prácticas consuetudinarias.

La catalogación de los conocimientos puede traer como resultado la creación de derechos de autor sobre la forma en que se expresaron; en la traducción; grabación o cualquier otra forma artística en la que se exprese dicho conocimiento; por ello la citada Organización incita a que sean las propias comunidades indígenas quienes capturen la información necesaria para la creación de la base de datos.²⁷³ De lo contrario, se protegería el conocimiento tradicional de manera indirecta a través de los derechos de autor por la selección o su forma de expresión pero no por su contenido, como se busca.

²⁷³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Guía para la catalogación de los conocimientos tradicionales; Ginebra, Suiza; 2017.

Los conocimientos en estudio pueden ser catalogados sin pertenecer al dominio público, pues solo determinadas personas tienen acceso a la base de datos, guardados y preservados para generaciones futuras; referente al estado de la técnica, los conocimientos tradicionales por una parte estarían en este estado, con la finalidad de que las patentes no sean protegidas por la propiedad industrial patentes que contengan dichos conocimientos, pero ello no implica que ya no se puedan proteger, pues el acceso a la base de datos sería exclusiva para los examinadores con la finalidad de que estos verifiquen si el requisito de novedad se cumple o no.

Por otra parte, para crear la base de datos se debe realizar una consulta previa a las comunidades indígenas y obtener su consentimiento, de conformidad con los estándares internacionales, ya que este tipo de protección, les traería beneficios trascendentales; de igual forma se tendría que determinar las personas autorizadas para acceder y la clase de conocimientos que se pueden recopilar. Para ello es fundamental tomar en cuenta el sistema de toma de decisiones tradicionales de cada comunidad.

Dicho consentimiento debe ser por escrito, para tener seguridad jurídica del acto realizado, por ejemplo, en la Ley 27811 de Perú es obligatorio registrar el contrato de licencia -acuerdo por medio del cual, la comunidad indígena autorizó el uso de un conocimiento tradicional a un tercero-, documento solicitado al momento de presentar una solicitud de patente sobre alguna invención que involucre dicho conocimiento.

Otro de los puntos importantes es la confidencialidad de los conocimientos tradicionales especialmente de aquellos que son secretos o fundamentales para la comunidad y que el acceso a ellos está reservado solo para determinados integrantes; la OMPI recomienda tener códigos de seguridad, contraseñas y un sistema elevado de protección; cláusulas contractuales para las personas que llevarán a cabo la catalogación; etc. Lo importante es que el acceso a dichos conocimientos sea

exclusivo de las personas a criterio de la comunidad, con la finalidad de proteger la identidad cultural, espiritual, social, económica, política, de cada una de las comunidades indígenas.

Para llevar a cabo una base de datos la OMPI recomienda lo siguiente:

- Conocer las necesidades de las comunidades indígenas, cual es la finalidad que se busca con la base de datos; por ejemplo: promover la cultura; proteger los conocimientos tradicionales; defenderse de la apropiación indebida; etc.
- Determinar los objetivos (de manera específica) advertir el problema principal que ataca a la comunidad y los sistemas de protección que deben utilizarse para contrarrestar; por ejemplo, establecer derechos positivos, que se concedan erróneamente derechos de propiedad intelectual, salvaguardarlos para poder transmitirlos a futuras generaciones, para hacer planes específicos en beneficio la comunidad, no solo económicos sino no también educativos, de preservación cultural, etc.
- Tener en cuenta las necesidades de los usuarios, este punto va de la mano con el anterior, pues dependiendo del objetivo por el cual se crea dicha base de datos, se establecerán las peculiaridades de la misma, por ejemplo, si solo se realizara con el objetivo de educación y cultura no requerirá detalles del conocimiento tradicional sino que bastará con datos generales.
- Evaluar todo lo referente a cuestiones de propiedad intelectual, derechos, efectos, beneficios, etc.
- Dada la diversidad de conocimientos existentes, estos se pueden catalogar por campos, por ejemplo el campo de la medicina tradicional, expresiones culturales, agricultura; etc. con la descripción de los mismos.

De conformidad con la información proporcionada por la OMPI, los países que tienen una base de datos son China desde 2002, que hasta 2016, contaba con 40,000 fórmulas de medicina tradicional, un sistema basto que permite conocer los

conocimientos y sus aplicaciones. De igual forma China posee una “The Chinese Journal of Integrative Medicine”, revista de medicina integrativa que contiene información de la medicina en el país desde 1995, información científica y desarrollos.

Otro de los países que cuentan con una base de datos es la India, con “The Traditional Knowledge Digital Library” que fue creado con la finalidad de evitar la apropiación indebida de los conocimientos tradicionales del país; incluye diversos sistemas de medicina y su contenido es de 0.29 millones de fórmulas medicinales. La Biblioteca cuenta con diversos acuerdos y oficinas de propiedad intelectual de distintos países, con la finalidad de que las mismas tengan acceso a los conocimientos tradicionales para examinar si las patentes se pueden o no configurar en el estado de la técnica, siempre y cuando se comprometan a no divulgar el contenido a terceros y comunicar sus opiniones para mejorar el servicio. La información de la Biblioteca no se encuentra disponible al público. De igual manera, el país cuenta con “Ayurvedic Pharmacopoeia” que se trata de un libro en el que se establece la calidad de los medicamentos que existen en el país.

Por su parte, Japón publicó un libro titulado: “Farmacopea Japonesa”, que contiene las fórmulas moleculares y estructurales; Nueva Zelanda cuenta con una enciclopedia respecto de Rongoa, que son medicamentos realizados con plantas nativas de la comunidad Maorí.

Aunado a lo anterior, Perú tiene la Ley 27811, la cual en su Título VI establece todo lo relativo al registro de los conocimientos tradicionales; específicamente las tres formas de registro de los conocimientos tradicionales colectivos de los pueblos indígenas a saber, el Registro Nacional Público de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el que se registran conocimientos públicos; en el Registro Nacional Confidencial de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, se registran conocimientos que no pueden ser consultados por terceros, de estos dos

registros el INDECOPI se encarga de su administración; por último se encuentran los Registros Locales de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas; todo ello con la finalidad de proteger los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.²⁷⁴

Por su parte, la Universidad de Filipinas desarrolló una base de datos de los conocimientos tradicionales TKDLHealth sobre salud, enfermedad y curación, de estudios realizados a las comunidades indígenas, con información de 13,900 plantas medicinales, así como el Portal de Conocimiento Tradicional Coreano que es una base de datos creado en el 2004 por la Oficina de Propiedad Intelectual de Corea, basado en la medicina tradicional coreana (literatura tradicional coreana y artículos académicos).

Por su parte Sudáfrica cuenta con el Grupo de Investigación de Medicina Tradicional que es el sistema más grande de Sudáfrica, el cual registra, documenta, preserva y protege los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas habitantes de la región.

La Red de Información de Recursos de Germoplasma proporciona información de germoplasma sobre plantas, animales, microbios e invertebrados del germoplasma vegetal de los Estados Unidos de América; así como el Sistema Interinstitucional de Información Taxonómica (ITIS), que clasifica plantas, animales y microorganismos de todo el mundo; es una asociación entre Estados Unidos de América, Canadá y algunas de las agencias del Estado mexicano, organismos y especialistas en taxonomía. La

²⁷⁴ El Registro del patrimonio biocultural indígena del Parque de la Papa (Perú); consiste en una base de datos de videos grabados por mujeres de las comunidades indígenas; con la finalidad de proteger y preservar sus conocimientos tradicionales de la biopiratería. Este registro se basa en el sistema antiguo de quipus, que consiste en una cuerda de la cual dependen otros más de diferentes colores y nudos, que determinan la información obtenida.

base de datos USDA del país referido es un sistema de clasificación e información acerca de las plantas del Estado.

La base de datos Biozulua, compilado de la Fundación para el Desarrollo de Ciencias Físicas y Naturales (FUDECI) de Venezuela contiene registros de medicina nativa, tecnología ancestral y conocimientos tradicionales relacionados con alimentación y agricultura de diversas etnias y comunidades indígenas; engloba la taxonomía de los ejemplares recogidos, la literatura científica y análisis de dichos ejemplares.²⁷⁵

Ahora bien, en relación con el sistema *sui generis*, se propone la modificación o adaptación del sistema de propiedad intelectual a las características específicas de los conocimientos tradicionales, pues la OMPI parte de la perspectiva de que el sistema no tiene porqué crearse de la nada, al contrario, utilizar la propiedad intelectual existente para proteger de forma integral a los conocimientos referidos, pues no necesariamente son incompatibles a estos; por ejemplo, Canadá ha manifestado que la Ley de Derecho de Autor se utiliza ampliamente por los artistas, compositores y escritores aborígenes respecto de las obras creadas a través de la tradición, específicamente de la tribu de Haida (máscaras, tótems, joyas, canciones, grabaciones y esculturas de la comunidad Inuit). De igual forma la empresa pesquera Unaaq Fisheries (propiedad del pueblo Inuit) se encarga de la administración de las pesqueras y cede regularmente tecnologías patentadas a otras empresas que utilizan su propia experiencia en su industria; las cuales están protegidas a través de secretos industriales.

La OMPI considera que uno de los retos a los que se enfrenta el modelo de propiedad intelectual es la creación colectiva de los conocimientos tradicionales, por

²⁷⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Draft Quick-win, Online Databases and Registries of Traditional Knowledge and Genetic Resources Update: December 5, 2016 https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/gr_table.pdf.

la identificación de su titular y prevé que dicha cuestión no es un problema pues la mayoría de los derechos de propiedad intelectual se encuentran reconocidos a entes colectivos, por ejemplo la protección de los derechos individuales de autor y de los inventores se rigen por acuerdos, normas existentes en el país por la particularidad del tema.

Respecto de la temporalidad, la OMPI considera que los conocimientos se pueden proteger a través de marcas y/o indicaciones geográficas.

Las características únicas de los conocimientos tradicionales son:²⁷⁶

- a) Los elementos espirituales y prácticos de los conocimientos tradicionales se encuentran entrelazados y son inseparables, por ello forman parte de la identidad cultural de la comunidad indígena.
- b) Los conocimientos tradicionales están en constante evolución y se perfeccionan progresivamente toda vez que se crean en respuesta a un medio cambiante.
- c) Los conocimientos tradicionales abarcan diferentes campos, desde la vestimenta, música, medicina, métodos de curación, agricultura etc.
- d) Su proceso de creación es más informal.

Un sistema *sui generis* debe atender las características propias de los conocimientos tradicionales, ser flexible, de tal manera que los mismos no se protejan por partes sino que exista una protección más amplia a todos los intereses que convergen en la esencia de los conocimientos, económicos, culturales, espirituales, etc.

²⁷⁶ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore; Elementos de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales; Ginebra; 29 de marzo de 2002.

La OMPI establece una serie de elementos enunciativos más no limitativos de lo que debe contener un sistema *sui generis* para poder ser eficaz, a saber son:

- a) Se deberá determinar los objetivos de política de protección a alcanzar. Por ejemplo, si el sistema prohibirá el uso ilícito o apropiación indebida de una manera más defensiva o la protección será parecida a la que se tiene al patrimonio cultural; atenderá a una cuestión más de conservación biológica y la distribución equitativa y justa de los beneficios o de comercialización apropiada de los conocimientos.
- b) Determinar el objeto que se protegerá; para una mayor protección a los conocimientos tradicionales, me parece que se deben incluir todos los conocimientos tradicionales existentes pues lo que se busca es la protección general de todos ellos, de otra manera, solo bastaría los sistemas de propiedad intelectual como hoy en día los conocemos, para proteger una parte determinada.
- c) Dicha protección se daría a los conocimientos tradicionales que siguen permaneciendo a la comunidad de una manera intrínseca y que sean potencialmente utilizados comercialmente;²⁷⁷ en el entendido de que los que no sean susceptibles de comercialización no serán parte de la protección del sistema *sui generis* pues es muy difícil que un tercero pueda apropiarse indebidamente de algo del cual no obtendrá un beneficio económico. Lo cual se considera limitativo de protección, pues lo que se busca en este trabajo de investigación es la protección de la identidad cultural (espiritual y elementos prácticos) de las comunidades indígenas, no solamente de forma económica.

Por otro lado, lo conocimientos deben ser documentados con la finalidad de que sea un obstáculo para los terceros apropiarse de ellos; por lo que se tiene que

²⁷⁷ Ley 20 de Panamá.

tener cuidado con la forma en la que se registra un conocimiento tradicional y acceso al mismo, pues este podría caer en un ámbito público, del cual sería casi imposible de rescatar.

- d) Respecto de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, en principio son de sus creadores, por lo que sería de la comunidad en su conjunto, aunque el conocimiento solo lo tuviera un individuo como generalmente ocurre con los conocimientos que poseen los chamanes. La solución para ello debe buscarse en el derecho consuetudinario al dar las bases de organización de la comunidad; por ejemplo en Panamá, en el artículo 15 de la Ley N°20, se establece que el uso y comercialización del arte, artesanías y expresiones culturales tendrán que regirse por el reglamento de uso de las comunidades indígenas, el cual deberá ser registrado ante DIGERPI o la Dirección Nacional de Autor del Ministerio de Educación.

Los conocimientos también pueden pertenecer a comunidades de diferente territorio y dependiendo de su organización, se podría dar un reconocimiento extensivo de su titularidad o que cada una de las partes de la comunidad, en el país correspondiente, solicitara la protección requerida.

Otra de las alternativas que la OMPI establece, llama la atención pues sugiere que el Estado sea nombrado custodio de los intereses y derechos de los titulares de los conocimientos tradicionales, cuestión paternalista que de nada ayudaría al reconocimiento de las comunidades indígenas y sus derechos, sino que se obstaculizaría la independencia y crecimiento de las comunidades; pues lo que se busca es que las mismas subsistan y se desarrollen con la intervención mínima del Estado.

- e) Los derechos que debe abarcar la protección a los conocimientos tradicionales en un sistema *sui generis* son derechos morales (que ayudarán a conservar, preservar la identidad cultural de las comunidades) y materiales.

De igual forma podrían considerarse los derechos de ceder, transferir y conceder bajo licencia el contenido de base de datos; conocimientos que deberán estar bajo excepciones por ejemplo para fines académicos o estrictamente privados.

Lo que se busca es la protección no solo de la forma de expresión del contenido sino del contenido mismo, por ello se sugiere que se debe conceder los derechos de los titulares de los conocimientos tradicionales y no a los fabricantes de las bases de datos, por lo que se deberá otorgar protección contra la reproducción o uso del contenido de la base y no solamente por la reproducción o reutilización.²⁷⁸

- f) El reconocimiento jurídico de los derechos sobre los conocimientos tradicionales pueden darse desde el momento de creación de los conocimientos, cuestión que traería problemas con los derechos otorgados a terceros, pues se tendría que demostrar que hubo un plagio o infracción a los mismos; también se debe tomar en cuenta la disponibilidad pública de la información y la reivindicación de los conocimientos.

Otra opción es que se establezcan derechos una vez que se hayan registrado los conocimientos tradicionales ante un organismo gubernamental, como fue el caso de Panamá, la comunidad puede exigir que se divulguen todos los

²⁷⁸ La protección del contenido de la base de datos de los conocimientos tradicionales tiene que ver con la naturaleza de exclusiva de la protección de datos de pruebas previsto en el artículo 39.3 del Acuerdo sobre los ADPIC pues dichos aspectos deben ser protegidos contra el comercio desleal.

elementos de los conocimientos tradicionales excepto los que tienen una naturaleza totalmente espiritual o sagrada.

- g) Respecto de la extinción de los derechos sobre los conocimientos, se propone que estos tengan un periodo de vencimiento pudiendo ser renovados; toda vez que los conocimientos evolucionados tienden a ser obsoletos; ello para aquellos que tengan aplicación industrial.

Se puede advertir que si bien, existen diversos medios de protección para los conocimientos tradicionales en el sistema de propiedad intelectual, los mismos no alcanzan a proteger las peculiaridades (como cuestiones técnicas: el tiempo de protección, la titularidad colectiva, etc.) de los mismos, por ello la necesidad de crear un sistema *sui generis* de protección; además se establece un sistema propio debido a la diferencia de objetivos que busca proteger el sistema de propiedad intelectual y un sistema propio, pues este va más allá de una cuestión económica, comercial, lo que pretende es la protección, preservación de la identidad cultural de las comunidades indígenas, todo aquello que las hace únicas al resto de las demás comunidades.

En atención a lo anterior, Costa Rica creó un sistema *sui generis* de protección a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, el cual se deslinda totalmente del sistema de propiedad intelectual (patentes, diseños industriales, marcas, etc.) pues dicho sistema se aleja de las tradiciones, prácticas y valores existentes, y se adoptó un nuevo sistema bajo el nombre de “derechos intelectuales comunitarios”; teniendo como objetivo la distribución equitativa de los beneficios, la no apropiación indebida de los conocimientos por terceros, reconocimiento y fomento de su existencia.²⁷⁹

²⁷⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Comité Intergubernamental Sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore; “El Sistema Sui Géneris para

Costa Rica protegió solo las innovaciones, prácticas y los conocimientos tradicionales que se encuentran asociados a recursos genéticos y biodiversidad; sin criterios definidos pues deja a las comunidades y pueblos indígenas junto con el Estado poner los criterios, alcances y requisitos de su protección.

En la Ley de Biodiversidad de dicho Estado se establece que aunado a la previa existencia de una consulta a las comunidades indígenas para la determinación en forma interna de la titularidad de los conocimientos, se protege la titularidad colectiva de dichos conocimientos; establece medidas defensivas y deja al proceso de consulta de definición de las medidas positivas que se deriven del registro del conocimiento.

Además, prevé la creación de un inventario de los derechos de las comunidades indígenas que quisieran proteger a través del sistema *sui generis*; sin embargo no se estableció consecuencia de la transgresión a la ley, cuestión que lleva a los titulares a utilizar medidas civiles y administrativas como la responsabilidad civil, competencia desleal u otros, los cuales no son apropiados para detener la infracción y/o la reparación integral de los perjuicios cometidos.²⁸⁰

De igual forma, se reconoce jurídicamente el derecho comunitario por la sola existencia del mismo y la consulta previa deberá de definir las condiciones en las que dicho derecho se ejercerá; la Ley no refiere sobre la pérdida de derechos de los conocimientos, sin embargo se entiende que la falta de actualización de requisitos preestablecidos para otorgar la protección significaría su pérdida.

En la Ley se establece que las resoluciones de los mecanismos de propiedad intelectual que sean activados para la protección de los conocimientos tradicionales

la Protección de los Conocimientos Tradicionales: Un estudio de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica y normativa relacionada”; Ginebra; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/7; del 7 al 15 de julio de 2003; pp. 5 y 6.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 9.

deben ser congruentes a los objetivos de dicha Ley, por lo que se podrían proteger por ambos sistemas si se cumplen los requisitos solicitados.

2. Sistema jurídico de protección a los conocimientos tradicionales en la República del Perú

La República del Perú es un país de Sudamérica, que cuenta con una extensión territorial de 1.285.215 km²²⁸¹ y con una población de 32.16 millones de habitantes,²⁸² cuenta con un sistema *sui generis* de protección a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas que lo habitan.

Para adentrarnos a conocer dicho sistema, se hará un breve recorrido por la evolución histórica del reconocimiento y protección que, República del Perú, hizo a los derechos de las comunidades indígenas, en especial a los conocimientos tradicionales.

Las comunidades indígenas habitantes del Perú, antes de la colonización de España, se autodenominaban dependiendo sus denominaciones locales, posterior a la conquista, los españoles agregaron el término “indios” por pertenecer al Imperio Incaico, pagaban tributos a la corona Española para la protección de sus tierras y se impuso una lengua general “quechua”, con la finalidad de facilitar la evangelización.

Pero fue hasta 1570 que el virrey Toledo creó los pueblos de reducción, es decir, a las comunidades se les fue otorgadas áreas para producir, para crecimiento

²⁸¹ Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación; Dirección General de Comunicación e Información Diplomática; Oficina de Información Diplomática; Ficha País “República del Perú”, Noviembre 2018; http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/PERU_FICHA%20PAIS.pdf.

²⁸² Ídem.

demográfico y para tributo; es así como las comunidades indígenas fueron reconocidas y protegidas por el Estado, con sus prácticas, tradiciones, estructuras sociales, autoridades, etc.

Posteriormente, en el gobierno de Simón Bolívar se eliminó el tributo que las comunidades indígenas pagaban al Estado como protección de sus tierras; sin embargo dicho tributo significaba el 80% del ingreso total del Estado, por lo que una vez que Simón abandonó el cargo, el tributo se reimpuso y con él la protección de las tierras comunales.

En 1851, el presidente Castilla eliminó el tributo y la esclavitud, sin embargo las comunidades dejaron de estar protegidas; hubo una extensión de haciendas en los territorios, lo que se conoció como República Aristocrática; fue hasta el siglo XX que las comunidades levantaron la voz en defensa de sus tierras.

Respecto de las comunidades indígenas que vivían en la selva, se les era considerados como “salvajes” pues no habían sido conquistados ni por los incas ni por la corona española; por este motivo, actualmente se cuenta con una variedad de familias lingüísticas, pues no es que no existiera comunicación con el Estado, sino que no se habían sometido a este.

En el siglo XX, se redujo la población indígena de la Amazonia, huyeron a la selva más espesa y fue hasta 1920 que el Constituyente reconoció personería jurídica a las comunidades indígenas en el artículo 58° de la Constitución Política de Perú, obligándose a protegerlos y dictar las leyes especiales para su desarrollo y cultura; y en su artículo 41° se reconoció que sus bienes eran imprescriptibles pero no los derechos territoriales.

En el año de 1969, con la Reforma Agraria (impulsada por la Confederación Campesina del Perú y la Confederación Nacional Agraria), las comunidades indígenas se convierten en comunidades campesinas.

El 24 de junio de 1974, se apertura al diálogo con las iniciativas públicas y de las organizaciones indígenas ante instancias internacionales, lo que enfatiza en los mecanismos de protección a los conocimientos tradicionales, acceso y participación de los beneficios.

Posteriormente el 9 de mayo de 1978 se promulgó el Decreto Ley N° 22175 de las comunidades nativas, mediante el cual se reconoció a las tierras como aptas para el cultivo, ganadería y una concesión sobre tierras con aptitud forestal.

Aunado a lo anterior, en la Constitución de 1979, el Estado reconoció la personería de las comunidades nativas y campesinas, sus tradiciones, cultura; reconociendo que sus tierras eran inembargables, imprescriptibles e inalienables (salvo interés social); recibir educación en la lengua oficial y nativa de las comunidades.

Después del autogolpe de Estado encabezado por Alberto Fujimori, el Constituyente promulgó la nueva Constitución en el año de 1993, en la que se reconoció la existencia de comunidades nativas y campesinas como personas jurídicas; y a su territorio solo como imprescriptible, eliminando las demás características ya reconocidas en la Constitución de 1979. De igual forma se respetó la identidad cultural de dichas comunidades, así como la representación de las mismas en los Consejos Municipales y Regionales.

Los derechos constitucionales se encuentran reconocidos de una forma individual para todo peruano, sin embargo en una interpretación amplia, se ha llegado a la

conclusión de que dichos derechos son aplicables a las comunidades o pueblos indígenas en el Estado de Perú, los cuales son:

- Identidad cultural. El Estado se obliga a velar por su protección y desarrollo. Está previsto en el artículo 2.19 y 89 de la Constitución Federal.
- Derecho a utilizar su propia lengua. Reconocido en el artículo 2, inciso 19 y 48 de la Constitución y en la Ley de Lenguas (Ley N° 29735).
- Derecho a la participación. Reconocido en el artículo 2, inciso 17 de la Constitución.
- Derecho a la salud intercultural. Es el derecho de acceso a los servicios de salud, de pluralidad de conocimientos, recursos y prácticas que garanticen la salud integral de los pueblos y personas. Dicho derecho se encuentra reconocido en los artículos 6, 7, 9, 10, 11, 58, 59, y 65 de la Constitución Peruana.
- Derecho a la educación intercultural. Como su nombre lo dice, dicho derecho permite el acceso al servicio de educación de calidad para el desarrollo de las competencias interculturales que permita un mejor desempeño cultural y social, previsto en los artículos 15 y 17 de la Constitución; 20 de la Ley General de Educación, en el que se desarrolla la educación bilingüe intercultural.
- Derecho a administrar justicia, artículo 149 constitucional.
- Igualdad y no discriminación. Inciso 2, artículo 2 de la Constitución Política.
- Derecho de propiedad comunal, posesión de tierras y territorios. La propiedad comunal es un derecho reconocido en el inciso 16, artículo 2; 88 1 y 89 de la Constitución.
- Derecho a la consulta previa, libre e informada. Desarrollado a través de la Ley de Derecho a la Consulta Previa

En 1994, el Estado peruano ratificó el Convenio 169 de la OIT, el cual se comprometió a garantizar los derechos de los pueblos indígenas, que al ser un tratado

de derechos humanos tiene un rango constitucional, en atención a lo dispuesto en los artículos 3 y 55, y la IV disposición final y transitoria de la Constitución.²⁸³

Los criterios de identificación de las comunidades o pueblos indígenas se encuentran establecidos en el Convenio 169 de la OIT y en el artículo 7 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, los cuales son:

- Continuidad histórica
- Conexión territorial
- Instituciones propias

2.1 Normas

En el ámbito internacional, el Estado de Perú ratificó el Convenio de Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del CDB; cuyos objetivos son la conservación de la diversidad, la utilización sostenible de sus componentes y la partición justa de los beneficios obtenidos.

En el ámbito regional, Perú cuenta con el Tratado de Cooperación Amazónica y la Comunidad Andina (organización internacional, que integran el Sistema Andino de Integración-SAI, que tiene por objetivo alcanzar un desarrollo integral, equilibrado y autónomo de los países sudamericanos y latinoamericanos; abreviada como CAN²⁸⁴); dicha comunidad se integrada por los países de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; los cuales establecieron muy puntualmente que la titularidad de los conocimientos a

²⁸³ Tribunal Constitucional de la República del Perú; Expediente No. 02420-2012-PC/TC; Instituto de la Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú- IDLADS; Lima; 6 de agosto de 2014.

²⁸⁴ Se encuentra integrada como países miembros: Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú; como países asociados son Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

proteger pertenecen a los pueblos indígenas y no así a la CAN o a los Estados que la conforman.

La CAN emitió dos Decisiones fundamentales, la Decisión 391,²⁸⁵ con la finalidad de proteger los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos, con protección especial a la Subregión; y de reconocer a los conocimientos tradicionales como parte del desarrollo de la ciencia y la tecnología, por lo que su protección está incorporada en el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Decisión 486.

En la Decisión 391, en su artículo 7° se establece el reconocimiento, por parte de los Estados miembros, de los derechos y facultades de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados; de igual forma la disposición octava transitoria establece que la Secretaría General de la CAN, elaborará una propuesta para establecer el régimen especial o una norma de armonización, orientado a fortalecer la protección de los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales, de conformidad con la misma Decisión, el Convenio 169 de la OIT y el Convenio de Diversidad Biológica.

Por su parte, la Decisión 486 en su artículo 3°, garantiza la protección conferida a los conocimientos tradicionales, los Países Miembros asegurarán que las concesiones de patentes que contengan conocimientos tradicionales estará supeditada al material se haya obtenido conforme al régimen internacional, regional nacional; para ello, en el artículo 26 de dicha Decisión se prevé que, como requisito para solicitar una patente de invención se debe agregar la copia del documento que acredite la licencia o

²⁸⁵ Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos; sexagésimo octavo periodo ordinario de sesiones de la Comisión; 2 de julio de 1996; Caracas Venezuela

autorización de las comunidades indígenas para usar sus conocimientos tradicionales; de lo contrario, se declarará la nulidad absoluta de la patente.²⁸⁶

Aunado a lo anterior, establece la prohibición de registrar como marcas de aquellos signos cuyo uso en el comercio afectaría el derecho de un tercero, en particular cuando consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres, signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso.

También la Decisión 523 “Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino”, aprobada en 2002, prevé que los conocimientos tradicionales tienen importancia estratégica internacional debido a que son la llave para acceder al aprovechamiento de los recursos de diversidad biológica e identificación de las características de los recursos genéticos.

Por otra parte, el Consejo Presidencial Andino,²⁸⁷ el 26 de julio de 2002, adoptó la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en la cual se reconocen los Estados miembros como multiétnicos y pluriculturales, reafirman el derecho de las comunidades indígenas a la preservación y desarrollo de sus identidades así como la consolidación nacional a partir de la diversidad de sociedades.

Aunado a lo anterior, los Estados se comprometieron a promover programas especiales a favor de la interculturalidad, entendida como la preservación y desarrollo de las identidades ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas, a través del

²⁸⁶ Artículo 27, Decisión 486.

²⁸⁷ Órgano del Sistema Andino de Integración, que conforman la Comunidad Andina.

uso de espacios sociales para el diálogo e interacción de dichos pueblos con el resto de la sociedad. Además, reconocen el derecho de las comunidades de desarrollar y mantener el patrimonio cultural tangible e intangible; la protección de sus conocimientos ancestrales colectivos así como el ejercicio de las prácticas tradicionales.

En dicha Carta se reconocen diversos derechos que se encuentran vinculados con los conocimientos tradicionales, como conservar y promover sus prácticas tradicionales para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad; participar en el uso, administración y usufructo de los recursos naturales que se ubican en sus territorios y de ser posible, obtener los beneficios del manejo de los mismos; a ser consultados en las decisiones sobre la explotación de los recursos naturales no renovables y toda afectación al medio ambiente o a su forma de vida; así como recibir una indemnización por cualquier daño como consecuencia de las actividades mencionadas y participar en los planes de desarrollo. Sin embargo no se hace mención al consentimiento pleno de las comunidades respecto de ello, solo se determina que “de ser posible” viéndose como una posibilidad y no como una exigencia del derecho que las comunidades tienen sobre aquello que forma parte fundamental de su existencia; por lo que dicha carta se queda limitada en los derechos de los pueblos indígenas respecto a una cuestión fundamental, la toma de decisiones que afectan directamente la vida de las comunidades.

Sin embargo no hay que perder de vista que la Carta referida aborda los derechos humanos, en específico en la parte VII de los pueblos indígenas, es decir, la Carta otorga protección a los conocimientos tradicionales más allá de un derecho de propiedad intelectual, son vistos desde la perspectiva de los derechos humanos.

Por su parte, el órgano jurisdiccional de la CAN, el Tribunal de Justicia, en su Interpretación Prejudicial²⁸⁸ 60-IP-2012, estableció que el patrimonio cultural e intelectual de los pueblos indígenas se conforma de los conocimientos, prácticas y modos de vida tradicionales; conocimientos relacionados con los siguientes saberes y prácticas:

- Ciencias naturales (e.g. biología, botánica, zoología, taxonomía indígena).
- Lingüística, cantos, rituales, danzas y ritmos.
- Curaciones, medicina y farmacología.
- Artesanía, cerámica, tejidos y diseños.
- Manejo de la biodiversidad, desarrollo sostenible, cultivos asociados, manejo de ecosistemas, manejo forestal y cuencas hidrográficas.
- Conocimiento de uso actual, previo o potencial de especies de plantas y de animales, así como de suelos y minerales, conocido por un grupo cultural.
- Conocimiento de preparación, proceso y almacenamiento de especies.
- Conocimientos sobre conservación de ecosistemas.
- Ceremonias y curaciones realizadas dentro y fuera de su ámbito cultural.
- Sistemas de derecho consuetudinario y valores morales.
- Así como los productos artesanales y el proceso de especies para hacer alimentos, los cuales entran en el concepto de conocimientos tradicionales ya que el procesamiento y la elaboración de productos tiene un contenido cultural e histórico.

Dicha interpretación fue solicitada por la Corte Constitucional de la República de Colombia, con la finalidad de determinar la aplicación y alcance de las Decisiones 391 y 486, en el registro de marcas Coca Indígena y Coca Zagratha, a favor de un

²⁸⁸ Las interpretaciones prejudiciales son una facultad u obligación de los jueces nacionales (dependiendo del caso, si es última instancia o no) de consultar la interpretación de una norma comunitaria andina, con la finalidad de unificar los criterios aplicables. Sin embargo una vez expedida debe acatarse al caso en concreto. Tiene naturaleza de un incidente procesal.

tercero ajeno a un pueblo indígena; ello, porque en el ámbito interno, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) demandó a Superintendencia de Industria y Comercio (SIC),²⁸⁹ por haber otorgado un registro de marca “Coca Indígena” a un tercero ajeno a los pueblos indígenas, para distinguir servicios de comercialización, publicidad, distribución y venta a terceros de productos artesanales y legales a base de hoja de coca y con aplicaciones en los campos homeopático y alimenticio. Así como el registro de la marca “Coca Zagradha” para distinguir aromáticas e infusiones, productos de pastelería y repostería a base de coca indígena legalmente cultivada, mambe (hoja selecta de coca tostada).

Lo anterior, a consideración de la ONIC, vulneraba los derechos fundamentales de las comunidades indígenas a una consulta previa e informada; propiedad colectiva; autonomía; participación en la vida social y económica de la nación; identidad e integridad étnica y cultural; autonomía de los pueblos indígenas; protección de la riqueza cultural de la nación; debido proceso y al ambiente sano; así como lo previsto en las Decisiones 391 y 486; al originar una explotación no consentida de la identidad cultural de los pueblos indígenas por un particular no autorizado para usufructuar con los símbolos,²⁹⁰ con la finalidad de aumentar la venta de productos realizados a base de la hoja de coca.

El Tribunal analizó el inciso g) del artículo 136, de la Decisión 486, en la que se estableció la prohibición de registrar una marca con el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso.

²⁸⁹ Agencia reguladora de competitividad del Gobierno de Colombia.

²⁹⁰La ONIC argumentó que la marca “Coca Indígena” remplaza la letra “o” por un espiral, símbolo heráldico de varios pueblos indígenas.

En ese sentido, el Tribunal al interpretar la norma comunitaria estableció que la única excepción por la cual un tercero a los pueblos indígenas podía registrar una marca que contuviese conocimientos tradicionales sería con la autorización del mismo pueblo; por lo que los países miembros de la CAN, debían de procurar que dicha autorización respetara los derechos humanos de las comunidades indígenas y la vía idónea para ello, consultando el sistema nacional, interamericano y universal de protección a los pueblos indígenas.²⁹¹

Lo anterior, de conformidad con lo previsto con el artículo 3 de la Decisión 486, en la que se reconoce la necesidad de ponderar los derechos de propiedad industrial con los derechos de los pueblos indígenas; por ello, el órgano determinó que en el Derecho Andino existen normas que concuerdan con los estándares internacionales para la protección del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, la Decisión 523: “Estrategia Regional de Biodiversidad de los Países del Trópico Andino”, al disponer que se debe definir el alcance y los mecanismos de participación representativa y de consulta previa para los pueblos indígenas en la implementación de una estrategia para la protección y recuperación de sus conocimientos tradicionales relacionados con biodiversidad.

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal concluyó que el juez consultante debía determinar si los símbolos contenidos en las marcas registradas constituyen caracteres o signos de las comunidades indígenas utilizados para distinguir sus productos o son la expresión de su cultura o práctica, y en consecuencia si fue otorgado con consentimiento expreso bajo los estándares de protección a los derechos humanos de los pueblos indígenas previstos en el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

²⁹¹TJCAN. Interpretación Prejudicial. Proceso 60-IP-2012.

Otra de las normas que rigen al Estado de Perú en el ámbito regional y que tiene relación con la protección a los conocimientos tradicionales es el Tratado de Cooperación Amazónica; suscrito por Bolivia, Brasil, Surinam, Colombia, Ecuador, Guayana, Perú y Venezuela; es un instrumento de desarrollo de la zona amazónica; la preservación del medio ambiente, la conservación y utilización de los recursos naturales.²⁹²

En el citado Tratado, los Estados se comprometieron a cooperar y adoptar medidas para la conservación de las riquezas etnológicas y arqueológicas e incrementar las corrientes turísticas, nacionales y de terceros países, en sus respectivos territorios sin perjuicios de las disposiciones nacionales de protección a las culturas indígenas y a sus recursos naturales.²⁹³

Ahora bien, una vez analizado el ámbito internacional y regional, se abordará la normativa nacional, el ámbito de protección interno del Estado de Perú para los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.

El 7 de agosto de 2002, el Estado de Perú emitió la Ley No. 27811 “Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos genéticos”, por medio de la cual se reconoce el derecho y la facultad de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos; estableciendo un régimen especial de protección.²⁹⁴ Su finalidad es la protección y desarrollo de los conocimientos tradicionales de la apropiación por parte de terceros.

Aunado a lo anterior, la Ley prevé el consentimiento previo e informado para acceder o utilizar a los conocimientos tradicionales; previo suministro de información

²⁹² Tratado de Cooperación Amazónica; artículo I.

²⁹³ *Ibidem*, artículos XIII y XIV.

²⁹⁴ Artículo 3°.

relativa a los propósitos, riesgos, implicaciones, uso del conocimiento y de ser posible el valor del mismo.

A través de los artículos 10, 11 y 12 de dicha ley se define a los conocimientos tradicionales como aquellos de naturaleza colectiva que pertenecen al grupo y no así a un individuo, los cuales forman parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, por lo que sus derechos sobre este son inalienables e imprescriptibles.

En relación con el acceso a los conocimientos con finalidad industrial o de comercio, la ley establece que se deberá suscribir una licencia en la que se prevean las condiciones, así como garantizar una adecuada distribución de los beneficios obtenidos por el uso de dichos conocimientos; para ello, la comunidad indígena, a través de su representante, tiene el derecho de otorgar a un tercero el uso del conocimiento tradicional que posee; por medio de un contrato de licencia, en el que se determinan los términos y las condiciones de uso de dichos conocimientos, el cual deberá hacerse por escrito, en idioma nativo y castellano, por un plazo renovable no menor de 1 año y no mayor a 3; también el contrato debe contener, entre otras cosas, las compensaciones que las comunidades indígenas obtendrán por el uso del conocimiento por un tercero, el cual incluirá un pago inicial para su desarrollo sostenible y un porcentaje no menor del 5% del valor de las ventas brutas del producto; la constante información de la venta de los productos, industrialización, comercialización. El hecho de que las comunidades otorguen licencias a terceros no impide que otros hagan uso del conocimiento tradicional.

Como anteriormente se había hecho mención, la Ley referida prevé tres registros diferentes para la protección de los conocimientos; el Registro Nacional Público y Confidencial con el objetivo de proteger los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, así como los registros locales, para ello, las comunidades deben solicitarlo. Uno de los requisitos necesarios para el registro, es una muestra del recurso

biológico que se desea proteger, y si es de difícil traslado para la comunidad, puede presentar fotografías que demuestre las características del recurso biológico. El INDECOPI²⁹⁵ se encuentra obligado a enviar, a las Oficinas de Patentes del mundo, la información obtenida en el Registro Público, con la finalidad de que se tome como antecedente en el examen de novedad y nivel inventivo de patentes.

Otros de los temas importantes que la Ley citada aborda, es el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, creado con la finalidad de contribuir al desarrollo integral de los pueblos indígenas a través de financiamiento de proyectos y de otras actividades.

Por último los derechos conferidos por esta Ley son diversos, por ejemplo se protegen los conocimientos tradicionales de un uso no autorizado, así como su divulgación por parte de un tercero sin que haya tenido autorización para ello, lo que como consecuencia, la comunidad podría interponer una acción por infracción, la vulneración de los derechos mencionados y/o por que exista un peligro eminente de que estos serán vulnerados; así como una acción reivindicatoria e indemnización.

En materia procesal, la carga de la prueba se invierte al demandado por la infracción a los derechos de los pueblos indígenas, acciones reivindicatorias e indemnizatorias; en los juicios los pueblos indígenas o de oficio, el Indecopi podrá dictar medidas cautelares con la finalidad de evitar algún perjuicio en contra del titular del conocimiento tradicional indígena; las sanciones serán de multas hasta que pague la cantidad acordada.

²⁹⁵ Indecopi por oficio o a solicitud de parte podrá solicitar información en los casos en los que exista un riesgo de afectar el equilibrio ambiental de los territorios en los que habitan los pueblos indígenas como consecuencia del registro solicitado.

Ahora bien, la Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, Ley 28216, del 7 de abril de 2004; creó la Comisión Nacional para la Protección de Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y a los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas relacionados con ella, con la finalidad de que realizara las siguientes funciones:

- Crear y mantener el Registro de los conocimientos tradicionales y recursos biológicos.
- Proteger de los actos de biopiratería, la ley lo define como el acceso y uso no autorizado y no compensado de recursos biológicos o conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por parte de terceros, sin la autorización correspondiente y en contravención de los principios establecidos en el Convenio sobre Diversidad Biológica y las normas vigentes sobre la materia. Esta apropiación puede darse a través del control físico, mediante derechos de propiedad sobre productos que incorporan estos elementos obtenidos ilegalmente o en algunos casos mediante la invocación de los mismos.
- Dar continuidad a las solicitudes de patentes o patentes que se otorgaron en el extranjero y están relacionadas con conocimientos tradicionales indígenas o recursos biológicos; así como evaluarlas.
- Emitir informes acerca de los casos estudiados y emitir recomendaciones.
- Interponer acciones de oposición o de nulidad a las solicitudes de patentes o patentes concedidas en el extranjero que se relacione con material biológico del Perú o con sus conocimientos tradicionales.
- Estar en comunicación con las oficinas de propiedad industrial de otros países.
- Promover vínculos con los organismos de participación estatal y de sociedades civiles.
- Elaborar propuestas para defender la posición del Estado peruano sobre la protección a los conocimientos tradicionales contra la biopiratería, ante foros internacionales.

La Comisión se creó a partir de la resolución del caso Pure Wordl Botanicals-Naturex, ya que permitió su creación como un mecanismo de protección contra la biopiratería; pues a inicios del año 2002, las empresas privadas y públicas prestaron atención a las patentes otorgadas en Estados Unidos de América respecto de “la maca (*Lepidium meyenii*)²⁹⁶” a la empresa referida; por lo que se convocó a un grupo de trabajo con la finalidad de que analizara las patentes otorgadas y se determinara una posible vulneración a los pueblos indígenas por el robo a sus conocimientos tradicionales.

En el citado caso se encontraban involucradas dos patentes; la primera era la US 6,267,995 (Estados Unidos) extracto de raíces de *Lepidium meyenii* para aplicaciones en farmacia, otorgada el 31 de julio del 2001 (N° de solicitud: 09/261,806 03 de marzo de 1999); la cual aún se encuentra en trámite; y la segunda es la patente de solicitud internacional N° PCT/US00/05607, composiciones y métodos para preparación del *Lepidium*, presentada el 3 de marzo de 2000; la cual, gracias a las acciones implementadas por la Comisión durante 7 años, logró que la Oficina Europea de Patentes hiciera pública la denegación de patente, ya que contenía conocimientos tradicionales del pueblo de Perú.

Por último, respecto al ámbito legal del Estado de Perú, el 22 de julio de 2010 se publicó la Ley de Creación del Ministerio de Cultura, Ley 29565; en la que refiere que una de las funciones que tiene el Ministerio de Cultura junto a los gobiernos regionales, es investigar los usos y costumbres de los pueblos andinos, amazónicos y afroperuano a fin de buscar su reconocimiento formal y junto a los gobiernos locales promover el desarrollo cultural a través del diálogo intercultural y el reconocimiento a la diversidad cultural para la protección de la diversidad biológica y los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.²⁹⁷

²⁹⁶ Es un tubérculo que se destaca por aumentar la fertilidad, las condiciones físicas y mentales; es nativa de los Altos de los Andes, Perú.

²⁹⁷ Artículo 8 de la Ley referida.

En dicha ley se establece que una de las funciones del Viceministro de Interculturalidad, es formular políticas de inclusión de diversas expresiones culturales de los pueblos y generar mecanismos para difundir la práctica intercultural, se recogen todos los conocimientos ancestrales y de tecnología; dicho ministerio tiene la tarea de implementar el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

2.2 Criterios jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Constitucional

El 27 de septiembre de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional de Perú resolvió las demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Presidente de la República en contra de las Ordenanzas Regionales²⁹⁸ promulgadas por los Gobiernos de Cusco y Huánuco, registradas bajo los expedientes 20-2005 y 21-2005; ya que a su criterio, dichas Ordenanzas reconocían a la hoja de coca como patrimonio regional natural, biológico, cultural e histórico; así como la autorización de producción de dicha planta en sus territorios para fines medicinales, ceremoniales y de comercio; en contravención a lo previsto en los artículos 43° y 192° 10 de la Constitución.

El demandante argumentó que de conformidad con el artículo 192, 10, de la Constitución Política, las competencias de los Gobiernos Regionales deben regirse por las Leyes²⁹⁹ (a excepción de los incisos 1 al 9 del mismo artículo); sin embargo en ninguna Ley se contemplaba la competencia de los Gobiernos a declarar como patrimonio cultural la hoja de coca o declarar la legalidad de su cultivo en su respectiva jurisdicción, pues el Estado al ser Unitario -de conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Constitución- las cuestiones que no están expresamente asignadas a los Gobiernos le corresponden al Gobierno Nacional.

²⁹⁸ Ordenanzas Regionales No' 031-2005-GRC/CRC, 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.

²⁹⁹ El artículo 43 de la Constitución prevé que el Estado peruano es Unitario.

De igual forma, adujo la importancia del control del tráfico ilícito de drogas y de su producción; la vulneración del artículo 47, inciso 1) de la LORG, el cual establece como función de los gobiernos regionales, proteger y conservar, en coordinación con los gobiernos locales, el patrimonio cultural, promover la declaración, por medio de los organismos existentes, de los bienes culturales. Por lo que el artículo 19 de la Ley No 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación prevé la competencia del gobierno de registrar, investigar, identificar, hacer inventario, de la protección y conservación del patrimonio cultural, por lo que sostuvo que el gobierno carecía de competencia para declarar a la hoja de coca como patrimonio cultural.

El cultivo de hoja de coca ha sido muy importante para la comunidad andina, transmitido de generación en generación, en una dimensión religiosa porque es utilizada en las ceremonias como signo de identidad, encuentro y redención; en el ámbito social porque se utiliza para mitigar la sed, el hambre y cansancio; económica ya que se utiliza como trueque y medicina por sus propiedades curativas, así como instrumento de diagnóstico de enfermedades.

Por ello, el Tribunal Constitucional, al analizar las normas reclamadas consideró que el derecho de identidad cultural y étnica se encuentra previsto en el inciso 19 artículo 2 de la Constitución, proyectando el principio de todo Estado Social y Democrático de Derecho, sin embargo, consideró que, de acuerdo con los criterios emitidos por la UNESCO, la hoja de coca no puede ser considerada como patrimonio cultural ni natural en un sentido material; sino como patrimonio cultural inmaterial, el cual fue definido como “conjunto de las expresiones culturales y sociales que, heredadas de sus tradiciones, caracterizan a las comunidades, lo que ha determinado que estos bienes inmateriales se hayan afirmado y terminado imponiéndose a nivel

internacional como una noción capital para comprender las identidades culturales de los pueblos”.³⁰⁰

El Tribunal consideró que los conocimientos tradicionales relacionados a la hoja de coca, son patrimonio cultural inmaterial de carácter biológico, ello a la luz de lo previsto en la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada en París el 17 de octubre de 1993; aún y cuando no se encontraba ratificada por el Estado peruano; el órgano la utilizó como soft-law.³⁰¹

Por lo anterior, reconoció la importancia del Estado de proteger, respetar las manifestaciones culturales de aquellos grupos o personas que contribuyen a la expresión de su derecho a la creación intelectual, artística, científica, y técnica (artículo 2° y 8 de la Constitución), además de respetar la propiedad de las comunidades nativas y campesinas, sobre sus conocimientos colectivos de medicina tradicional y salud, valores genéticos y biodiversidad (artículos 88°, 89°y 149° Constitucional).

Por ello, se consideró que el Estado debía contar con una política especial, cultural y económica para la protección de los conocimientos tradicionales, los cuales constituían un cuerpo dinámico de conocimientos organizados que puede enriquecerse con descubrimientos de cada generación;³⁰² a fin de evitar su desaparición.

³⁰⁰ Tribunal Constitucional de la República del Perú; Pleno Jurisdiccional; Proceso de Inconstitucionalidad; Demandante: Presidente de la República, Demandado: Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco; 27 de septiembre de 2005.

³⁰¹ El 23 de septiembre de 2005, Perú depositó el instrumento de ratificación de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en la UNESCO.

³⁰² Tribunal Constitucional de la República del Perú; Pleno Jurisdiccional; Proceso de Inconstitucionalidad; Demandante: Presidente de la República, Demandado: Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco; 27 de septiembre de 2005; p. 48.

Por la importancia de la hoja de coca para la sociedad peruana, el Tribunal consideró que el legislador debía hacer efectivas las normas internacionales garantizando la participación de los beneficios de exploración a la sociedad, pero principalmente el derecho de las comunidades nativas y campesinas³⁰³ de recibir la contribución de sus conocimientos tradicionales sobre la hoja de coca en la generación de la riqueza.

El Tribunal compartió la preocupación de los demandados de que el gobierno nacional no haya declarado el uso tradicional de la hoja de planta de coca como patrimonio cultural inmaterial; lo que podría generar una inconstitucionalidad por omisión; por ello exhortó al Congreso Nacional a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación; y comenzar los trámites para evaluar la conveniencia técnica de declarar el uso tradicional de la hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial.

Posteriormente, el 11 de junio de 2008, el Tribunal Constitucional resolvió el expediente 6-2008, una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República en contra de los artículos 1° y 2° de la Ordenanza Regional 22-2007 del Gobierno de Puno y la conexidad con los demás artículos.

En dicha Ordenanza se reconoció a la hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, regional, etnobotánica, sociológico, histórico, industrial, medicinal y alimenticio del pueblo Quechua de la Región de Puno. En el expediente citado, el Colegiado analizó el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas (entendidas como jurídicas y humanas) previsto en el inciso 19), artículo 2°, definió a la identidad étnica como aquellas características, que, al prevalecer en un grupo y distinguirlo de lo demás, se inclina a considerarlo como un pueblo aparte; y como identidad cultural general, de todo grupo social, que comparte experiencias y luchas

³⁰³Artículo 89° Constitucional.

sociales para autodefinirse, es decir, la identidad étnica es una especie de la identidad cultural.

El Tribunal precisó que el derecho a la identidad cultural debe ser protegido en un concepto amplio, no nada más referido a los grupos minoritarios sino a todos aquellos grupos sociales y locales, en los que se dé una manifestación cultural; además, definió a la identidad cultural como un elemento de integración de la sociedad en el marco del pluralismo del Estado Democrático Constitucional, un conjunto de manifestaciones y rasgos culturales de cualquier índole, que caracteriza a una sociedad o grupo social, es decir, imprime cualidades que permiten su reconocimiento como grupo existente que interactúa en un contexto y tiempo determinado y se puede identificar sus diferencias con el resto de los demás grupos sociales.

Dichas expresiones culturales han sido reconocidas por el Tribunal como patrimonio cultural inmaterial y los bienes culturales como patrimonio cultural material; los cuales forman parte de la doble dimensión de la cultura; es decir, por un lado se expresa la “obra cultural” de un grupo como un monumento, construcción, etc. Y por otro lado representa la identidad emotiva, es decir, se constituye una característica objetiva y una subjetiva; por lo que deben ser tuteladas por el artículo 21 de la Constitución, en el cual se reconoce el patrimonio cultural de la nación.

Aunado a lo anterior, el Tribunal consideró que la expresión de la cultura de un pueblo, los elementos que forman su cultura, sus prácticas ancestrales y en general, su patrimonio cultural, pueden ser tutelados como expresión del derecho a la identidad cultural, ya que reflejan su vida cotidiana mantenida a través del tiempo, su historia y aspiraciones de la comunidad.

El Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la Ordenanza por falta de legitimación para declarar como patrimonio cultural de la nación a la hoja de coca; y exhortó de nuevo al Ejecutivo a declarar dicho patrimonio.

2.3 Implementación del sistema *sui generis*

Como hemos visto, el Estado de Perú ha tomado una serie de medidas estructurales que han ayudado a la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas; medidas que se enfocan más en la protección del robo de dichos conocimientos, aún falta ampliar la visión de protección, para que los conocimientos puedan protegerse activamente, es decir, para que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho sobre sus conocimientos.

Haciendo un resumen de lo que ha implementado el Estado, respecto del sistema *sui generis* con el que cuenta para la protección de los conocimientos tradicionales, lo cual realiza a través de diversos instrumentos, tratados como el Convenio de Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del CDB, las Decisiones 391, 486 y 523 de la Comunidad Andina; en las que se precisa que para poder solicitar patentes en las que se vean involucrados conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas se deberá adjuntar licencia u autorización de dichas comunidades para su uso; así como diversas prohibiciones para registrar marcas en las que se afectarían derechos de terceros, como nombres de las comunidades, plantas, signos, etc. y la interpretación de dichas disposiciones por el Tribunal de Justicia.

En la Carta Andina para la promoción y Protección y de los Derechos Humanos, se reconoce la protección a dichos conocimientos como un derecho humano.

El Estado emitió la Ley 27811, mediante la cual se reconoce el derecho de las comunidades sobre sus conocimientos tradicionales, pues se prevé el consentimiento previo e informado de las mismas para que un tercero pueda acceder o utilizar dichos conocimientos.

Aunado a lo anterior, se tiene una base de datos, en la cual se registran los conocimientos tradicionales a petición de los pueblos titulares; el cual se toma como antecedente para contrarrestar el criterio de novedad que se pide para poder ser titular de una patente.

Los pueblos indígenas tienen acceso al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas con la finalidad de contribuir a su desarrollo a través del financiamiento.

El Estado peruano protege los conocimientos de dos maneras; la primera es respecto del uso autorizado y la segunda de la divulgación de los conocimientos por parte de un tercero sin autorización para ello. Como formas de garantía para hacer efectivos sus derechos, las comunidades pueden interponer una acción por la vulneración de sus derechos humanos, una acción reivindicatoria e indemnizatoria. En el ámbito procesal, la carga de la prueba se invierte al demandado por la infracción a los derechos de los pueblos indígenas.

El Estado creó la Comisión Nacional para la Protección de Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y a los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, que entre sus múltiples funciones se destaca por registrar los conocimientos, dar continuidad a las solicitudes o patentes que se otorgaron en el extranjero; así como interponer acciones de nulidad u oposición respecto de patentes relacionadas con conocimientos tradicionales pertenecientes a un pueblo indígena peruano; la citada Comisión ha logrado la denegación de patentes en Europa.

El Ministerio de Cultura de Perú, tiene el deber de investigar y promover el reconocimiento a la diversidad cultural y a los conocimientos tradicionales.

El Tribunal Constitucional ha determinado que los conocimientos tradicionales son parte de la identidad cultural de las comunidades indígenas, ya que forman parte del patrimonio cultural inmaterial.

Por otra parte, el Estado ha reconocido el derecho a la salud intercultural, en el que se toma en cuenta la medicina tradicional de las comunidades indígenas; lo cual, de conformidad con la Ley General de Salud del Estado, es de interés y atención preferente; la Norma Técnica de Salud para la Atención del Parto Vertical en el Marco de los Derechos Humanos con Pertinencia Intercultural, en la que se define lo que debe entenderse por agente de medicina tradicional o ancestral y se explican las medidas y los beneficios de un parto vertical; así como diversas investigaciones de los sistemas de salud de los pueblos indígenas; fortaleciendo el intercambio entre las comunidades y médicos profesionales.

Por las consideraciones anteriores, se puede observar que el Estado de Perú tiene un sistema de protección amplio; cuenta con legislación expresa en la que reconoce el derecho de las mismas a ser titulares de sus conocimientos, así como acciones nacionales e internacionales para reclamar el robo de los conocimientos, ello a partir de una comunicación constante con las oficinas de propiedad industrial en el mundo, con la finalidad de proteger y reivindicar los conocimientos que han sido robados.

El Estado peruano no se opone al uso de los conocimientos tradicionales por terceros, entendiendo con ello, que las comunidades al ser titulares de los conocimientos pueden ejercer sus derechos de explotación u otorgárselos a un tercero para que de conformidad con los términos acordados entre ambos, se dé la explotación del conocimiento y la comunidad obtenga los beneficios esperados. Aunque ello

resulte un tanto difícil, las comunidades tienen el control absoluto de la identidad cultural que les pertenece y con ella, los conocimientos que durante el tiempo por el que han permanecido.

Aún falta muchas cosas que precisar en las legislaciones, por ejemplo la forma de protección de los conocimientos para la explotación de los mismos para uso propio; sabemos que es una misión amplia, que debe tomar su tiempo de creación, por ello los Estados han apostado en proteger los conocimientos de la apropiación indebida por terceros y buscar que se le otorguen a las comunidades beneficios de la explotación de su conocimiento.

Sin embargo, los Estados no pueden aducir que cumplieron con sus obligaciones solo protegiendo de esta manera los citados conocimientos, deben ir más allá y buscar una protección amplia, global del problema que aqueja a un sector minoritario, como son los pueblos indígenas, quienes han sido puestos siempre en los últimos temas a tratar en las agendas nacionales.

CAPÍTULO IV. Propuesta de una protección al conocimiento tradicional de forma *sui generis*

1. Análisis del Sistema Jurídico Mexicano

Haciendo un análisis del sistema jurídico mexicano de protección a los conocimientos tradicionales; la Constitución Federal, reconoce el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a preservar y enriquecer sus conocimientos, lo cual se considera de corto alcance para una protección especial de dichos conocimientos a través de un sistema que realmente logre una protección amplia y garantice la esencia e identidad como pueblo.

Aunado a lo anterior, es de cuestionarse si al sistema jurídico mexicano como tal se encuentra interesado en la protección de los derechos en general de las comunidades indígenas, pues desde nuestro parecer, es poco comprometido al delegar, desde un inicio, a las Entidades Federativas, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos y a las leyes federales, por ejemplo el artículo 100 de la Ley Agraria el Estado reconoce el derecho de las comunidades a que se proteja su territorio; sin embargo no exista regulación al respecto.

Respecto del derecho al territorio de las comunidades, el Estado la protege a través de las figuras jurídicas como son los ejidos y la propiedad comunal, sin que ello sea acorde a los estándares establecidos en el Convenio 169 de la OIT, ya que los ejidos y las comunidades agrarias son una forma de organización campesina, mientras que los pueblos indígenas son organizaciones ancestrales, cuya dinámica es política, cultural, social y económica, tiene especificidades propias sustentadas en sus tierras y territorios, por lo que se debe proteger de manera especial y no a través de la visión económica agraria; un ejemplo de ello es el poblado de San Juan del Estado, en el Distrito de Etna, del estado de Oaxaca, el cual solicitó su reconocimiento como

comunidad ante el Tribunal Agrario; sin embargo el sistema no cuenta con las particularidades que requieren las comunidades para que realmente se proteja todo su territorio y como consecuencia, los conocimientos que se encuentran relacionados.

Aunado a lo anterior, la protección establecida para los recursos naturales que usan y disfrutan las comunidades indígenas de los lugares que ocupan, no cuenta con una cosmovisión ancestral, ya que si bien, se reconoce dicho derecho, ello no aplica con aquellos recursos que correspondan a áreas estratégicas del Estado; si bien es cierto que ello se establece por un bien común del país, se hace de manera tajante sin pensar en las comunidades indígenas de las cuales su existencia dependiera de dicho recurso.

En México se debe dar un paso más allá respecto de la protección a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas al garantizar el ejercicio pleno del derecho al proteger el bien incorporo y no así la materialización del mismo.

En la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, se pretende proteger los conocimientos que identifican a las comunidades, pero la mayoría de las legislaciones existentes solo hacen mención del derecho sin que ello se reglamente; lo cual tiene como consecuencia el deterioro de la riqueza cultural y de su identidad.

Sin embargo, el Reglamento Interior de la Secretaría de Cultura establece la facultad de la Dirección General de Culturas Populares, Indígenas y Urbanas, de diseñar políticas para preservar el desarrollo de las culturas indígenas y crear programas de coordinación interinstitucional que permitan fortalecer el respeto, el aprecio y la promoción solo de las expresiones culturales, sin hacer mención a los conocimientos.

Por otro lado, el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas es la autoridad para definir, normar, diseñar, establecer, ejecutar, orientar, coordinar, promover, dar seguimiento y evaluar las políticas, programas, proyectos, estrategias y acciones públicas, para garantizar el ejercicio y la implementación de los derechos de los pueblos indígenas así como su desarrollo integral, el fortalecimiento de sus culturas e identidades, sin embargo no se establecen procedimientos claros, acciones precisas para la protección del patrimonio cultural de las comunidades.

Aunado a lo anterior, la Comisión Intersecretarial para el Desarrollo Rural Sustentable, con la participación del Consejo Mexicano para el Desarrollo Rural Sustentable, establecerá las medidas necesarias para garantizar el derecho a la propiedad intelectual de las comunidades indígenas, consideración ambigua, sin ofrecer una real protección.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley para la Protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el estado de Guanajuato, reconoce como parte de la identidad cultural al patrimonio intangible, aquellos conocimientos y técnicas, producto de la actividad intelectual creativa del individuo y de la comunidad en su contexto cultural o espiritual, los cuales infunden un sentido de pertenencia; la Ley de los Derechos Culturales de los Habitantes y Visitantes de la Ciudad de México, reconoce el patrimonio cultural como un derecho humano, establece que los pueblos y barrios originarios, así como los productores culturales populares, tienen derecho a la protección de sus saberes ancestrales, el conocimiento, desarrollo y difusión de las culturas de los pueblos indígenas del país, mediante acciones gubernamentales.

El sistema jurídico mexicano, no cuenta con criterios o bases mínimas homologadas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, criterios que atiendan sus particularidades y necesidades; pareciera que México se conforma solo con el reconocimiento de los derechos indígenas sin realmente buscar su ejercicio

efectivo; se considera de suma importancia el reconocimiento pero más aún la forma en que las comunidades los hacen valer.

El Estado mexicano debe tomar muy en serio su papel como garante de los derechos fundamentales de sus habitantes, porque de poco sirve la protección internacional que diversas tradiciones mexicanas tienen, por ejemplo en el Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO si realmente en el ámbito internacional continuamos con carencias estructurales, desde el reconocimiento de las comunidades indígenas hasta la protección de su identidad como tal.

Un ejemplo de lo anterior, es la falta de interculturalidad del derecho a la protección a la salud, pues no se reconocen sus costumbres, creencias y cosmovisiones; la forma en la que perciben a la enfermedad y los métodos, tratamientos utilizados son poco conocidos y poco utilizados por los especialistas de salud que atienden a las comunidades; y como consecuencia de ello, se vieron forzados a crear el Congreso Nacional Indígena, y el Sistema de Salud Autónomo Zapatista.

Si bien, el estado de Puebla reconoce e incorpora al sistema de salud la medicina tradicional como un sistema alternativo y complementario de la medicina alópata y el estado de Yucatán que obliga a las autoridades a brindar el servicio de salud en coordinación con las comunidades; criterios que se acercan más a la protección de los conocimientos tradicionales de una manera efectiva, sin embargo se considera que el sistema de salud tradicional debería protegerse como un sistema autónomo.

En conclusión, se considera que el Estado mexicano tiene poco compromiso con las necesidades de las comunidades indígenas; que aunque se firmen tratados

garantistas y leyes prometedoras; sino existe una preocupación real por sustentarlas al considerarlas como parte fundamental de la nación, para ejercer dichos derechos, dichas leyes y tratado solo serán letra muerta que ampara pero no garantiza un cambio en las condiciones en las que se encuentran dichas comunidades. Así, el Estado mexicano más allá de todo debe implementar campañas serias acerca de la importancia de las comunidades indígenas en nuestro país y crear conciencia de ello.

1.1 Insuficiencia de las figuras de propiedad intelectual vigentes en México para proteger los conocimientos tradicionales indígenas

Como ya vimos, el sistema de propiedad intelectual no es un medio idóneo para la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas, pues no responde a las necesidades y características de estos; específicamente la propiedad industrial atiende a cuestiones de explotación comercial, que si bien es cierto que un tercero difícilmente robe conocimientos que no sean susceptibles explotación económica, lo cierto es que los conocimientos tradicionales van más allá de un interés económico, pues lo más importante es la identidad que cada símbolo, la forma de producir el alimento, sus tradiciones, etc. los hace uno solo.

Sin embargo, para una protección efectiva de los conocimientos tradicionales, se debe partir de la idea que estos forman parte de los derechos humanos y no como un medio de explotación comercial, ya que se encuentran íntimamente relacionados con otros derechos humanos.

La protección a la propiedad intelectual tiene como finalidad controlar las ideas y que estas no sean alteradas ni robadas; sin embargo, lo que se busca en la protección a los conocimientos tradicionales debe ir más allá de poder controlar las ideas de los

indígenas sino otorgarle todo el respeto y valor que tienen; resaltar la cultura y no solamente cuidar el robo o la modificación que pueden llegar a hacerles.

Ahora bien, respecto del derecho moral en la propiedad intelectual, es el reconocimiento del autor de la obra o de la invención, en el sistema jurídico se considera al autor a una sola persona, lo cual hace difícil la protección a través del sistema mencionado, pues los conocimientos no solo pertenecen a una sola persona sino a toda la comunidad; no importando que recaiga en una sola persona por ejemplo los chamanes o curanderos, el conocimiento que se posee no se considera como propio sino perteneciente a la comunidad, en el cual solo ellos son administradores. Por lo anterior, no se puede identificar a un solo autor y darle la protección a este de una obra creada a partir de la comunidad.

Respecto del tiempo de protección, es uno de los puntos fundamentales que se deben abordar para la protección de los conocimientos tradicionales indígenas, en el sistema jurídico de propiedad intelectual existe un límite de tiempo para el uso exclusivo de la invención que es de 20 años, mientras que en el derecho de autor es durante la vida del autor y 100 años más; respecto de los conocimientos lo que se busca es una protección que no tenga límite en el tiempo de exclusividad, ya que una de las características fundamentales de dichos conocimientos es que a través de ellos la comunidad se identifica como tal, con sus ancestros, cultura, sociedad, etc. Por lo que el tiempo de protección debe establecerse por tiempo indeterminado, mientras exista dicha comunidad o hasta en tanto, el conocimiento reciba un cambio trascendental en su esencia que deba ser tema de otra forma de protección.

En relación con la protección a los conocimientos a través de las patentes, dicho sistema requiere diversas características de la invención para que pueda ser protegida, por ejemplo, la invención debe tener novedad, es decir, que no sea del conocimiento de la sociedad, garantizando así que la protección sea al titular de la misma; sin

embargo poco ayuda dicho requisito ya que los conocimientos, en su generalidad, son de la sociedad especialmente de la comunidad; no se pretende proteger una idea sino un derecho humano.

Otro de los requisitos es que la invención debe tener una actividad inventiva de aplicación industrial, es decir, que a través de la explotación de la misma se pueden beneficiar económicamente; que el producto sea comercial; característica que rompe la esencia de los conocimientos ya que estos no son creados por la comunidad con fines comerciales o de producción, sino los crean como manifestación de su cultura, una forma de identidad; muchos de ellos surgen de manera empírica, a través de la observación y de su transmisión de generación en generación.

Ahora bien, la Ley de la Propiedad Industrial se establece la prohibición de patentar los procesos biológicos de animales y vegetales, cuestión que para la protección efectiva de los conocimientos tradicionales debe revisarse, pues si bien, a nivel industrial no pueden ser patentados, pero una pieza clave en los procesos biológicos es la modificación del control genético, que en caso de los conocimientos pueden ser estos los que provoquen una mutación genética, especialmente de plantas, y con ellos un beneficio para la sociedad; ello sucede con las variedades vegetales, que de igual forma no pueden ser patentadas.

Por otro lado, como vimos anteriormente, la Ley de Propiedad Industrial protege las marcas, que son dibujos, logotipos, lemas publicitarios, olores, sonidos, formas tridimensionales que tienen como finalidad llamar la atención de un producto o de un servicio, característica no compatible con los conocimientos tradicionales indígenas, pues dichos conocimientos no son creados con el objetivo de explotarlos económicamente sino se crean a partir de una identidad social, por lo que son únicos de dicho pueblo o comunidad, por ello no es necesario la distinción entre los productos.

Aunado a lo anterior, las marcas colectivas que buscan la protección de productos regionales con productos que cuentan con características similares entre sí, no pueden ser transmitidas a terceras personas, pues lo que se protege es el producto y la región no importando la diversidad de sus creadores; lo mismo pasa con las marcas de certificación; mientras que en el sistema *sui generis* se busca una protección con reconocimiento al valor, en su totalidad, con el que cuentan las comunidades y pueblos indígenas.

Por último se encuentran las denominaciones de origen, las cuales protegen a productos únicos de una región, los cuales son bienes del dominio público de la Federación y solo pueden usarse mediante autorización emitida por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; cuestión que a todas luces es un retroceso de los derechos y recursos de las comunidades y pueblos indígenas.

De lo anterior, se concluye que el sistema jurídico de propiedad intelectual no es un sistema eficiente que pueda atender las particularidades de los conocimientos tradicionales indígenas, mediante el cual puedan ser garantizados de manera efectiva; pues pareciese que se pretende adecuar un sistema que tiene una visión totalmente diferente a lo que se pretende proteger.

1.2 Falta de una legislación especial en la materia

La falta de protección al patrimonio cultural inmaterial afecta a los pueblos y comunidades indígenas y deteriora la riqueza cultural de los pueblos ya que al poner en riesgo los conocimientos y saberes ancestrales del país, los pueblos y comunidades son despojados de su identidad. Por ello es de suma importancia que el Estado reconozca e implemente medidas necesarias que garanticen su protección.

Como se ha visto, los conocimientos tradicionales son una parte esencial y fundamental para la subsistencia de los pueblos y comunidades indígenas, por lo que resulta necesario prestar más atención a ello, especialmente para constituir un sistema de protección para que las comunidades puedan ejercer sus derechos libremente, con la seguridad de que serán beneficiados de compartir su conocimiento y tener la facultad de poder decidir todo al respecto.

En México resulta un tanto complicado la aprobación de una maquinaria como la que se necesita para proteger dichos conocimientos dado a las ideas de unificación del pueblo mexicano y del exterminio de los indígenas; pues el país con sus actos, su falta de legislación y actualización de la misma evidencia el poco interés que tiene de respetar y garantizar los derechos indígenas.

Por ello es fundamental que todos ahora enfoquemos nuestra mirada y nos intereseamos por las comunidades indígenas y sus problemas, pues son parte de nuestra historia, linaje, cultura; y el hecho de que exista diversidad no quiere decir que no exista unidad.

1.2.1 Iniciativa de Ley del Diputado Teófilo Manuel García Corpus, del grupo parlamentario del PRI

En la exposición de motivos de dicha iniciativa se reafirma la falta de eficacia en la forma en la que el Estado garantiza el ejercicio de los derechos humanos de las comunidades indígenas; en especial en el derecho a la consulta reconocido en diversos estándares nacionales e internacionales que son letra muerta, ya que no se han llevado a cabo; siendo punto central de la Ley.

En la propuesta de la Ley Federal de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas establece principios que toda consulta debe tener, como es la autonomía, buena fe, la diversidad cultural, equidad, interculturalidad, participación, transparencia. Sin embargo, no se precisa que la consulta debe hacerse para otorgar el consentimiento en proyectos a gran escala, solo establece alcanzar acuerdos o lograr el consentimiento; si bien es cierto que es parte del texto del Convenio 169 de la OIT, el criterio emitido por la Corte Interamericana es mucho más garantista, al establecer que en proyectos a gran escala de alto impacto, se debe obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas. Se toma en consideración como requisito previo a la elaboración de programas nacionales, o para el otorgamiento de particulares de concesiones, permisos.

Uno de los puntos que llaman la atención de dicha propuesta es el enfoque que le otorga a los sujetos que pueden solicitar una consulta; en la propuesta se estableció que las comunidades indígenas están facultadas para solicitarlas cuando exista la presunción de actos que puedan afectarles, que debe tener un trato diferente, ya que el Estado es responsable de consultar a las comunidades en cuanto se vea una acción que afecte o involucre cuestiones indígenas, ni siquiera las empresas que desean una concesión; con la redacción de la propuesta pareciese que pensamos que restamos tal carga al Estado como adjudicamos una carga desproporcionada a la comunidad de solicitar su consulta, como si fuera la interesada de realizar afectaciones en su cosmovisión.

Uno de los puntos fundamentales que hay que tener presente es que cualquier acto que afecte a las comunidades o pueblos indígenas sin ser consultados y en su caso haber otorgado su consentimiento o llegado a algún acuerdo, vicia todo el acto y debe retrotraer sus efectos hasta el momento antes de la violación, porque no se llevó a cabo conforme a derecho.

Por otro lado, el Estado, al ser responsable de realizar la consulta, se debe precisar que no importando si la dependencia que solicita la consulta tuviera la personalidad jurídica para hacerlo, de oficio, el organismo de revisión debe -al considerar que el tema es materia de una consulta- realizarla.

En el artículo 33 de la propuesta establece que la consulta se suspenderá cuando se logre un acuerdo, sin embargo, como bien lo apunta dicha ley en su primer parte, una de las finalidades de la consulta es llegar a un acuerdo, por ende, en términos estrictos no se suspendería como si quedara incompleta sino que dicha consulta cumpliría su fin.

Por último, se debe precisar cuestiones referentes a los estudios de impacto ambiental y los beneficios que obtendrán las comunidades por otorgar su consentimiento o de llegar al acuerdo.

1.3 Falta de promoción de asuntos de conocimientos tradicionales ante los tribunales nacionales

La falta de legislación que garantice el ejercicio de los derechos indígenas respecto a los conocimientos tradicionales y el desinterés en estos temas ha ocasionado que los pueblos y comunidades, al experimentar un robo de sus conocimientos no tengan herramientas para poder hacer frente a la situación, por lo que los pronunciamientos jurídicos de los tribunales son escasos, vagos y sin impacto en el sistema jurídico mexicano.

El Poder Judicial de la Federación ha hecho pronunciamientos e interpretaciones profundas a la luz de control de convencionalidad, mucho más garantistas, sin embargo no respecto de los conocimientos tradicionales y su protección.

Una de las funciones de la interpretación de leyes pues es darle sentido a la misma y actualizarla, por lo que sin ley los jueces no tienen qué interpretar y aplicar en favor de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas.

2. Propuesta de un sistema de protección al conocimiento tradicional

En este trabajo se pretende presentar los problemas que existen para las comunidades y pueblos indígenas respecto a sus conocimientos tradicionales y así poder crear una estrategia, una serie de actos que el Estado mexicano debe realizar para garantizar de manera eficaz el derecho a sus conocimientos.

A través del presente trabajo de investigación se advirtió el problema en el que se encuentran las comunidades y pueblos indígenas respecto de sus conocimientos tradicionales, por ello es de suma importancia que el sistema jurídico mexicano resuelva dicha situación y sea un garante de los derechos humanos. Por lo que hemos estudiado, México solo cuenta con leyes muy abstractas así como tratados que no aterrizan al problema y una solución eficaz.

Por ello y para la protección de la identidad cultural, salud, propiedad, indígena resulta indispensable crear un sistema *sui generis* que atienda las particularidades y la complejidad de los conocimientos tradicionales.

2.1 Derecho de las comunidades y pueblos indígenas en México a una consulta previa y de participación en la creación del sistema *sui generis*

Uno de los puntos fundamentales que deben tomarse en cuenta para cualquier trabajo en el que se vean involucrados los indígenas es una consulta. Por ello es de suma importancia que antes de realizar cualquier acto se realice una consulta bajo los estándares convencionales anteriormente citados y las interpretaciones que especialmente la Corte Interamericana ha realizado al respecto.

La Corte considera que uno de los fines de las consultas es llegar a un acuerdo cuando son cuestiones que no comprometen la existencia de los indígenas y se debe obtener el consentimiento si se tratan de megaproyectos en donde la forma de vivir de la comunidad se vea afectada.

En este sentido, se considera que la creación de un sistema *sui generis* de protección a los conocimientos tradicionales debe partir de la aprobación de los pueblos y comunidades indígenas; en donde se explique de manera detallada los beneficios que se obtendrán con la medida, así como los detalles del mismo en los cuales podría haber conflicto, por ejemplo, en la creación de una base de datos, pues dichos conocimientos formarán parte del saber de diversas personas que tendrán que mantener en absoluto secreto dicha información, obtenida a través del trabajo que desempeñen para protegerlos.

La consulta será también un parteaguas de la manera en la que se ejecutará el sistema de protección, ya que atenderá las necesidades de las comunidades respecto de sus conocimientos y en ciertas cuestiones, este tendrá que ser flexible para adecuarse a las situaciones de cada comunidad, sin que ello signifique salirse del parámetro generalmente establecido.

La participación de las comunidades, como ya se vio, es fundamental para crear un sistema realmente eficaz, mediante el cual se garanticen sus derechos y estas tengan la seguridad de acudir a las instituciones para hacerlos valer, y así comience una era diferente, lejos del paternalismo del Estado, por una fortaleza que las lleve a una independencia en donde pueda vivir bajo su esencia; sin que ello implique dejar de pertenecer al Estado o no acatar los principios constitucionales y legales que los rigen.

2.2 Creación de una ley especial en materia de conocimientos tradicionales, iniciativa de ley de los senadores Susana Harp Iturribarria y Ricardo Monreal Ávila

El 15 de noviembre de 2018, Susana Harp Iturribarria y Ricardo Monreal Ávila senadores de la República Mexicana presentaron una iniciativa de ley llamada: “Ley de Salvaguardia de los Conocimientos, Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos, ya que los pueblos indígenas, aunque son portadores de culturas milenarias y guardianes de una gran diversidad natural existente en sus tierras y territorios, siguen viviendo en condiciones de pobreza, marginación, discriminación, exclusión económica y social, debido a la falta de reconocimiento en las estructuras jurídicas, políticas y del Estado, en ausencia de normas, instituciones y políticas públicas que realmente los consideren sujetos de derecho, por ello resulta prioritario construir en el país una base jurídica sólida que permita instituir una cultura de respeto, tanto para sus derechos individuales como para los integrantes de una comunidad.

Los senadores consideraron que en México no puede seguir perpetuándose un sistema que de iure brinde protección a los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes, mientras que de facto existe una violación persistente de los

mismos, generalmente basada en criterios de discriminación. Los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, deben ser preservados para las generaciones futuras para que ellas puedan también gozar de esa sabiduría, producto de la acumulación del conocimiento, en ocasiones milenario, pues también de ella emana la identidad del país.

Los legisladores citaron la Reunión Regional sobre Protección de los Conocimientos Tradicionales, Expresiones del Folclor y Recursos Genéticos en América Latina y el Caribe, celebrada en Caracas, Venezuela, del 28 al 29 de mayo de 2009, respecto de una nota de la Secretaría General de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) que remitió a la Junta de Comercio y Desarrollo de febrero de 2006, en la que señalaba que los conocimientos tradicionales son motivo de preocupación internacional porque son importantes para la vida de la mayoría de los habitantes del mundo, son fundamentales para la conservación de la diversidad biológica, los cuales se están perdiendo rápidamente, el otorgamiento y uso de patentes no autorizadas o improcedentes, con escaso o ningún beneficio para los poseedores originales de tales conocimientos y el interés por el desarrollo local sostenible que ofrecen los conocimientos tradicionales.

Consideraron que mientras el marco legal aplicable mantenga la visión clásica de la propiedad intelectual, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, corren el riesgo de ser considerados como libres de toda propiedad intelectual — conocido como dominio público—, evolucionando en saberes convertidos en mercancía que siguen una lógica de mercado y sobre los cuales los pueblos y comunidades indígenas pierden cualquier capacidad de gestión.

Las características singulares de los conocimientos tradicionales que los distinguen de cualquier otro “conocimiento productivo”, tal y como está definido en el Plan de Innovación Protegida emitido por la Secretaría de la Economía y el Instituto

Mexicano de la Propiedad Industrial es la relación cercana con el hábitat, ya que la mayor parte de los conocimientos se basa en el uso de los recursos naturales existentes en el territorio indígena, las condiciones climáticas, ambientales y geográficas que inciden en el tipo de conocimiento que se desarrolla y el tipo de problemas que se busca solucionar.

Aunado a lo anterior, la mayoría de los conocimientos se transmiten oralmente, por lo que es raro encontrar una constancia escrita del proceso seguido para obtener el objeto, mezcla en el que se materializa el conocimiento; son productos inacabados, ya que en su mayoría sirven como materia prima de otros productos usualmente procesados e industrializados, incluyen valores religiosos, culturales y sagrados.

El fin de la propiedad intelectual colectiva está ligado a la necesidad de la reproducción social y cultural de los pueblos indígenas, pues solo a partir de una titularidad colectiva se logrará asegurar la supervivencia de su cosmovisión.

Los objetivos que persigue la Ley en cuestión es dar certidumbre jurídica a los derechos en materia de conocimientos tradicionales, asegurar la supervivencia de las culturas indígenas, reconocer el derecho consuetudinario y de las prácticas que los rigen, la repatriación del patrimonio cultural, la conservación de las tradiciones orales, la creación de incentivos para la transmisión de los conocimientos tradicionales o indígenas, la conservación de la integridad de los sistemas de conocimientos y su promoción como parte de una estrategia de desarrollo contra la aprobación no autorizada y la explotación comercial ilícita.

En el proyecto de Ley se prevé que la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y el Instituto Nacional de Antropología e Historia como autoridades para aplicar e interpretar la ley; para interpretación y aplicación de la ley, hace una diferencia entre las manifestaciones culturales no disponibles públicamente

y ello depende de aquellas que se encuentran en el Inventario Nacional o aquellas que se encuentran asociadas con sus titulares.

Cualquier persona que quiera hacer uso comercial o industrial de las manifestaciones culturales no disponibles públicamente deberá obtener una licencia, para lo cual debe:

- a) Contar con el consentimiento libre, previo e informado del pueblo o la comunidad titular; el cual debe corroborarse de oficio.
- b) Celebrar el contrato de licencia de uso que incluya los términos de la remuneración justa o el esquema de distribución de beneficios.
- c) Respetar el derecho de atribución.
- d) Inscribir el contrato, en cual tendrá una vigencia máxima de cinco años y, por mutuo consentimiento, podrán ser prorrogables.

Obtenida la licencia de uso, cada vez que se ejercite, el licenciatario deberá dar a conocer al público, el número de inscripción, el nombre del titular, la región y el país de origen; además faculta a la Comisión Nacional a ser quien asesore la negociación, la celebración del contrato y su cumplimiento.

Por otro lado crea el Inventario Nacional del Patrimonio Cultural Inmaterial Indígena y Afroamericano, en el que se documentará, identificará, registrará licencias de uso y se catalogarán las manifestaciones culturales y contratos anteriormente mencionados, relacionadas con el objeto de la presente ley; hacer declaratorias de disponibilidad pública y registrar las sanciones administrativas aplicadas.

Si en dicho inventario no se contempla alguna manifestación cultural, esto no es motivo para negar los derechos colectivos de los pueblos y comunidades y su registro tendrá efecto retroactivo; además prevé que el ingreso al registro será

accesible de manera digital y pública, cuestión que causa preocupación por la falta de precisión de la propuesta de ley, porque pareciera, por la redacción que cualquier persona, aun no siendo el titular del conocimiento tradicional o alguna autoridad competente podría conocer dicha información para utilizarla en pro de sus titulares, bajo el principio pro personae, tener acceso y así poder adjudicarse conocimientos fundamentales para la comunidad, dejándola desprotegida, pues si todos los conocimientos de comunidades indígenas y afro mexicanas se registrarán e incluirán aquellos que no se encuentran disponibles públicamente por lo que es muy probable que su identidad se vea afectada.

Uno de los puntos más asertivos de dicha propuesta de Ley es que dicho Inventario deberá ser consultado por las autoridades competentes en materia de derecho de autor y propiedad industrial, para efecto de las solicitudes de registro en materia de derecho de autor o de registro de marcas y patentes realizadas por terceros sea verificada su autenticidad, originalidad y creatividad, requisito indispensable para poder registrar una obra y no se trate de un robo de dichos conocimientos, por lo que su omisión será causal de nulidad.

Aunado a lo anterior, se crea un Sistema de Salvaguardia de los Conocimientos Cultura e Identidad de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanos, sin adjudicar directamente la responsabilidad alguna(s) de las autoridades correspondientes; además, establece la obligación del Sistema como un ente a crear mecanismos de cooperación internacional para evitar el uso, aprovechamiento o apropiación no autorizada de los conocimientos o expresiones de la cultura e identidad de los pueblos y comunidades en otros países y regiones, sin embargo no se aborda la reivindicación de los conocimientos ya sustraídos por terceros que comercializan en el extranjero.

Por otro lado considera multas de hasta seis años de prisión y multa de cien a mil días a quien haga apropiación indebida, así como el uso y toda forma de reproducción no autorizados, de cualquier manifestación cultural no disponible; la víctima recibirá cuando menos el 40% del valor de venta al público de los bienes, servicio, artículos, productos y subproductos inherentes; y una multa de mil a diez mil salarios mínimos vigentes en Ciudad de México a quien, sin la licencia correspondiente haga uso de los bienes protegidos en esta ley, si la infracción se comete con fines de lucro se aplicará el doble de la multa anterior y el decomiso de los artículos, productos y subproductos que se hayan reproducido.

2.3 Modificación de la estructura de patente de la Ley de Propiedad Industrial con perspectiva indígena

Como se ha estudiado, diversos países incluido México a tratado de modificar el sistema de propiedad intelectual con la finalidad de hacerlo eficaz y eficiente para la protección de los conocimientos tradicionales, sin embargo, como se advierte del presente estudio, el sistema ha sido creado para la protección de sus autores respecto de sus creaciones a nivel económico; y de lo que se trata en el sistema *sui generis* de protección es precisamente garantizar los derechos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas; es decir, las visiones que tienen cada uno de los sistemas es totalmente opuesta.

Por lo anterior, el sistema de propiedad no es apto para proteger y garantizar a los conocimientos tradicionales pues ya que desde su creación los objetivos a alcanzar son totalmente diferentes; es como por analogía la teoría del árbol envenenado, que solo dará frutos así; el sistema será incapaz de dar frutos positivos a las comunidades por que no fue creado y pensado para cubrir esa finalidad.

Por ello se considera erróneo la forma jurídica de conducirse ya que los conocimientos rebasan los alcances de las leyes de propiedad intelectual.

2.4 Creación de un registro y base de datos acerca de los conocimientos tradicionales

Los conocimientos tradicionales al formar parte del patrimonio cultural inmaterial deben de ser protegidos por ello, la Convención de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial,³⁰⁴ prevé la obligación de los Estados de hacer un inventario del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, como medida de protección, bajo los siguientes criterios:

- a) Identificar a los grupos o comunidades.
- b) Asegurar que el Patrimonio Cultural Inmaterial reconocido por la comunidad o pueblo sea el que se proponga listar.
- c) Que la comunidad o pueblo otorgue su conocimiento para listar dicho patrimonio.
- d) Que se respeten las prácticas consuetudinarias para el acceso al Patrimonio Cultural Inmaterial.

La base de datos no es algo nuevo en México ya que la comunidad Maya, ha creado jardines medicinales en donde se encuentran registradas más de 648 especies de plantas a criterio de médicos tradicionales que las eligieron para su conservación.

Dicho registro cuenta con información de prácticas curativas y datos etnobotánicos; bajo tres niveles, el primero como taxonómico, geográfico y etnobotánico.

³⁰⁴ Ratificada por México el 14 de diciembre de 2005, con entrada en vigor el 20 de abril de 2006.

Sin embargo se considera que no solo se debe crear una base de datos para los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, sino también para el resto que constituyen a una comunidad, ya que se pretende es proteger y abarcar todo aquello que forme parte de la identidad de las comunidades.

Uno de los puntos importantes para la realización de una base de datos son las medidas que el Estado debe tomar al respecto; por ejemplo las cláusulas contractuales con las personas que estarán involucradas, contraseñas, etc. De aquí surgen los problemas de autor por la forma en la que los involucrados la registran, por ello es importante que sean las propias comunidades indígenas que capturen dicha información, como es el caso de la comunidad Maya.

La base de datos puede ser a nivel nacional e internacional, con la finalidad de una protección amplia, que los Estados verifiquen si los inventos que pretenden registrar sus habitantes o extranjeros en su país, se encuentran involucrados conocimientos tradicionales.

Dicha medida debe hacerse bajo la consulta a los pueblos y comunidades indígenas, con la finalidad de llegar a un acuerdo. En Perú uno de los requisitos para registrar una patente es presentar el acuerdo mediante el cual, el titular del conocimiento tradicional da autorización a dicho tercero para que haga uso de este. Sin embargo las consultas deben ser llevadas a cabo por el Estado hasta que se llegue a un acuerdo o que se dé su consentimiento.

Otro de los objetivos de las bases de datos es preservar los conocimientos tradicionales como parte de la cultura y como derechos de las comunidades que deban ser protegidos de su adquisición indebida así como tener el control y poder ejercer sus derechos sobre estos.

Se recomienda que la base de datos se realice por campos, es decir, plantas medicinales, agricultura, tierras sagradas, etcétera pues de esa manera se tendría una clasificación más precisa y se limitaría el acceso de las personas solo a los conocimientos que requiere para determinar una situación.

En la República del Perú tiene tres formas de base de datos, que podrían ser útiles en México; para los conocimientos públicos, confidenciales y locales.

En resumen, la base de datos es una de las medidas que un Estado debe realizar para conservar y proteger los conocimientos, no solo a nivel nacional sino también internacionalmente; así su reivindicación será mucho más fácil y eficaz.

2.5 Introducción de un tipo penal calificado, en el Código Penal Federal que prevea el robo de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas

Como ya hemos visto, la importancia de los conocimientos tradicionales radica en todas las áreas de existencia de las comunidades y pueblos indígenas; los conocimientos significan una evolución, una historia, forman parte de su esencia, de su existencia, de la herencia y huella que dejarán para las siguientes generaciones.

Dado su importancia se considera fundamental crear normas penales que protejan dichos bienes; el robo, el uso no autorizado de los conocimientos, así como la comercialización de los mismos.

Uno de los puntos que fueron abordados en este trabajo de investigación fue la biopiratería, considerada como todo robo, apropiación indebida, control exclusivo por

parte de un tercero de los conocimientos tradicionales indígenas, con la finalidad de utilizarlos y comercializarlos.

Dicho actuar debe ser tipificado en las normas penales, pues como la definición dice es un robo de la esencia e identidad de las comunidades indígenas; sin embargo dicho término se refiere a los conocimientos y recursos genéticos que se encuentran asociados, por lo que se propone que la norma penal que se creé, amplíe su protección al resto de los conocimientos tradicionales indígenas, bajo la óptica de los derechos humanos.

A través del estudio realizado se ha puesto en evidencia la falta de respeto y compromiso que las personas tienen ante los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, aprovechándose de su estado de vulnerabilidad y robándoles todo lo que poseen; utilizándolos para reducir los costos de producción o para un beneficio económico mucho mayor; las personas como gobiernos, empresas, hasta las propias instituciones han abusado de ellos; por lo que es necesaria una medida penal, como última ratio para poder educar al pueblo de México y extranjeros sobre la importancia que tienen los indígenas, así como sus conocimientos; y que no cualquiera puede ser uso de estos sin su consentimiento aún y cuando se vea comprometido el beneficio de la colectividad.

Por ello, la norma penal debe proteger de una manera más amplia que solo a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, pues la protección de dicho sistema va más allá del interés económico, pues la cosmovisión indígena le da mayor importancia a otras cosas que al dinero; gran diferencia entre los indígenas y la visión occidental, en donde el tema económico es de los aspectos más importantes, por ello el mundo solo pretende proteger conocimientos de utilidad para el crecimiento económico del país.

Con el presente trabajo de investigación se pretendió cambiar dicha visión, hacer apreciar al lector las necesidades de las comunidades y pueblos indígenas y la situación tan difícil que se vive en su realidad; en donde todos somos responsables y que podemos hacer muchas cosas para que dicha situación cambie, todo sea mucho más equitativo para todos.

2.6 Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas como órgano encargado de la protección a los conocimientos tradicionales

Como ya hemos mencionado, el sistema de propiedad intelectual no cubre las necesidades y complejidad que implican los conocimientos tradicionales indígenas, por ello, se considera que lo más óptimo y garantista que se debe llegar a hacer es, otorgar dicha facultad al Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, creado por la Ley del 4 de diciembre de 2018; lo relacionado con los conocimientos tradicionales, registros, consultas previas, reivindicaciones, accesos, beneficios como resultado del uso de dicho conocimiento, etc.

Atribución establecida en el artículo 4°, fracción XXXVIII, en la que se establece como atribución del Instituto promover y adoptar medidas en conjunto con los pueblos y comunidades indígenas para la preservación, protección, revitalización y transmisión de los conocimientos tradicionales indígenas; así como los elementos que constituyan la cultura e identidad de los pueblos. Además de las medidas que protejan y garanticen la propiedad intelectual con relación a los conocimientos tradicionales; punto de vista que no es compartido y expuesto anteriormente.

El Instituto debe promover el mantenimiento, fortalecimiento y ejercicio de la medicina tradicional de los pueblos indígenas, a través de sus instituciones, saberes y

prácticas de salud, incluida la conservación de plantas medicinales, animales, minerales, aguas, tierras y espacios sagrados de interés vital.

Aunado a lo anterior, el Instituto está encargado de apoyar y coadyuvar para el reconocimiento institucional de quienes ejercen la medicina tradicional en sus diferentes modalidades, así como la formación del personal médico en la materia, con perspectiva intercultural.

Sin embargo, para llevar un régimen de transición efectivo se considera de suma importancia primero la creación de un área específica en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, el cual se cuente con especialistas en conocimientos tradicionales, sus problemáticas, que sean árbitros en la solución de las controversias, con una perspectiva indígena y que tengan la sensibilidad que requieren todo aquello que tenga que ver con los pueblos y comunidades indígenas.

CONCLUSIONES

A través de la investigación realizada, se llegó a las siguientes conclusiones:

- En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no existe el reconocimiento de la personalidad de las comunidades y pueblos indígenas, ya que solamente existe una delegación de la misma a las Entidades Federativas; cuestión que se considera ambigua, ya que no existe un compromiso real por parte del Estado mexicano de garantizar los derechos indígenas si desde su Constitución no existe esa fuerza o empoderamiento de las comunidades ante la sociedad, así como para ejercer plenamente sus derechos.
- Para poder proteger los conocimientos tradicionales indígenas no es necesaria una definición de estos, solamente se requiere que concuerden con los criterios distintivos que durante un largo tiempo se han estudiado, bajo el criterio enunciativo más no limitativo.
- Los conocimientos tradicionales forman parte de los bienes incorporales de las comunidades indígenas y por lo tanto deben ser protegidos por el sistema jurídico mexicano.
- Uno de los derechos fundamentales que se encuentran relacionados con los conocimientos tradicionales es el derecho a la identidad cultural, piedra angular para el ejercicio de los demás derechos indígenas, para su desarrollo, por ello es fundamental su protección; sin embargo no se encuentra reconocido a nivel constitucional, dejando en un estado de limbo jurídico a las comunidades, esperando a que el órgano jurisdiccional establezca a través de una interpretación.

- El patrimonio tangible e intangible de las comunidades son parte de su identidad cultural, por lo que los conocimientos al ser patrimonio intangible forma parte de su identidad, la cual debe ser protegida por el Estado.
- Las comunidades y pueblos tienen el control absoluto de la identidad cultural que les pertenece y con ella los conocimientos tradicionales que durante el tiempo por el que han permanecido y obtenido.
- Respecto al derecho a la protección a la salud, en la Constitución Federal solo se reconoce el acceso de las comunidades a los servicios de salud aprovechando la medicina tradicional pero no una protección directa, ni la hace parte del sistema de salud indígena; responsabilidad del Estado que dada su omisión tiene que ser suplida por civiles, como el Sistema de Salud Autónomo Zapatista.
- Es de suma importancia que el Estado proteja los sistemas de salud tradicionales indígenas, como un sistema principal de salud, estudiando su cosmovisión, así los conocimientos serán protegidos al ser piedra angular del acceso a la salud; sin embargo el sistema de salud que debe prevalecer ser el interno y como complementario el sistema estatal, ya que este último no cuenta con la sensibilidad que demandan los indígenas.
- En las leyes se encontraron diversos vacíos, normas que remitían a los reglamentos, sin embargo hasta el día de hoy, no existen reglamentos que vuelvan eficaz el sistema de protección; solo se queda en un reconocimiento de derechos (y eso hecho de manera deficiente) sin mecanismos efectivos para su ejercicio; por ejemplo el derecho al territorio.
- Las figuras como el ejido y la propiedad comunal no se encuentran conforme a los estándares establecidos por el Convenio 169 de la OIT.
- El sistema de propiedad intelectual no es el medio idóneo para proteger a los conocimientos tradicionales ya que este sistema está pensado para la

explotación de obras o creaciones de la creatividad humana, mientras que los conocimientos van más allá de una simple cuestión económica, es parte de su identidad cultural, de todo su entorno, de todo lo que los rodea; por ello la concepción de protección bajo el sistema de propiedad intelectual, es ineficaz y se encuentra muy lejos de lo que realmente se busca proteger; además los mismos no alcanzan a proteger las peculiaridades como el tiempo, titularidades colectiva, etc. Por ello es la necesidad de crear un sistema *sui generis* de protección.

- Un ejemplo de lo anterior, son las marcas (prevista para fines lucrativos) se registra para las personas que fueron a registrarla o las de certificación que pueden utilizarlas cualquiera que cumpla los requisitos o las denominaciones de origen e indicaciones geográficas son de dominio público bajo autorización del Estado creando un paternalismo que provoca la desintegración de las comunidades; y no se diga de las patentes, que en cada requisito para registrarlas se contrapone a la naturaleza de las creaciones indígenas.
- Las tres acciones por parte del Estado como una estrategia global de protección es la creación de un proyecto de artículos, bases de datos (en donde el Estado es el único que deberá de tener el acceso para resolver cuestiones determinadas; así como los titulares de dicho conocimiento) y el sistema *sui generis*.
- Los conocimientos tradicionales deben ser protegidos a la luz de los derechos humanos y no solo como una cuestión comercial.
- Es fundamental que las comunidades indígenas cuenten con mecanismos de protección respecto al uso autorizado y no autorizado de sus conocimientos, como la acción reivindicación e indemnizatoria de los mismos en caso de robo, pago de compensaciones pero más importante es el blindaje para que ello no suceda.

- El Estado debe crear campañas serias en el que resalte la importancia de las comunidades indígenas para crear conciencia social.
- Respecto del consentimiento que deben dar las comunidades indígenas en proyectos a gran escala o alto impacto, se considera que el consentimiento no solo se debe buscar en estas situaciones sino también en cualquier proyecto que afecte los intereses indígenas, bajo el principio de autodeterminación de los pueblos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALBÓ, Xavier *et al.*, *Atlas sociolingüístico de los pueblos indígenas en América Latina 1*, Cochabamba Colombia, UNICEF, 2009.

ARÉVALO GUERRERO, Ismael Hernando, *Bienes Constitucionalización del Derecho Civil*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, Colombia 2012.

ASPRÓN, PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, Mc Graw-Hill, México, 2002.

BALTAZAR, PAHUAMBA Rosas, *Derecho a la protección a la salud. Su exigibilidad judicial al Estado*; México, Distrito Federal, Novum, 2014.

BARRIOS, Francisco, *Bienes*, Tercera edición, Universidad del Rosario facultad de jurisprudencia, Colombia, 2014.

BAYLÓN, GUTIÉRREZ, Juan de Dios; *Derecho de los tratados*. Editorial Porrúa; Distrito Federal, México; 2010.

BONIFAZ, M., *El problema agrario indígena en Bolivia*, Sucre, Bolivia, Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, 1948.

BORJA, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*,

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 2010.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2º edición, México, Oxford, 2008.
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE SOBRE SOBERANÍA ALIMENTARIA Y NUEVA RURALIDAD, Cámara de Diputados, *Los pueblos indígenas como sujetos de Derecho Público*, CEDRSSA, 2007.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, onceava edición, PORRÚA, Distrito Federal, México, 2008.
- ESTRADA, ADÁN, Guillermo Enrique, *Curso Básico de Derecho Internacional*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2012.
- FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ Ramón y ACOSTA, Ricardo, *Política agrícola*, México, C.F.E, 1969.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías la ley del más débil*, 3ª. Ed., trad. De Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, España, Editorial Trotta; 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. Miguel Carbonel, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos México, 2007.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, Distrito Federal, México, 2013.

GALEANO, Eduardo, *Las venas abiertas de América Latina*, septuagésima sexta edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 2004.

GARCÍA, AGUIRRE, Miguel Ángel A, *Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas de México y Recursos Genéticos*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2007.

GONZÁLEZ, J. F. R., *El Derecho a la Salud de los Pueblos Indígenas en Colombia, Ecuador y Perú*, Libros Editorial UNIMAR, 2016.

HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.

LÓPEZ, BÁRCENAS, Francisco, *Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas de México*, México, Universidad Autónoma de Coahuila, 2012.

NOVOA MONREAL, Eduardo, et. al., *Estudios de Derecho Económico, La evolución del derecho a la propiedad ante los actuales textos constitucionales latinoamericanos*, Distrito Fedra, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

OBREGÓN Esquivel, *Apuntes para la historia del derecho en México*, México, Porrúa, 2004, t. I.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Conocimientos Tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual*, informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999), Ginebra, Suiza, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, España, Thomson-Aranzadi, 2006.

PICCATO, RODRÍGUEZ, Antonio Octavio, *Teoría del Derecho*, IURE, México, 2006.

QUIROZ, MONSALVO, Aroldo, *Manual de Bienes*, Tomo II, Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá, Colombia, 2000.

RAZ, Joseph, *¿Por qué interpretar?* en: ROJAS, Amandi, Víctor Manuel; *Derecho de los Tratados Tirant lo Blanch*, Distrito Federal, México, 2014.

ROBLES, GREGORIO, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Cuadernos Civitas, Madrid, España, 1997.

RODRÍGUEZ, MANZO, Graciela, *Bloque de Constitucionalidad en México, Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado en México de las Naciones Unidas, 2; Distrito Federal, México, 2013.

ROJAS, AMANDI, Víctor Manuel; *Derecho de los Tratados Tirant lo Blanch*, Distrito Federal, México, 2014.

STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, Colmex-IIDH, 1988.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*; Distrito Federal México, 2013.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos

del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2015.

TÖNNIES F., *Comunidad y sociedad*. Trad. José Rovira Armengol, Ed. Losada, Argentina, 1947.

LEGISLACIÓN

Nacional

Acuerdo por el que se emiten los Lineamientos para el Programa de Derechos Indígenas a cargo de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas del ejercicio fiscal 2017.

Bases Orgánicas de la República Mexicana compartían la visión de la propiedad de las Siete Leyes.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de los 32 Estados que conforman la República Mexicana.

Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana (Constitución de Apatzingán de 1814).

Gaceta Parlamentaria, Año XII, número 2743-XVI, 23 de abril de 2009.

Ley Agraria.

Ley de los Derechos Culturales de los Habitantes y Visitantes de la Ciudad de México.

Ley de Desarrollo Sostenible.

Ley Estatal de Salud del Estado de Puebla.

Ley Federal del Derecho de Autor.

Ley General de Cultura y Derechos Culturales.

Ley General de Equilibrio Ecológico.

Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.

Ley de Propiedad Industrial.

Ley para la Protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el Estado de Guanajuato.

Proyecto de Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano.

Normas Oficiales Mexicanas.

Internacional

Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado.

Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO).

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

Convención Universal sobre Derechos de Autor revisada en París el 24 de julio de 1971.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB).

Convenio 107 de la OIT aprobado en 1957.

Convenio 169 de la OIT.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886).

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883).

Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural adoptado en París el 23 de noviembre de 1972.

Declaración Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Declaración Final de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993.

Declaración Final de la Quinta Cumbre de las Américas.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Declaración de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Declaración de Mataatua.

Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo de Nagoya (del CDB) sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización.

Tratado de Cooperación en Materia de Patentes.

Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.

Derecho comparado

CAN, Decisión 391, Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Sexagésimo octavo Período Ordinario de Sesiones de la Comisión, 02 de julio de 1996, Caracas, Venezuela.

CAN; Decisión 486; Régimen Común sobre Propiedad Industrial, 14 de septiembre de 2000.

CAN; Decisión 523; Régimen Común sobre Propiedad Industrial, 14 de septiembre de 2000.

CAN; Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos; aprobado por el Consejo Presidencial Andino, el 26 de julio de 2002.

Decreto Legislativo No. 838, 5 Ago 96, Facultan al Ministerio de Agricultura para que adjudique predios rústicos a favor de personas y comunidades ubicadas en áreas de población desplazada, Perú.

Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Ley de Creación del Ministerio de Cultura, Ley 29565 de la República de Perú.

Ley de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, Ley 28216.

Ley 20 de 2000 de Panamá.

Ley No. 203 de marcas y otros signos distintivos, de fecha 24 de diciembre de 1999 y la Resolución No. 63/2000 Reglamento del Decreto-Ley No. 203, de fecha 22 de mayo del 2000 de la República de Cuba.

Ley No. 27811 de la República del Perú.

Tratado de Cooperación Amazónica.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Nacional

Tesis sin número, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, número de registro: 279364, tomo XXXVI, octubre de 1932, pág. 1074.

Tesis: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, número de registro: 329705, Segunda Sala, tomo LXII, pág. 501, tesis aislada (Administrativa).

Tesis: sin número Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, número de registro: 335942, Segunda Sala, tomo XLIII, pág. 3152, tesis aislada (Administrativa).

Tesis: sin número, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, número de registro: 343902, Tercera Sala, tomo CIV, pág. 737, tesis aislada (Civil).

Tesis: sin número, Informes, Quinta Época, número de registro: 387776, Tercera Sala, Informe 1956, pág. 43, tesis aislada (Administrativa).

Tesis: sin número, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, número de registro: 238256, Segunda Sala, volumen 91-96, tercera parte, pág. 109, jurisprudencia (Administrativa).

Tesis: 1a. XLII/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 190598, Primera Sala, tomo XII, diciembre de 2000, pág. 256, tesis aislada (Constitucional).

Tesis: 1a. XLI/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 190599, Primera Sala, tomo XII, diciembre de 2000, pág. 257, tesis aislada (Constitucional, Civil).

Tesis: 2a. LXXXVI/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 173674, Segunda Sala, tomo XXIV, diciembre de 2006, pág. 237, tesis aislada (Administrativa).

Tesis: P. /J. 37/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 175498, Pleno, tomo XXIII, marzo de 2006, pág. 1481, jurisprudencia (Constitucional).

Tesis: 2a. /J. 20/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 170373, Segunda Sala, tomo XXVII, febrero de 2008, pág. 499, jurisprudencia (Administrativa).

Tesis: 1a. LXV/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 169316, Primera Sala, tomo XXVIII, julio de 2008, pág. 457, tesis aislada (Constitucional).

Tesis: 2a. XXI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 167791, Segunda Sala, tomo XXIX, marzo de 2009, pág. 466, tesis aislada (Administrativa).

Tesis: 1a. /J. 50/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 167530, Primera Sala, tomo XXIX, abril de 2009, pág. 164, jurisprudencia (Administrativa).

Tesis: 2a. LXXVIII/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 163981, Segunda Sala, tomo XXXII, agosto de 2010, pág. 468, tesis aislada (Constitucional, Administrativa).

Tesis: 1a. XVII/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, número de registro: 165270, Primera Sala, tomo XXXI, febrero de 2010, Pág. 115, tesis aislada (Constitucional, Administrativa).

Tesis XXVI.5o. (V Región) 2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, t. 2, agosto de 2012, pág. 1876

Tesis: 1a. CCVI/2012 (10a.); Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Décima Época; número de registro: 2001622; Primera Sala; Libro XII, septiembre de 2012, tomo 1; Pág. 500; tesis aislada (Constitucional).

Tesis: 1a. CCVII/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, número de registro: 2001625, Primera Sala, Libro XII, septiembre de 2012, tomo 1, Pág. 502; tesis aislada (Constitucional).

Tesis: 1a. XXIII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, número de registro: 2002501, Primera Sala, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, pág. 626, tesis aislada (Constitucional).

Tesis: 2a. CI/2013 (10a.); Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Décima Época; número de registro: 2004991; Segunda Sala; Libro XXVI; noviembre de 2013; tomo 1; pág. 649; tesis aislada (Constitucional, Laboral)

Tesis: 1a. LXXVII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2005813, Primera Sala, Libro 4, marzo de 2014, tomo I, pág. 552, tesis aislada (Constitucional, Civil).

Tesis: P. /J. 20/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2006224, Pleno, Libro 5, abril de 2014, tomo I, pág. 202, jurisprudencia (Constitucional).

Tesis: P. /J. 21/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2006225, Pleno, Libro 5, abril de 2014, tomo I, pág. 204, jurisprudencia (Común).

Tesis: 1a. CCCXXIX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2007559, Primera Sala, Libro 11, octubre de 2014, tomo I, pág. 610, tesis aislada (Constitucional)

Tesis: 1a. CCCXLI/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2007672, Primera Sala, Libro 11, octubre de 2014, tomo I, pág. 601, tesis aislada (Constitucional).

Tesis: 1a. CCCLIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2007730, Primera Sala, Libro 11, octubre de 2014, tomo I, pág. 599, tesis aislada (Constitucional).

Tesis: 1a. CXXII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2008751, Primera Sala, Libro 16, marzo de 2015, tomo II, pág. 1117, tesis aislada (Constitucional, Administrativa).

Tesis P. /J. 1/2015 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 16, tomo 1, marzo de 2015, pág. 117.

Tesis: 1a. CCLX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2009868, Primera Sala, Libro 22, septiembre de 2015, tomo I, pág. 324, tesis aislada (Constitucional).

Tesis: 1a. CCCXLIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, número de registro: 2010420, Primera Sala, Libro 24, noviembre de 2015, tomo I, pág. 969, tesis aislada (Constitucional).

Tesis: 1a. CXLIX/2016 (10a.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época; número de registro: 2011774; Primera Sala; Libro 31, junio de 2016, tomo I; pág. 703; tesis aislada (Constitucional).

Tesis: 1a. CXLVII/2016 (10a.); Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Décima Época; número de registro: 2011778; Primera Sala; Libro 31, junio de 2016, tomo I; pág. 705; tesis aislada (Constitucional).

Tribunal Unitario Agrario, Distrito 21, sentencia pronunciada en el expediente agrario número 755/2010, relativo al reconocimiento y titulación de bienes comunales, promovido por el poblado San Juan del Estado, municipio del mismo nombre, Distrito de ETLA, Oax.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, pág. 65.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, Primera Sala, amparo en revisión 622/2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257,

Corte IDH. Caso Balderón García vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 147, Párrafo 82.

Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, **Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.**

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346.

Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/2016; 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá: "Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1; 8; 11.2; 13; 16; 21; 24; 25; 29; 30; 44; 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador.

Corte Europea

Caso Loizidou v. Turquía (Excepciones Preliminares) de 23 de marzo de 1995.

Caso McCann y otros c. Reino Unido, sentencia emitida el 27 de septiembre de 1995.

Caso Marckx v. Bélgica de 13 de junio de 1979.

Caso Soering v. Reino Unido emitida en 1989.

Caso Tyrer v. Reino Unido de 25 de abril de 1978.

Derecho comparado

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente no. 0048-2004-PI/TC; Demandante: José Miguel Morales Dasso, en representación de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República, sostenida el 1 de abril de 2005.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778/05 resuelta el 27 de julio de 2005.

Tribunal Constitucional de la República del Perú; Pleno Jurisdiccional; Proceso de Inconstitucionalidad; Demandante: Presidente de la República, Demandado: Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco; 27 de septiembre de 2005.

Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, sentencia 0030-2004/AI-TC, sostenida el 2 de diciembre de 2005.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189/06, resuelta en sesión de 15 de marzo de 2006; Demandante: Ludwing Antilla Castro; Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 (parcial) de la Ley 2° de 1959.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-514 resuelta el 30 de julio de 2009.

Sentencia T-601/11 Corte Constitucional de Colombia, sostenida el 10 de agosto de 2011.

Acción de tutela promovida por el resguardo indígena de San Lorenzo, comunidad Embera Chamí, contra I Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas, en sesión de 10 de agosto de 2011, del expediente T-2595774, sostenida por la Quinta Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 sostenida el 23 de septiembre de 2011.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, 13 de mayo de 2013.

Tribunal Constitucional de la República del Perú; Expediente No. 02420-2012-PC/TC; Instituto de la Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú-IDLADS; Lima; 6 de agosto de 2014.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-849/2014, 12 de noviembre 2014.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-410/15 sostenida por la Sala Plena el 1 de julio de 2015.

Otros

TJCAN. Interpretación Prejudicial. Proceso 60-IP-2012.

Corte Permanente en el asunto sobre el Estatuto Jurídico de Groenlandia Orienta.

REVISTAS

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “DERECHOS FUNDAMENTALES-DERECOS HUMANOS. ¿UNA DISTINCIÓN VÁLIDA EN EL SIGLO XXI?”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie año LI número 154, enero-abril 2019.

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1966, vol. II.

ANAYA, Vera, Esther; “La protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas en la Comunidad Andina”; *Pluriversidad*; volumen 2; núm. 2; (2018); Universidad Ricardo Palma.

AMOROZ, Solaegui, Iliana, “El derecho a la salud en las comunidades indígenas del estado de Chiapas”; *Revista Pueblos y fronteras digital*, v.6, núm.11, junio-noviembre, 2011.

BARREDA, Andrés; “Biopiratería, bioprospección y resistencia: cuatro casos en México”; *El Cotidiano*, v.18 núm. 110, noviembre-diciembre, 2001.

BRAHM García Enrique, "El concepto de propiedad del Código Napoleónico, una nueva interpretación de su artículo 544 en la historiografía jurídica alemana"; *Revista Chilena de Derecho*; Vol. 23 No. 1, pp. 7-12 (1996).

CUEVAS, J. H. Health and Autonomy: the case of Chiapas. A case study commissioned by the Health Systems Knowledge Network, March 2007.

DIEZ-PICAZO, Luis María, "Aproximación a la idea de los derechos fundamentales", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000.

DORANTES DÍAZ, Francisco Javier, "El derecho a la cultura", *Derecho y Cultura*, núm. 4, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001.

DURÁN Ribera, Willman Ruperto, "La protección de los derechos fundamentales en la doctrina y jurisprudencia constitucional", *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 2, 2002.

ESTRELLA, ORTEGA Luis Alberto, *La protección a la salud en México. Un breve estudio a la luz de la dogmática jurídica de los derechos humanos*; México, Pro homine. La reforma Constitucional en Derechos Humanos; Año I; número 2; mayo-agosto de 2014.

FAGETTI, Antonella. Fundamentos de la medicina tradicional mexicana. *Argueta, A., E. Corona-M., y P. Hersch (coordinadores). Saberes colectivos y diálogo de saberes en México. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2011.*

FIERROS, HERNÁNDEZ, Arturo, *Concepto e historia de la salud pública en México; (siglos XVIII a XX)*; Historia y Filosofía de la Medicina; México, Gaceta Médica de México, 2014.

FORNI, Nadia “Common property regimes: origins and implications of the theoretical debate”, *Land Reform*, 2000/2, FAO, Roma.

GALLARDO ZÚÑIGA, Rubén, “Reforma Constitucional de 1992. El surgimiento del nuevo Derecho Agrario mexicano”, *Estudios Agrarios*, Revista de la Procuraduría Agraria, núm. 22, enero-abril de 2003.

GONZALO AGUILAR Cavallo; “Los recursos naturales de los pueblos indígenas y las empresas: estándares interamericanos y jurisprudencia chilena”; *Anuario de Derechos Humanos*; ISSN 0718-2058; No. 11, 2015.

LÓPEZ QUETGLAS Francisca, “El derecho a la propiedad privada como derecho fundamental” *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX, (2006) 335-362ISSN:1133-3677, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina.

MARTÍNEZ, BULLÉ-GOYRI, Víctor M., “Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011.

MASSIEU, Yolanda y CHAPELA Francisco, “Acceso a los recursos biológicos y biopiratería en México”, *El Cotidiano*, México, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco México, vol. 19 núm. 114, julio-agosto, 2002.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Martha, E., “Jardines medicinales en Yucatán: una alternativa para la conservación de la flora medicinal de los Mayas”, *Rev. Fitotec. Mex.* Vol. 37 (2): 97 - 106, 2014.

MENÉNDEZ Eduardo. “La enfermedad y la curación ¿Qué es medicina tradicional?”. *Revista Alteridades*, 1994, vol. 4, no 7.

MERCADO MALDONADO, Asael, El proceso de construcción de la identidad colectiva, Universidad Autónoma del Estado de México, Convergencia vol.17 no.53 Toluca may/ago. 2010.

MOLANO L, Olga Lucía, "Identidad cultural un concepto que evoluciona", OPERA, núm. 7.

MORGAN, W L. E. "La sociedad primitiva" Trd. Universidad Nacional de la Plata, Argentina, la Plata, ed. Universidad Nacional de la Plata, 1935, vol. 1.

OROZCO, GARIBAY Pascual Alberto, "Naturaleza del Ejido de la Propiedad Ejidal Características y Limitaciones", *Revista Mexicana de Derecho*, No. 12, México, 2010, Colegios de Notarios del Distrito Federal.

PRIETO, ACOSTA, Margarita Gabriela, "Conocimiento indígena tradicional: el verdadero guardián del oro verde", *Boletín de Antropología Universidad de Antioquía*, Medellín, Colombia, volumen 18, 2004, No. 35.

RUIZ, Osvaldo, "El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano," *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 118, Nueva Serie Año XL Núm.118, Enero-Abril 2007; UNAM.

SÁNCHEZ, CORDERO, Jorge, "Reforma Constitucional en Materia de Consulta" Amicus Curiae, Universidad Nacional Autónoma de México, volumen I, número I, 2° época, noviembre 2012.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 71, enero-marzo de 1991.

STAVENHAGEN Rodolfo, "Reforma agraria y alternativas institucionales en la agricultura: el caso del ejido mexicano", Revista del México Agrario, Año VIII, núm. 2.

TORRES, José Luis, et al. "La salud de la población indígena en México", *Caleidoscopio de la Salud México* FUNSALUD, 2003.

VALDÉS Caridad y ROGEL Carlos, Declaración de Friburgo, "Los derechos culturales", el 7 de mayo de 2007, *Cultura Popular y Propiedad Intelectual*, REUS, Madrid, España 2011.

DOCUMENTOS PUBLICADOS EN INTERNET

Nacional

Comisión Intersecretarial de Derecho Internacional Humanitario, integrada por las Secretarías de la Defensa nacional, Marina, Gobernación y Relaciones Exteriores. <http://www.inah.gob.mx/es/boletines/2155-senalizan-nueve-sitios-arqueologicos-mexicanos-para-proteccion-especial-de-la-unesco>.

Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad. 2012. Estrategia Mexicana para la Conservación Vegetal, 2012-2030. Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad. México. http://www.biodiversidad.gob.mx/pais/emcv/pdf/EMCV_Completa_Baja.pdf

Comisión Nacional de Derechos Humanos, Recomendación General no. 35, Sobre la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana.

Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=200027, información actualizada Atlas de los Pueblos Indígenas, Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INALI),
http://atlas.cdi.gob.mx/?page_id=247.

Comunicado de prensa 72/17 de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, emitido el 1 de agosto de 2017, el cual se puede consultar en la siguiente liga: <https://www.gob.mx/semarnat/prensa/mexico-fortalece-sus-capacidades-para-la-implementacion-del-protocolo-de-nagoya?idiom=es>

INEGI, Principales resultados; Encuesta Intercensal 2015; página 74 y 75.
http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/proyectos/enchogares/especiales/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf

Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; expediente MA/M/1985/0356033; Marca: “Café Indígena”; fecha de presentación: 30 de noviembre de 1998,
<https://vidoc.impi.gob.mx/visor?usr=SIGA&texp=SI&tdoc=E&id=MA%2fE%2fM%2f1985%2f0356033>

Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; expediente MA/E/2004/0133077; Signo Distintivo: “La Reyna Ninchin”; fecha de presentación: 5 de octubre de 2004.
<https://vidoc.impi.gob.mx/visor?usr=SIGA&texp=SI&tdoc=E&id=MA%2fE%2fM%2f1985%2f0670218>

Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; expediente MA/E/2015/0071900, Marca: “THENDI Tejido Indígena Tecozautla”; fecha de presentación: 8 de abril de 2015,

<https://vidoc.impi.gob.mx/visor?usr=SIGA&texp=SI&tdoc=E&id=MA%2fE%2fM%2f1985%2f1597194>

Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; Gaceta de la Propiedad Industrial; Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas Parte I; Dirección Divisional de Marcas; México; 16 de diciembre de 2015.

https://clasniza.impi.gob.mx/SiteCollectionDocuments/MA_C1_2015_12_001.pdf

Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; Guía del Usuario para el Registro de Marcas, Avisos y Publicación de Nombres Comerciales;

<http://cofemer.gob.mx/docs-bin/cgmir/2015/aga/GUIA%20DE%20AUTOCUMPLIMIENTO%20MARCAS%2009%20de%20junio.pdf>

Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial; Orgullo de México, Denominaciones de Origen; Editorial Paz México, 2016; ISBN 978-607-95394- 3-6.https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/104879/DO_Orgullo_de_Mexico.pdf

LOA LOZA, Eleazar, México y el Convenio de Diversidad Biológica, hacia una estrategia mexicana de biodiversidad.

Programa Nacional de Cultura 2007-2012

Secretaría de Economía, ¿Sabías que el Olinalá tiene Denominación de Origen?, 16 de julio de 2016. <https://www.gob.mx/se/articulos/sabias-que-el-olinala-tiene-denominacion-de-origen?idiom=es>

TREJO GARCÍA, Elma del Carmen, El Procedimiento Interno para la Aprobación de un Tratado Internacional en México, Cámara de Diputados, Dirección General de Bibliotecas SIID, febrero 2005.

Internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Fuentes en el Derecho Internacional y Nacional del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; OEA/Ser.L/V/II.110; Doc. 22; 1 marzo 2001.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general no. 14.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general no. 21.

Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Suiza, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1989 (núm. 169); pág. 4. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_205230.pdf.

Organización de las Naciones Unidas, Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación, Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas, Nueva York, 2010, pp. 5 HR/PUB/10/3

Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, ¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial? <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore; Elementos de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales; Ginebra; 29 de marzo de 2002.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Comité Intergubernamental Sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore; “El Sistema Sui Géneris para la Protección de los Conocimientos Tradicionales: Un estudio de la Ley de Biodiversidad de Costa Rica y normativa relacionada”; Ginebra; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/7; del 7 al 15 de julio de 2003.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Draft Quick-win, Online Databases and Registries of Traditional Knowledge and Genetic Resources Update: December 5, 2016.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Guía para la catalogación de los conocimientos tradicionales; Ginebra, Suiza; 2017.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Ministerio de Economía de Guatemala; Seminario de la OMPI sobre la protección legal de las invenciones y los diseños industriales para los países de la Ciudad de Guatemala, 17 a 19 de septiembre de 1997. Condiciones Básicas para la Protección Legal de las Invenciones y el Derecho de la Patente.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; “Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales”; Serie de folletos sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales Tradicionales/Folclore; Ginebra, Suiza, Folleto número 2.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, El Secreto está en la Marca, Serie: La propiedad intelectual y las empresas, número 1, 2006
http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/sme/900/wipo_pub_900.pdf

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Elementos de un sistema *sui generis* para la protección de los conocimientos tradicionales” tercera sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 13 al 21 de junio de 2002, (documento WIPO/GRTKF/IC/3/8).

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Glosario de Términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos,

los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales”, vigésima sexta sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 2013. WIPO/GRTKF/IC/26/INF/8.

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos”, tercera sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 13 al 21 de junio de 2002, (documento WIPO/GRTKF/IC/3/9).

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Los conocimientos tradicionales: opciones políticas y jurídicas” sexta sesión, OMPI, Ginebra Suiza (documento WIPO/GRTKF/IC/6/4).

Secretaria del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y el Folclore; Informe sobre la Compilación de Material Relativo a Bases de Datos de Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales Conexos; Trigésima Séptima sesión del 27 al 31 de agosto del 2018; Ginebra Suiza; WIPO/GRTKF/IC/37/8 REV.

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Lista y breve descripción técnica de las diversas formas que pueden presentar los conocimientos tradicionales”, Decimoséptima sesión, OMPI, Ginebra Suiza, del 6 al 10 de diciembre de 2010, pp. 2 (documento WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9.).

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Panorama General sobre las Cuestiones Relativas a la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos,

los Conocimientos Tradicionales y el Folclore” primera sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 16 de marzo de 2001 (documento OMPI/GRTKF/IC/1/3).

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y el Folclore, “La Protección de los conocimientos tradicionales: proyecto actualizado de análisis de las carencias”; 20 de julio de 2018. WIPO/GRTKF/IC/37/6.

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de análisis de carencias: revisión”, décimo tercera sesión, OMPI, Ginebra Suiza. WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “La protección de los conocimientos tradicionales: proyecto de artículos”, vigésima octava sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 2 de junio de 2014, pp.7 (documento WIPO/GRTKF/IC/28/5).

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “La Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales: proyecto de artículos”, vigésima octava sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 7 a 9 de julio de 2014, pp.7 (documento WIPO/GRTKF/IC/28/6).

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, “Recomendación Conjunta sobre los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales Asociados”

octava sesión, OMPI, Ginebra Suiza, 7 a 9 de julio de 2014 (documento WIPO/GRTKF/IC/28/7).

Secretaría del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y el Folclore; Recomendación conjunta sobre el uso de bases de datos para la protección preventiva de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos; sesión del 27 al 31 de agosto del 2018; Ginebra Suiza; WIPO/GRTKF/IC/37/13.

Derecho comparado

CAN; “Estrategia Nacional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino”; Secretaría General, Banco Interamericano de Desarrollo; Lima; junio 2005; páginas 97. <https://www.cbd.int/doc/nbsap/rbsap/comunidad-andina-rbsap.pdf>

Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación; Dirección General de Comunicación e Información Diplomática; Oficina de Información Diplomática; Ficha País “República del Perú”, Noviembre 2018; http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/PERU_FICHA%20PAIS.pdf

Ordenanzas Regionales No' 031-2005-GRC/CRC, 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GRH.

OTROS

Biblioteca Digital de la Medicina Tradicional Mexicana de la Universidad Nacional Autónoma de México.

CABRERA RODRÍGUEZ, MARINO, “La medicina Maya, principios del criterio naturista”, México, 2014.
http://www.tendaonline.net/WebRoot/acenswl/Shops/tendaonline_net/MediaGallery/La_Medicina_Maya.pdf

CEPEDA ORTEGA, Jesús, “Una aproximación al concepto de identidad cultural a partir de experiencias: el patrimonio y la educación, Universidad Valladolid, Tabanque, 31. <file:///C:/Users/SONY/Downloads/Dialnet-UnaAproximacionAlConceptoDeIdentidadCulturalAParti-6448230.pdf>

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, “El derecho a la identidad de las personas y los pueblos indígenas”, México, 2016.

Declaración De Las Mujeres Indígenas Del Mundo En Beijing, Foro de ONGs, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, China.
<http://www.nacionmulticultural.unam.mx/movimientosindigenas/docs/92.pdf>

Discurso de apertura del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; Profesor S. James; 26 ° período de sesiones del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Panel Indígena: Propiedad intelectual y recursos

genéticos: ¿Qué está en juego para los pueblos indígenas?; 3 de febrero de 2014; <http://unsr.jamesanaya.org/statements/intellectual-property-genetic-resources-and-indigenous-rights>

Encuentro Regional sobre Pueblos Indígenas y Propiedad Intelectual- COICA-, PNUD, Declaración de Santa Cruz de la Sierra, Santa Cruz, septiembre de 1996.

FAJARDO MORALES, Zamir Andrés, El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica. https://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto, "Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación", <https://www.tendencias21.net/derecho/attachment/113651/>.

GUTIÉRREZ DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel, "Medicina tradicional indígena en Puebla: los hospitales integrales; experiencias en la capacitación y transferencia tecnológica sobre plantas medicinales y preparados herbolarios", México, 2008. http://medicinaindigena.blogspot.com/2008/12/medicina-tradicional-indigena-en-puebla_05.html

Manifiesto del Sindicato de Obreros Técnicos, Pintores y Escultores, de 1922 a 1924.

MARCELLO FLORES, Diccionario de Derecho Humanos, Cultura de los derechos en la era de la globalización, Flacso, 2009.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS (OEI), “Desarrollo histórico de la política gubernamental”, en *Sistema Nacional de Cultura. Informe de México*, (enero 3, de 2006) www.campus-oei.org/cultura/mexico/c2.htm.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Procedimientos Especiales, Mandato de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Amicus Curiae Caso No. 03696-201-AA/TC, 3 de octubre de 2019. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/Amicus_curiae_Peru_Oct_2019.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, “Conocimientos tradicionales de la propiedad intelectual”, No. 1 Reseña, Ginebra, Suiza, 2015. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_1.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, “El nombre sí importa, Chirimoya Cube,” Perú, 21 de julio de 2010. <https://www.wipo.int/ipadvantage/es/details.jsp?id=2561>

OSSORIO Manuel y FLORIT, Carlos R. Obal-Alfredo Bitbol Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo III, Driskill S.A, Argentina 1985.

PÉREZ VALENCIA, Israel, La sabiduría de la medicina tradicional maya, Cienciamx noticias, Agencia Informativa Conacyt, Querétaro, México, 10 de julio de 2017. <http://www.cienciamx.com/index.php/ciencia/salud/16346-sabiduria-medicina-tradicional-maya>

“Rechaza Conabio moratoria a proyectos de bioprospección”, La Jornada, 13 de octubre de 2000, México Distrito Federal.

RICALDE SARABIA, Nery, “La medicina tradicional Maya”, Yucatán México, 2016.
<https://www.entornoturistico.com/wp-content/uploads/2016/03/La-Medicina-tradicional-Maya-art%C3%ADculo.pdf>

Sistema Nacional de Información sobre Biodiversidad de México, CONABIO.

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS, “Medicina tradicional”, Biblioteca Virtual de los Pueblos Indígenas, Estado Plurinacional de Bolivia.