
La necesidad de una normativa *ad hoc* para la protección de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas de América Latina. A propósito de la apropiación y del uso indebidos de sus expresiones culturales tradicionales por la industria de la moda y del *design**_**

» DAVID F. ESBORRAZ***

* Fecha de recepción: 25 de junio de 2024. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2025.

Para citar el artículo: Esborraz, D. F., “La necesidad de una normativa *ad hoc* para la protección de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas de América Latina. A propósito de la apropiación y del uso indebidos de sus expresiones culturales tradicionales por la industria de la moda y del *design*”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 49, julio-diciembre 2025, 321-355. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.49.10>.

** Este artículo presenta el texto definitivo de la investigación expuesta en el congreso sobre “La ‘proprietà intellettuale’ delle opere dell’ingegno: incentivo alla creatività o monopolio sulla conoscenza?”, organizado por el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Siena (Italia), el 17 de junio de 2022, y forma parte del Proyecto CNR/ISGI: “Codificazione, comparazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina” (DUS.AD009.064), del cual el autor es titular.

*** Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales (ISGI) del Consejo Nacional de Investigaciones (CNR), Roma, Italia; investigador. Doctor en Derecho de la Universidad de Roma “Tor Vergata”, Roma, Italia. Contacto: davidfabio.esborraz@cnr.it Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0644-8397>.

RESUMEN: El artículo analiza la necesidad de una legislación *ad hoc* (tanto a nivel internacional como nacional) para la protección de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas de América Latina sobre sus saberes ancestrales. Tiene como fin demostrar que esta legislación *ad hoc* debe tener en cuenta especialmente el carácter colectivo, multigeneracional y holístico de estos pueblos, tomando como referencia los casos de apropiación y de uso indebidos de las expresiones culturales tradicionales indígenas latinoamericanas por parte de la industria de la moda y del *design*.

PALABRAS CLAVE: propiedad intelectual indígena, expresiones culturales tradicionales, bienes colectivos, apropiación y uso indebidos, industria de la moda y del *design*, legislación *ad hoc*, OMPI.

The Need for an *ad hoc* Regulation for the Protection of the Collective Intellectual Property of Latin America's Indigenous Peoples: On the Misappropriation and Misuse of Their Traditional Cultural Expressions by the Fashion and Design Industries

ABSTRACT. This contribution analyzes the need for *ad hoc* normativity (at both national and international levels) to protect the intellectual property of Latin American indigenous peoples' ancestral knowledge. It aims to demonstrate how this normativity must specifically account for the collective, multigenerational, and holistic nature of these peoples, considering the appropriation and misuse of traditional Latin American cultural expressions by the fashion and design industries.

KEYWORDS: indigenous intellectual property, traditional cultural expressions, collective assets, appropriation and misuse, fashion and design industry, *ad hoc* legislation, WIPO.

SUMARIO: Introducción. I. La apropiación y el uso indebidos de las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas de América Latina: los casos de la industria de la moda y del *design*. II. Los derechos de los pueblos indígenas de América Latina sobre sus expresiones culturales tradicionales: entre las convenciones/declaraciones internacionales y las constituciones nacionales. III. La insuficiencia de la legislación actual sobre derechos de autor: las expresiones culturales tradicionales como *res nullius* y de dominio público. IV. La necesidad de elaborar una legislación *ad hoc* para la protección holística de los conocimientos tradicionales en cuanto bienes colectivos de los pueblos indígenas. Conclusiones. Referencias.

Introducción

La segunda mitad del siglo XX se ha caracterizado, entre otros acontecimientos, por el descubrimiento del valor de los saberes ancestrales de las comunidades indígenas y locales, es decir, de lo que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, o WIPO, en la versión en inglés) denomina *conocimientos tradicionales* (*traditional knowledge*), con el propósito –aún lejos de ser alcanzado– de protegerlos adecuadamente a escala internacional. Con esta expresión, que en su acepción más genérica se refiere a un cuerpo viviente de conocimientos transmitidos de generación en generación en el seno de una determinada colectividad, la OMPI pretende hacer referencia (aunque reproduciendo, en principio, las categorías de la propiedad intelectual convencional) a: i) los *conocimientos tradicionales en sentido estricto*, entendiéndolos como tales aquellos resultantes de una actividad intelectual –incluidos el *know-how*, las prácticas, las competencias y las innovaciones– que pueden estar relacionados con la agricultura, el medio ambiente, la medicina o los recursos genéticos (v.gr., las técnicas tradicionales de caza y pesca, los conocimientos ancestrales sobre la gestión del agua y la migración de los animales o las medicinas tradicionales); ii) las *expresiones culturales tradicionales o del folclore*, es decir, todas aquellas formas en las que se expresa, aparece o manifiesta la cultura tradicional, comprensivas de las expresiones verbales, musicales, corporales y tangibles, o su combinación (v.gr., los cuentos, los poemas, las músicas y las danzas folclóricas, los rituales y las representaciones escénicas, los dibujos, las pinturas, las esculturas, las cerámicas, los textiles, los trajes o las vestimentas típicos y las joyas o las formas arquitectónicas)¹.

Ahora bien, la valoración –principalmente económica– de estos conocimientos ha crecido exponencialmente en las últimas décadas debido a la llamada globalización de la economía, que ha conducido a su mercantilización y explotación comercial por terceros, a menudo sin ninguna participación de las comunidades depositarias. Este proceso forma parte de lo que los antropólogos llaman *apropiación cultural* (*cultural appropriation*), fenómeno consistente en el acto de tomar o utilizar elementos culturales de otras culturas o comunidades minoritarias, generalmente sin mostrar ninguna comprensión y/o respeto por ellas, acompañado generalmente de connotaciones de explotación y dominación, ya que se trata de apropiaciones realizadas sin autorización de la comunidad a la que pertenecen y/o sin retribución alguna². No es casualidad que el plagio y el uso indebido (*rectius*,

1 Véase WIPO, *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*, Ginebra [en línea], 2020, 13-18, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf [consultados el 22 de junio de 2024].

2 Véase la voz “Cultural appropriation” [en línea], en el *Oxford English Dictionary*, disponible en: <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095652789> y en el *Cambridge Advanced Learner’s Dictionary & Thesaurus* [en línea], disponible en: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/cultural-appropriation> [ambos consultados el

el abuso) de los conocimientos tradicionales sean percibidos, v.gr. por los pueblos indígenas latinoamericanos, como una nueva forma de colonización (especialmente cuando son perpetrados por extranjeros), comparables al expolio de sus territorios ancestrales y de los recursos naturales presentes en ellos durante la primera colonización llevada a cabo por los conquistadores europeos (que persistió –en algunos países– incluso después de la independencia política –aunque no siempre acompañada de la económica– de América Latina)³.

Esta apropiación del patrimonio cultural de los pueblos indígenas se ve en gran medida facilitada (además de permitida) por la actual legislación internacional y nacional en materia de propiedad intelectual, en general, y sobre derechos de autor, en particular, las que han sido elaboradas con base en un paradigma totalizador *norteamericocéntrico* que ignora (o, en el mejor de los casos, minimiza) las aportaciones científicas y artísticas de muchas de las culturas del mundo, dejándolas así sin ninguna protección. Hoy en día, las reivindicaciones relacionadas con la propiedad intelectual han casi superado en importancia a las preocupaciones por los territorios y los derechos sobre la tierra, que históricamente han tenido una gran importancia en la movilización indígena⁴.

Limitándome en este trabajo al análisis de la apropiación y uso indebido de las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas de América Latina⁵

.....

- 22 de junio de 2024]. Sobre este particular se remite también, entre otros, a Tavella, M., “La tutela intellettuale e *cultural appropriation*”, *Il diritto industriale*, Milán, 2020-6, 586.
- 3 Véanse, en general, Shiva, V., *Il mondo sotto brevetto*, G. Pannofino (trad.), Milán, 2002, 9-13 y, en particular, Toledo Llancaqueo, V., “El nuevo régimen internacional de los derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos indígenas”, en Berraondo, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, 2006, 535 y Marcelli, F., “I popoli indigeni come soggetto emergente nell’ambito della comunità internazionale e dell’area regionale latinoamericana”, en Marcelli, F. (coord.), *I diritti dei popoli indigeni*, Roma, 2009, 14-16.
 - 4 Véase, en este sentido, Greene, S., “¿Pueblos indígenas S.A.? La cultura como política y propiedad”, *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 42, Bogotá, 2006, 183. Se trata de todos modos de temas íntimamente relacionados entre sí, como bien lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 154: “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 y lenguas, sus artes y 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” (reconocimiento reiterado –luego– en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 212).
 - 5 Otro aspecto de especial interés e importancia por sus implicaciones, incluso geopolíticas, pero que excede los límites de este trabajo (y la temática del Congreso para el que ha sido elaborado), es el relativo al empleo en los procesos de bioprospección de los conocimientos tradicionales relativos a los recursos genéticos que poseen los pueblos indígenas de América Latina, el cual ya ha sido objeto de regulación específica tanto a nivel internacional como regional y nacional (véanse, v.gr., el Convenio sobre la Diversidad Biológica [el llamado Convenio de Río] de 1992, arts. 8.j y 15; el Protocolo a dicho Convenio sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación

y tomando como referencia –en principio– lo que está ocurriendo al respecto en la industria de la moda y del *design* (porque es este ámbito en particular el que ha experimentado el replanteamiento más profundo sobre el tema)⁶, me propongo verificar cuáles son los derechos que las comunidades indígenas tienen sobre ellos y, principalmente, qué instrumentos jurídicos *de lege lata* o *de lege ferenda* son los más adecuados para su protección: es decir, si para este fin es suficiente la legislación vigente sobre derechos de autor (tal vez con algunas adaptaciones)⁷ o si, por el contrario, sería más oportuno elaborar una nueva normativa *ad hoc* (o *sui generis*, como se la suele denominar en la doctrina y en los documentos de la OMPI) para abordar adecuadamente esta específica problemática.

I. La apropiación y el uso indebidos de las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas de América Latina: los casos de la industria de la moda y del *design*

Para una mayor y mejor comprensión del tema aquí tratado, y antes de adentrarme más específicamente en las cuestiones jurídicas que él plantea, quisiera detenerme en algunos ejemplos paradigmáticos de apropiación y de uso indebidos de las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas de América Latina en la industria de la moda y del *design*, por considerarlos ilustrativos de

Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización [el denominado Protocolo de Nagoya] de 2010; el Tratado de la OMPI relacionado con la Propiedad Intelectual, los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales Asociados de 2024; el Marco Normativo Andino de Medidas de Salvaguardia de los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales Asociados adoptado por la Comunidad Andina de Naciones mediante la Decisión n.º 1.375 de 2017 [donde confluyó la anterior Decisión n.º 391 de 1996]; la Ley peruana n.º 27.811 de 2002; la Ley brasileña n.º 13.123 de 2015; el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimiento, Creatividad e Innovación ecuatoriano de 2016, arts. 511-537; etc.).

- 6 Se ha también ocupado de este fenómeno, v.gr., Vézina, B., “Curbing Cultural Appropriation in the Fashion Industry with Intellectual Property” [en línea], *wipo Magazine*, Ginebra, 4/2019, *passim*, disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/04/article_0002.html [consultado el 22 de junio de 2024]; Ricifari, R., “L’appropriazione culturale nell’industria della moda: tra antropologia e diritti culturali” [en línea], *Ius in itinere. Rivista giuridica*, publicado el 15 de junio de 2020 y actualizado el 28 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.iusinitinere.it/lappropriazione-culturale-nellindustria-della-moda-tra-antropologia-e-diritticulturali-27967> [consultado el 22 de junio de 2024], y Fuentes García, P. E., “Derecho de autor y expresiones culturales tradicionales en el sector de la moda a partir de la apropiación cultural” [en línea], *Foro Jurídico*, México D.F., 2024, *passim*, disponible en: <https://forojuridico.mx/derecho-de-autor-y-expresiones-culturales-tradicionales-en-el-sector-de-la-moda-a-partir-de-la-apropiacion-cultural/> [consultado el 22 de junio de 2024].
- 7 Como ha propuesto entre otros, hablando más en general sobre el folclore, Ragonesi, G., “La tutela giuridica del folklore ed il diritto d’autore”, *Il diritto di autore*, Milán, 2009-2, 272-283 y 286-291.

la situación de vulnerabilidad en la que aquellos se encuentran. Son muchos los casos que pueden mencionarse a este respecto⁸.

Entre ellos, el que ha tenido una gran repercusión mediática, también por ser el único que hasta ahora ha llegado a un tribunal (aunque el proceso no fue iniciado por la comunidad indígena perjudicada), es el caso que ha involucrado a la diseñadora de moda francesa Isabel Marant, quien había copiado, para una de las prendas de su colección *Étoile* primavera-verano 2015, el *huipil* que usan las mujeres del pueblo *Mixe*⁹, territorialmente situado en Santa María de Tlahuitoltepec, en el estado mexicano de Oaxaca¹⁰. La paradoja de este caso reside en que la señora Marant reconoció indirectamente el plagio durante un juicio en el que tuvo que defenderse de las acusaciones de falsificación y competencia desleal de parte de otra empresa de moda francesa, la Antik Batik S.A.S.U., la cual sostenía que el artículo en cuestión era una copia de una túnica de la serie *Barta* de la línea femenina de su colección otoño-invierno 2014-2015. En efecto, la señora Marant alegó en su defensa que ya había comercializado en 2009-2010 una túnica y un vestido similares al que era objeto del litigio, confeccionados *inspirándose* en la vestimenta tradicional del pueblo de Santa María de Tlahuitoltepec y aportando como prueba de su *inspiración* –entre otras– algunas fotografías del Museo Textil de Oaxaca. Ante tales pruebas, el *Tribunal de Grande Instance* de París dictaminó que ninguna de las empresas en litigio podía alegar originalidad y derechos de autor sobre los modelos reclamados, porque todas sus características habían sido tomadas –casi sin modificaciones ni otras adiciones– del *huipil* de las mujeres *mixes* (cuya comunidad, sin embargo, al no ser parte en el juicio, no recibió ninguna compensación económica ni de cualquier otro tipo)¹¹.

-
- 8 Aunque la apropiación y el uso indebidos no se limita a la industria textil, sino que también incluye la de productos en cerámica, imágenes o nombres de ceremonias y rituales, etc.; como, v.gr., el uso impropio del ritual propiciatorio de los denominados *Voladores de Papantla* –típico del pueblo *Totonaca* del centro de México– cuya imagen había sido reproducida en la etiqueta de la cerveza mexicana marca Indio por la Cervecería Cuauhtémoc-Moctezuma S.A., lo que llevaba a asociar erróneamente dicha ceremonia con el consumo de alcohol (véase, sobre este particular, Dorantes, E. F., “Herencia ancestral: ceremonia de los Voladores de Papantla”, en CNDH [coord.], *Argumentos para la defensa y protección del patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en México y América Latina*, México D.F., 2019, 50-53).
- 9 Es decir, una camisa o túnica de algodón, adornada con bordados realizados con hilos rojos y negros y que evocan arcos, flores, hojas o cardos.
- 10 Véanse Rangel Flores, A., “Plagiando identidades: los textiles indígenas y las marcas internacionales”, en Cadena Roa, J.; Aguilar Robledo, M. y Vázquez Salguero, D. E. (coords.), *Las ciencias sociales y la Agencia Nacional. Reflexiones y propuestas desde las ciencias sociales*, vol. 2, *Acción colectiva, movimientos sociales, sociedad civil y participación*, Ruiz Guadalajara, J. C. y Urbina Cortés, G. A. (coords.), México D.F., 2018, 675-678.
- 11 Véase la sentencia del *Tribunal de Grande Instance* de París, 3^e Chambre, 4^e Section, del 3 de diciembre de 2015, n.º 15/03456 [en línea], disponible en: https://www.doctrine.fr/d/TGI/Paris/2015/FR7729BE67674C06D0F8FF#decision_title-text [consultado el 22 de junio de 2024].

Otro caso que ha tenido bastante impacto fue el protagonizado por la conocida firma de ropa deportiva estadounidense Nike, que tuvo que renunciar al lanzamiento en 2019 de un modelo de zapatillas de edición limitada llamado *Nike Air Force 1 Puerto Rico 2019*. Este modelo de calzado deportivo reproducía motivos decorativos tradicionales de la *mola* del pueblo indígena *Guna* de Panamá¹², los que se habían utilizado no sólo sin su autorización previa, sino además atribuyéndolos erróneamente al pueblo de Puerto Rico (de ahí la elección del nombre del producto). Las imágenes del modelo en cuestión, que circularon rápidamente por *Facebook-Meta*, *Twitter-X*, *Instagram* y grupos de *WhatsApp*, provocaron la indignación y las críticas de activistas y autoridades indígenas, lo que indujo a la firma Nike –además de disculparse por la errónea atribución– a abstenerse de comercializar dichas zapatillas, evitando así pagar a los *Gunas* un *royalty* por el uso indebido y tergiversado de la *mola* (como habían exigido sus abogados)¹³.

A estos dos casos emblemáticos pueden añadirse otros menos sensacionalistas, pero igualmente ilustrativos de la actitud de las grandes casas de moda de alta costura y *prêt-à-porter* hacia las expresiones culturales de los pueblos indígenas latinoamericanos, que no debe confundirse con la llamada *apreciación cultural* o con el *homenaje* desinteresado a sus tradiciones (nociones a las que a menudo se apela como coartada). Pensemos, entre otros, en los casos del bolso *susu* del pueblo *Wayúu* de la península de La Guajira (en el noreste de Colombia y el noroeste de Venezuela), plagiado por la diseñadora de moda británica Sophie Anderson para su colección otoño-invierno 2011-2012, y del tradicional sombrero colombiano *vueltaio*¹⁴ originario del pueblo *Zenú*, falsificado en China (donde se fabrica en serie y con material sintético) pero importado después en Colombia con autorización del mismo gobierno y puesto a la venta en el propio mercado nacional a precios irrisorios (a pesar de ser un producto protegido por una marca colectiva y una denominación de origen); así como en el caso de los *huipiles* de los indígenas de Santiago Sacatepéquez, Guatemala, utilizados por la empresa guatemalteca Saúl E. Méndez para fabricar bermudas (lo que resulta ofensivo para

12 Es decir, un tipo de artesanía utilizada en la indumentaria tradicional femenina consistente en la aplicación, sobre una capa de tejido que sirve de base, de capas sucesivas de otros tejidos de colores contrastantes (técnica similar al *patchwork*), de manera que se forman motivos geométricos muy coloridos, arremolinados y curvilíneos, inspirados en la cosmovisión de los *Gunas*.

13 Véanse Di Mella, P., “Attenzione alle espressioni della tradizione dei popoli! Il caso Nike” [en línea], *Bugnion News*, n.º 35, 16 de julio de 2019, disponible en: <https://www.bugnion.eu/it/attenzione-alle-espressioni-della-tradizione-dei-popoli-il-caso-nike/> [consultado el 22 de junio de 2024] y Celigueta Comerma, G. y Martínez Mauri, M., “¿Textiles mediáticos? Investigar sobre activismo indígena en Panamá, Guatemala y el espacio Web 2.0”, *Revista Española de Antropología Americana*, n.º 50, Madrid, 2020, 247 y 248. Véase, además, *infra* nota 65.

14 Es decir, un sombrero artesanal –generalmente de color blanco crema y negro– confeccionado con una fibra vegetal natural procedente de la *caña flecha* (*Gynerium sagittatum*) y caracterizado por las tiras de fibra trenzada o *vuelas* (de ahí su denominación), cuya calidad viene determinada precisamente por el número de ellas utilizadas en su fabricación (19, 21, 23 y hasta 27).

la comunidad de origen)¹⁵. A ellos pueden agregarse, *v.gr.*, los casos del *huipil de cadenilla* del Istmo de Tehuantepec (Estado de Oaxaca), plagiado por la firma italiana Missoni en 2015; del traje tradicional de la comunidad indígena de San Antonino de Velasco (Estado de Oaxaca), copiado por la firma argentina Rapsodia en 2016; de los bordados con la iconografía de los pueblos indígenas de San Gabriel Chilac (Estado de Puebla) y de Tenango de Doria (Estado de Hidalgo), copiados en algunas prendas de la marca española Mango en 2016 y 2017 y de la casa de moda Carolina Herrera, venezolana radicada en Estados Unidos, en 2019; de los bordados de Aguacatenanco (Estado de Chiapas), utilizados sin autorización por la firma española Zara en 2017 y 2018; de los coloridos diseños característicos de los lienzos otomíes también de Tenango de Doria (Estado de Hidalgo), copiados por la casa francesa de alta costura Louis Vuitton para tapizar una colección de sillas y por la firma italiana United Colors of Benetton para un bañador fabricado en China y para un vestido de playa hecho en India, pero publicitados como *made in Italy*, ambos en 2019; y, por último, de la iconografía de la comunidad indígena *Purépecha* de Charapan (Estado de Michoacán), también plagiada por la diseñadora de moda francesa Isabel Marant para confeccionar abrigos, capas, bolsos y accesorios de su colección *Étoile* otoño-invierno 2020-2021; en todos estos casos se trata de la apropiación y el uso indebidos de expresiones culturales tradicionales en detrimento del patrimonio de saberes colectivos de varios pueblos indígenas de México¹⁶.

El listado de casos podría continuar aún, pero creo que los apenas citados son suficientes para dar una idea de lo que me propongo demostrar. Desgraciadamente, casi ninguno de ellos concluyó con el reconocimiento de una indemnización o compensación económica a favor de las comunidades indígenas afectadas, debido a las lagunas existentes en la legislación internacional y nacional sobre derechos de autor a este respecto, viéndose obligadas estas comunidades a contentarse más bien con una sanción de tipo mediático (mediante el uso de las redes sociales) dirigida a afectar la reputación o la imagen de las empresas acusadas (lo que a menudo las ha obligado a disculparse públicamente y a retirar del mercado los productos en cuestión)¹⁷. A estas consideraciones hay que añadir, sin embargo, que

15 Véanse, respectivamente, Barrera Jurado, G. S.; Quiñones Aguilar, A. C. y Jacanamijoy Juajibioy, J. C., “Riesgos y tensiones de las marcas colectivas y denominaciones de origen de las creaciones colectivas artesanales indígenas”, *Apuntes*, vol. 27, n.º 1, Bogotá, 2014, 41-49 y Aspuac, A., “La lucha de las tejedoras mayas de Guatemala”, en CNDH (coord.), *Argumentos para la defensa y protección del patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en México y América Latina*, México D.F., 2019, 61-64.

16 Para un mapeo bastante completo de los principales casos de apropiación indebida e incluso de uso impropio de los textiles tradicionales mexicanos en los últimos años, se remite al sitio *web* de la ONG Impacto: <http://viernestradicional.impacto.org.mx/historia-de-casos-de-apropiacion-cultural-a-textiles-tradicionales/> [consultado el 22 de junio de 2024].

17 Sobre este modo alternativo de resolución de conflictos en materia de apropiación cultural en el ámbito de la moda véase, en general, Palandri, L., “Fashion Disputes and Alternatives

ello no quiere decir que no existan ejemplos exitosos de colaboración entre determinadas comunidades indígenas latinoamericanas y algunas marcas nacionales o internacionales de moda o *design*: como el de los *Gunas* y la firma Franklin Panamá, para una línea de pañuelos de seda estampados con los motivos de las *molos*, o entre los Huicholes de la Sierra Madre Occidental de México y la marca francesa de muebles de alta gama Roche Bobois, para una serie de sillas, sillones y sofás tapizados con los diseños de su tradición cultural¹⁸.

II. Los derechos de los pueblos indígenas de América Latina sobre sus expresiones culturales tradicionales: entre las convenciones/ declaraciones internacionales y las constituciones nacionales

Pasando ahora a los aspectos más estrictamente jurídicos de esta temática, la cuestión que hay que abordar, en primer lugar, es la relacionada con los derechos que tienen los pueblos indígenas –y en particular los de América Latina– sobre sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales¹⁹. En este sentido, cabe destacar que, a nivel internacional, la primera intervención para proteger específicamente a los pueblos indígenas y tribales –abandonando la tradicional visión asimilacionista o integracionista– se encuentra representada por el Convenio

to Court”, en Barsotti, V. y Simoni, A. (coord.), *Processo e cultura giuridica / Procedure and Legal Culture. Scritti per gli 80 anni di Vincenzo Varano*, Turín, 2020, 111-114 y, en particular respecto de los pueblos indígenas de América Latina, Celigueta Comerma, G. y Martínez Mauri, M., “¿Textiles mediáticos?”, cit., 248.

18 Véanse, respectivamente, Rangel Flores, A., “Plagiando identidades”, cit., 679 y Harp Iturríbarria, S., “El debate en México de la protección del patrimonio cultural”, en CNDH (coord.), *Argumentos para la defensa y protección del patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en México y América Latina*, México D.F., 2019, 75.

19 Para un amplio debate sobre esta cuestión, véase, en general y con distintos alcances, Posey, D. A. y Dutfield, G., *Más allá de la propiedad intelectual. Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, Montevideo, 1999, 127, 128 y 138; Vezzani, S., “Il Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali”, *Diritti umani e diritto internazionali*, vol. 1.2, Bolonia, 2007, 309-316; Lucas-Schloetter, A., “Folklore”, en Lewinski, S. von (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, 2.^a ed., Austin – Boston – Chicago–Nueva York–The Hague, 2008, 339-505; Marcelli, F., “I popoli indigeni come soggetto emergente nell’ambito della comunità internazionale e dell’area regionale latinoamericana”, cit., 61-151; Zagato, L., “La protezione dell’identità culturale dei popoli indigeni oggetto di una norma di diritto internazionale generale?”, *Thule. Rivista italiana di studi americanistici*, n.ºs 26/27-28/29, Perugia, 2009-2010, 165-195; Zuddas, C., *Strumenti e modelli per la tutela giuridica delle espressioni culturali tradizionali*, Nápoles, 2015, 122-124; UNESCO-CERLALC, *Análisis de derecho comparado de la protección de las expresiones y conocimientos culturales tradicionales*, Bogotá, 2017, 14 y 15, y CNDH, “Derecho al patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes y comunidades comparables”, en CNDH (coord.), *Argumentos para la defensa y protección del patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en México y América Latina*, México D.F., 2019, 157-163.

n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado en 1989²⁰. Este Convenio impone a los gobiernos el deber de adoptar medidas encaminadas a garantizar a los miembros de los pueblos indígenas –en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos– el disfrute pleno y efectivo de los derechos sociales, económicos y culturales (art. 2), así como el pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminaciones (art. 3); a preservar sus culturas (art. 4); a reconocer y proteger sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales (art. 5); a consultarles en caso de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente (art. 6); a respetar su derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo económico, social y cultural (art. 7); a aplicar la legislación nacional teniendo en cuenta sus costumbres y su derecho consuetudinario, así como sus propias instituciones (art. 8); a reconocer el derecho de propiedad y la posesión de sus tierras y territorios ancestrales (art. 14); a reforzar y fomentar su artesanía, sus industrias comunitarias y sus actividades tradicionales relacionadas con una economía de subsistencia (la caza, la pesca y la recolección), como factores importantes para el mantenimiento de su cultura, de su autosuficiencia y su desarrollo económico (art. 23); etc.²¹.

Sin embargo, tuvieron que pasar casi 20 años para que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) –esta vez por iniciativa de los propios interesados– adoptara en 2007 la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la que los deberes de los gobiernos establecidos por el Convenio de la OIT se han traducido directamente en derechos humanos universales, en algunos casos enunciándolos mejor e incluso añadiendo otros nuevos. En lo que aquí interesa, la Declaración de la ONU reconoce a los indígenas –sea como colectividades, sea como individuos– el pleno disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el derecho internacional (art. 1), así como la libertad y la igualdad en paridad de condiciones con los demás pueblos e individuos, y –específicamente– el derecho a la no discriminación, en particular con relación a su origen o identidad indígena (art. 2); a la libre determinación, en virtud de la cual puedan establecer en modo independiente su organización política y perseguir en forma autónoma su desarrollo económico, social y cultural (art. 3), al igual que su autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales

-
- 20 Este Convenio sustituyó al n.º 107 de 1957 sobre el mismo tema, pero en el que se hacía hincapié en la necesidad de que los gobiernos elaborasen programas para la integración progresiva de los pueblos indígenas y tribales en la vida de sus respectivos países (art. 2.1). Véase, entre otros, Posey, D. A. y Dufield, G., *Más allá de la propiedad intelectual*, cit., 145.
- 21 Acerca de este Convenio véanse, en general, Hernández Pulido, J. R., “El Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales”, 161-175 y Staelens G., P., “El Convenio número 169 de la OIT de una política integracionista al reconocimiento del derecho de la identidad de los pueblos indios”, 191-197, ambos en AA.VV., *Derechos indígenas en la actualidad*, México D.F., 1994; y González Galván, J. A., *El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT*, en Ordóñez Cifuentes, J. E. R. (coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*, México D.F., 2000, 81-97.

(art. 4); a mantener y reforzar sus particulares instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (art. 5); a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura (art. 8); a participar en los procesos de toma de decisiones sobre cuestiones que puedan afectar a sus derechos (art. 18); a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo (art. 20); a determinar y elaborar sus prioridades y estrategias para ejercer su derecho al desarrollo (art. 23); a recurrir a sus medicinas tradicionales (art. 24); a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o que de otra forma han utilizado o adquirido (art. 25-30); a definir su identidad o pertenencia de acuerdo con sus costumbres y tradiciones (art. 33); a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y sistemas jurídicos (art. 34); etc.

En lo que respecta más estrictamente a la protección del patrimonio cultural indígena, la Declaración de la ONU específica que los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas (art. 12) y, en particular, a sus conocimientos tradicionales y expresiones culturales, así como a 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 flora y la fauna, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas (art. 31.1). En este sentido, se afirma además que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual sobre dicho patrimonio cultural, sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales, y se añade que, en consulta con ellos, los Estados deben adoptar medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos (art. 31.2).

Se necesitó –paradójicamente– más tiempo aún para la adopción de la Declaración Regional homóloga por parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA), dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aprobada recién en 2016. Esta otra Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas coincide, en principio, con la Declaración de la ONU sobre esta misma materia en lo que respecta a la libre determinación (art. III), al pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. V); al reconocimiento de los derechos colectivos (art. VI); al rechazo de la asimilación (art. X); a las garantías contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia (art. XII); a la identidad e integridad culturales (art. XIII); a la medicina tradicional (art. XVIII.2); a su propio ordenamiento consuetudinario y judicial (art. XX); a la autonomía y el autogobierno (art. XXI); a la participación plena y efectiva en la toma de decisiones sobre asuntos que afecten sus derechos (art. XXIII); a las formas tradicionales de propiedad de las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido (art. XXV); al mantenimiento y determinación de sus propias prioridades en materia de desarrollo

político, económico, social y cultural, de acuerdo con su propia cosmovisión (art. XXIX); etc. Además, la Declaración de la OEA contiene también una disposición especial sobre la protección del patrimonio cultural y la propiedad intelectual indígena en la que se establece –de forma aún más exhaustiva y haciendo especial hincapié en el carácter colectivo de ambas nociones– que: i) los pueblos indígenas tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto de la propiedad, posesión, control, desarrollo y protección del patrimonio cultural (material e inmaterial) y de la propiedad intelectual, incluida su naturaleza colectiva, transmitidos a través de los milenios, de generación en generación; ii) la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, entre otros, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural (material e inmaterial), así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de las semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna; iii) los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que en los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales se prevea el reconocimiento y la protección adecuada de su patrimonio cultural y de la propiedad intelectual a él asociada, previo consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas interesados (art. XXVIII).

En honor a la verdad, ya antes de las declaraciones de la ONU y de la OEA, la protección de los derechos indígenas a sus propios conocimientos tradicionales había recibido especial atención a nivel internacional en la Declaración de Mataatua sobre los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas de 1993 y en la Observación General n.º 17 (2005) al artículo 15.1.c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966^[22].

La llamada Declaración de Mataatua es el resultado de la Primera Conferencia Internacional sobre los Derechos Culturales y de Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas, promovida por nueve tribus maoríes de Mataatua (Whakatane, Nueva Zelanda) y a la que asistieron unos 150 delegados indígenas de Japón, América, India y el Pacífico, por lo que constituye el único instrumento internacional sobre este tema redactado íntegramente por los mismos interesados. El mayor mérito de esta Declaración ha sido el poner de manifiesto, en primer lugar, la insuficiencia

22 Véanse, además, los instrumentos internacionales citados *supra* nota 5, así como la Declaración de Principios del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas de 1984 (principio 14), la Declaración de Kari-Oca y la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas de 1992 (principios 102 y 104), la Declaración de los Pueblos Indígenas-Tribales de los Bosques Tropicales de 1992 (art. 44), la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural (tan necesaria, para la humanidad, como la biodiversidad, para cualquier forma de vida) de 2001 y las convenciones de la UNESCO sobre la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 y sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005 (aunque esta última se centra más en la protección de las expresiones culturales tradicionales *per se*).

de los mecanismos de protección existentes para tutelar los derechos de propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas (recomendaciones 1.1 y 2.3), y el haber recomendado, en consecuencia, a los Estados y a las agencias estatales, nacionales e internacionales –en la implementación de políticas y prácticas– la necesidad de desarrollar, en colaboración con los pueblos indígenas, un régimen de protección de la propiedad colectiva *ad hoc* y multigeneracional, vinculada a obras tanto históricas como contemporáneas, capaz de proteger contra la falsificación de los objetos culturales, basada en la cooperación y no en la competencia y que establezca que los primeros beneficiarios de los conocimientos tradicionales sean los descendientes directos de sus guardianes (recomendación 2.5).

Por su parte, si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se limita a la salvaguarda de esta categoría de derechos en su dimensión individual y no se refiere expresamente a los conocimientos y expresiones tradicionales, su Comité de Vigilancia ha interpretado, en la Observación General n.º 17 de 2005, que, a los efectos del reconocimiento por los Estados del derecho de toda persona a disfrutar de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de sus propias producciones científicas, literarias o artísticas (art. 15.1.b), debe entenderse por autor al creador, aun cuando se trate de un grupo o comunidad (párrs. 7 y 8), como las indígenas y locales. Además, siguiendo esta misma interpretación, se reconoce el valor de los conocimientos y expresiones tradicionales de los pueblos indígenas como producciones científicas y artísticas (párr. 9) y, por lo tanto, se solicita a los Estados miembros que adopten medidas para proteger sus intereses morales y materiales, las que deberán elaborarse mediante la participación directa de los interesados y proporcionar mecanismos para el reconocimiento, registro y protección de la autoría individual o colectiva en el marco de los regímenes nacionales de los derechos de propiedad intelectual; de impedir, asimismo, el uso no autorizado por terceros y a respetar el principio del consentimiento libre, previo e informado de los autores indígenas en cuestión, así como a tener en cuenta sus costumbres y, en particular, las formas de transmisión de los conocimientos y la administración colectiva de los beneficios derivados de ellos (párr. 32)²³.

23 Véase UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author* (Art. 15, Para. 1 [c] of the Covenant) [en línea], 12 de enero de 2006, E/C.12/GC/17, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/441543594.html> [consultado el 22 de junio de 2024]. El mismo Comité también tuvo ocasión de recomendar a México (al revisar su informe sobre el estado de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que considerara la posibilidad de adoptar una legislación para reconocer, registrar y proteger la autoría colectiva de los pueblos indígenas con respecto a sus conocimientos tradicionales y su patrimonio cultural y para impedir la utilización no autorizada por terceros de sus productos científicos, literarios y artísticos, en consonancia con la Observación General n.º 17 de 2005 (véase UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights [CESCR], *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding Observations of the Mexico*

Además del derecho internacional –principalmente de *soft law*–, la protección de los derechos de los pueblos indígenas (incluidos los relativos a sus conocimientos tradicionales y expresiones culturales) también ha ido ganando terreno en las constituciones de América Latina, especialmente a partir de los años ochenta del siglo pasado. Lo que no por casualidad coincide con el restablecimiento de la democracia en la región, luego de la caída de los regímenes militares que habían gobernado la mayoría de las naciones latinoamericanas en las décadas precedentes. En efecto, la invisibilización de los pueblos indígenas, fruto de las políticas de asimilación forzosa (cuando no de desprecio e incluso exterminio) aplicadas por los gobiernos nacionales tras la Independencia, ha sido superada mediante una serie de reformas constitucionales llevadas a cabo en las últimas décadas del siglo XX, encaminadas a reconocer el carácter multicultural y pluralista de la sociedad latinoamericana²⁴. Este cambio de paradigma se ha traducido –en muchas de las actuales constituciones latinoamericanas– en el reconocimiento a los pueblos indígenas de una serie de derechos diferenciados, incluso de carácter colectivo, para proteger su identidad: derecho a la preservación de su propia cultura y lengua, a la autodeterminación, al autogobierno y al uso de sus propias costumbres, tradiciones y organizaciones sociales, a su consulta previa en todos los asuntos que les conciernan, a la propiedad comunitaria de las tierras ancestrales, etc.²⁵. Entre estos derechos, algunas constituciones se refieren también explícitamente al reconocimiento, la preservación, la promoción, la valorización, el desarrollo y la protección de los conocimientos colectivos o de la propiedad intelectual

[en línea], 9 de junio de 2006, E/C.12/MEX/CO/4, párr. 46, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/45377fa20.html> [consultado el 22 de junio de 2024]). Esta recomendación fue finalmente aceptada por el gobierno mexicano mediante la aprobación, en 2022, de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (véase *infra* § IV) y el sucesivo reconocimiento expreso, en 2024, de la tutela constitucional de la propiedad intelectual colectiva de estos pueblos y comunidades respecto de dicho patrimonio (véase *infra* nota 26).

- 24 Sobre este tema véanse, entre otros, Clavero, B., *Derechos indígenas y Constituciones latinoamericanas*, en Berraondo, M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, 2006, 313-338 y Marquardt, B., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, Bogotá, 2016, 601-610.
- 25 Véanse, en este sentido, las constituciones de Panamá de 1972 (art. 90), Honduras de 1982 (art. 346), Nicaragua de 1986 (art. 5), Brasil de 1988 (arts. 231 y 232), Colombia de 1991 (arts. 171, 176, 246, 286, 321, 329, 330 y 356), México de 1917-1992-2001 (art. 2), Paraguay de 1992 (arts. 62-67), Perú de 1993 (arts. 88 y 89), Guatemala de 1993 (arts. 66-70), Argentina de 1853-1994 (art. 75.17), Venezuela de 1999 (arts. 119-126), Ecuador de 2008 (arts. 56-60) y Bolivia de 2009 (arts. 30 y 31). Las mismas garantías han sido también extendidas por algunos textos constitucionales a las comunidades de origen africano (véanse, v.gr., el brasileño de 1988, arts. 215.1, 216.v.5 y 68 transitorio; el colombiano de 1991, art. 55 transitorio; el ecuatoriano de 2008, art. 58; el boliviano de 2009, art. 32, y el mexicano de 1917-2019, art. 2.C).

colectiva, prohibiendo su apropiación por terceros y además, en ciertos casos, el registro de patentes sobre ellos²⁶.

Las fuentes mencionadas, en mi opinión, nos permiten afirmar la existencia de un derecho de los pueblos indígenas a sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales, como parte integrante no sólo de su *haber* (es decir, de su patrimonio cultural) sino también y sobre todo de su *ser* (esto es, de su identidad cultural). Al mismo tiempo, dichas fuentes permiten identificar una carga o incluso un compromiso (que en algunos casos adquiere el carácter de una verdadera obligación) por parte de los organismos internacionales específicamente encargados de su protección (como, *v.gr.*, la OMPI y, también, la UNESCO) y de los Estados nacionales, para garantizar el reconocimiento y el respeto del patrimonio cultural indígena mediante la adopción de toda una serie de mecanismos de protección eficaces e idóneos, que tengan en cuenta su carácter colectivo, multigeneracional y holístico²⁷.

III. La insuficiencia de la legislación actual sobre derechos de autor: las expresiones culturales tradicionales como *res nullius* y de dominio público

La actual normativa, tanto internacional como nacional, sobre derechos de autor (así como la relativa a la propiedad industrial) sigue basándose en los principios liberales e individualistas del siglo XIX (es decir, se centra en la realización personal y la protección de los intereses económicos) y está constituida por normas elaboradas según el modelo de protección de los derechos individuales (muy próximo al de la propiedad privada), el que excluye *a priori* la existencia de derechos colectivos, y por lo tanto mal se adapta a las exigencias de la protección de las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas (entendidas como una suerte de bienes colectivos o comunitarios sujetos a una propiedad colectiva o comunitaria). En efecto, el derecho de autor exige –para garantizar la reivindicación de la paternidad de la obra y la facultad de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a su explotación económica sin autorización– que se trate de un producto de la imaginación de un individuo, que su originalidad pueda comprobarse, que sea relativamente reciente y que esté fijada normalmente –aunque ello no siempre resulte necesario– en un soporte tangible. Además, la protección de este *derecho a excluir* a terceros

26 Véanse, sobre este particular, las constituciones de Venezuela de 1999 (art. 124), de Ecuador de 2008 (arts. 57.12 y 322), de Bolivia de 2009 (arts. 30.II.11, 42.II y 100-102) y de México de 1917-2024 (art. 2.A.iv y C.i).

27 Con respecto a estos últimos, véanse especialmente la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (arts. 41 y 42) y la de la OEA (art. XXXIII).

de su utilización –al menos en lo que se refiere a su aspecto patrimonial– es de duración limitada²⁸.

En cambio, las expresiones culturales tradicionales se caracterizan, generalmente, por la falta de individualidad (en atención a que no son creadas por un hipotético individuo, sino que son obra de una determinada colectividad o comunidad, o de uno de sus miembros al que se le reconoce –en virtud de su función, autoridad o conocimientos– el derecho o la responsabilidad de hacerlo), de originalidad (porque se transmiten fielmente, en virtud de la tradición, de generación en generación), de contemporaneidad (debido a que se elaboran y reelaboran a lo largo del tiempo en virtud de un proceso de estratificación dentro de la misma comunidad) y, además, por el hecho de que no suelen estar fijadas en soportes (ya que se transmiten mayoritariamente de forma oral o por imitación). Además de ello, las expresiones culturales tradicionales se caracterizan por no haber sido creadas con fines comerciales, sino porque consisten en elementos característicos del patrimonio cultural de la comunidad depositaria, y por reflejar su identidad sociocultural, teniendo incluso en muchos casos un valor religioso o sagrado²⁹. Por este motivo, cualquier normativa destinada a proteger los conocimientos tradicionales debe tener en cuenta estas características y perseguir, *in primis*, la preservación integral de la identidad de las comunidades o pueblos indígenas y el control de la utilización de su patrimonio cultural (en particular de aquellos elementos considerados secretos), como también la protección de los eventuales intereses económicos en juego³⁰.

Todo ello pone de manifiesto la insuficiencia y la falta de adecuación de la normativa convencional sobre derechos de autor para la protección de las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas, que no tiene en cuenta sus características distintivas, dejándolas por tanto fuera de su ámbito de aplicación. La laguna normativa así configurada implica que las referidas expresiones culturales tradicionales sean consideradas *res nullius* y, por tanto, de dominio público³¹, permitiendo así su libre uso y explotación comercial por cualquier interesado como si

28 Véanse, entre otros, Jarach, G., *Manuale del diritto d'autore*, Milán, 1968, 39, 40, 67 y 68, y De Sanctis, M., *Manuale del nuovo diritto d'autore*, Nápoles, 2010, 33, 34 y 41-44.

29 Sobre este tema véanse, v.gr., WIPO, “Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore” [en línea], *Booklet*, n.º 1, Ginebra, 2005, 5, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/913/wipo_pub_913.pdf [consultado el 22 de junio de 2024]; Zuddas, C., *Strumenti e modelli per la tutela giuridica delle espressioni culturali tradizionali*, cit., 81 y 82, y Jaszi, P., “Protecting Traditional Cultural Expressions – Some Questions for Lawmakers” [en línea], *wipo Magazine*, Ginebra, 4/2017, *passim*, disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/04/article_0002.html [consultado el 22 de junio de 2024].

30 A este respecto véase, entre otros, Alvarado Villa, N. E., “Concepto de propiedad intelectual colectiva de pueblos y comunidades indígenas”, *Cuestiones Políticas*, vol. 32, n.º 57, Maracaibo, 2016, 125 y 126.

31 Acerca de la noción de *dominio público* véase WIPO, *Note on the Meanings of the Term “Public Domain” in the Intellectual Property System with Special Reference to the Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore* [en línea],

fuera de su propiedad particular³². Esta consecuente *privatización* de ciertos bienes colectivos de los pueblos indígenas (como son sus conocimientos tradicionales) también podría considerarse una verdadera forma de *expropiación*, del mismo modo que ocurre con ciertos bienes comunes (es decir, aquellos que deberían ser de acceso público para todos) cuando son concesionados a particulares (*v.gr.*, el agua)³³. En ambos casos la *expropiación* se produciría sin la llamada reserva de ley, y sin la previsión de una justa indemnización (a favor de la comunidad indígena, en el primer caso, y a favor de la comunidad de conciudadanos, en el segundo), a diferencia de lo que ocurre cuando se expropiaban los bienes privados. Se trata, también en este supuesto, de un residuo de la orientación jurídica decimonónica antes mencionada, que se tradujo en la simplificación llevada a cabo por la codificación civil en materia de bienes, la que redujo la rica *summa divisio* de las cosas de la tradición romanística (*res communes omnium, res publicae, res universitatis, res nullius* y *res singulorum*)³⁴ al binomio *bienes públicos-bienes privados*, al suprimir las categorías de los *bienes comunes* y de los *bienes colectivos* (que, en algunos casos, fueron reabsorbidas en la de las cosas públicas)³⁵.

Este último fue también el criterio que –en un principio– guio las soluciones propuestas para tratar de remediar la exclusión de las expresiones culturales tradicionales del ámbito de aplicación de la legislación sobre derechos de autor, echando mano para su regulación de la disciplina aplicable a la protección de las *obras de autores desconocidos* (es decir, de aquellas caracterizadas por la ausencia de un autor identificado), introducida en la Revisión de Estocolmo de

Ginebra, 2010, *passim*, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_8.pdf [consultado el 22 de junio de 2024].

- 32 La misma idea (pero en la versión de la llamada *terra nullius*, es decir, de las tierras no ocupadas por los *cristianos blancos*) ya había sido utilizada durante la colonización del continente americano por los conquistadores europeos para justificar el sometimiento político y la apropiación de los territorios de los pueblos indígenas, sobre lo cual se remite a Shiva, V., “North-South Conflicts in Intellectual Property Rights”, *Peace Review*, vol. 12, n.º 4, San Francisco, 2000, 503 y, más ampliamente, a Madrazo Lajous, A., *Biocolonialismo*, en Hevia, M. y Rojo, F. M. (coords.), *Propiedad intelectual. Fundamento y crítica*, Bogotá, 2017, 202-205.
- 33 Sobre la denominada expropiación de los bienes comunes debido a su privatización, véanse Mattei, U., *I beni comuni. Un manifesto*, Roma–Bari, 2011, v, VI y IX, y Vicente Blanco, D. J., “Protección de la cultura popular y entidades de gestión colectiva: ¿apropiación de bienes comunes y enriquecimiento sin causa?” [en línea], *Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, Porto, 2015, 13-16, disponible en: <https://cije.up.pt/pt/red> [consultado el 22 de junio de 2024].
- 34 Paradigmático en este sentido resulta el fragmento del Libro III de las Instituciones del jurista Elio Marciano (siglo II d.C.), conservado por los compiladores justinianos en D. 1,8,2, pr. (= I. 2,1 pr.): *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. ...* [Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural, otras son de una comunidad, otras no son de nadie, y la mayor parte son de los particulares, las cuales se adquieren para cada cual por varias causas].
- 35 Sobre este tema véanse, en general, Grossi, P., “Un altro modo di possedere”. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milán, 1977, 5-39 y Dani, A., “Il concetto giuridico di ‘beni comuni’ tra passato e presente”, *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, n.º 6, Roma, 2014, 23-26.

1967 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, con el objetivo –no declarado explícitamente, pero que se deduce de los trabajos preparatorios– de proteger lo que antes se llamaba simplemente *folclore*. En efecto, según el apartado 4.a, añadido en 1967 al artículo 15.3 del referido Convenio, en el caso de obras inéditas de las que resulte desconocida la identidad del autor, pero por las que se pueda presumir que pertenece a un país de la Unión creada por el Convenio, queda reservada a la legislación de dicho país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer sus derechos en los demás países de la Unión. Se recurre de esta manera a la ficción del autor desconocido (aplicando siempre una lógica individualista) para justificar la apropiación por parte del Estado de las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas, convirtiendo de hecho en bien público lo que en realidad es un bien colectivo o comunitario. Por otra parte, la protección que este artificio puede ofrecer con respecto a la mayoría de las expresiones culturales tradicionales es, sin embargo, bastante modesta, si se tiene en cuenta que parece aplicarse únicamente a las obras: i) aún no publicados (art. 15.3.4.a); ii) de autores desconocidos pero pertenecientes a un país de la Unión creada por el Convenio de Berna (art. 15.3.4.a), y iii) de autores desconocidos que no hayan fallecido desde hace más de 50 años, ya que de lo contrario habrían pasado al dominio público (art. 7.3)³⁶.

También se propuso proteger los conocimientos tradicionales indígenas contra reclamaciones falsas o engañosas mediante su *catalogación, digitalización y registro* (como la base de datos multimedia *BioZulua* de Venezuela sobre cultivos alimentarios y plantas medicinales³⁷) por sus propios poseedores o con su autorización (lo que, sin embargo, podría ser contraproducente en determinados casos, ya que facilita su accesibilidad, difusión y posible apropiación o uso indebidos)³⁸, o bien el recurso a las figuras de las *denominaciones geográficas* (como, *v.gr.*, la denominación *olinalá*, que hace referencia a los productos artesanales elaborados por el pueblo *Olinalá* de México mediante el empleo de una técnica especial de lacado de la madera o corteza del árbol *lináloe*, que crece de forma silvestre en la región del Estado de Guerrero donde vive este pueblo indígena³⁹) y de las *marcas*

36 Véanse en este sentido, entre otros, Zuddas, C., *Strumenti e modelli per la tutela giuridica delle espressioni culturali tradizionali*, cit., 127-133 y Jaszi, P., “Protecting Traditional Cultural Expressions”, cit.

37 Véase, entre otros, Ochoa Jiménez, M. J., “Conocimientos tradicionales. Sobre su protección jurídica y la capacitación de sus poseedores. Referencia al caso de Venezuela”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, n.º 127, México D.F., 2010, 199-205.

38 Véase WIPO, “Documentation of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions” [en línea], *Background Brief*, n.º 9, Ginebra, 2023, *passim*, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2023-5-9-en-documentation-of-traditional-knowledge-and-traditional-cultural-expressions.pdf> [consultado el 22 de junio de 2024].

39 Véase: <https://www.gob.mx/se/articulos/sabias-que-el-olinala-tiene-denominacion-de-origen?idiom=es> [consultado el 22 de junio de 2024].

colectivas y de certificación (como las etiquetas de autenticidad utilizadas para las ya mencionadas *molos* del pueblo *Guna* de Panamá⁴⁰ o para el también ya referido sombrero *vuelitiao* del pueblo *Zenú* de Colombia⁴¹). Sin embargo, estos últimos instrumentos sólo permiten desalentar las imitaciones o proteger la reputación y el buen nombre de los productos artesanales (especialmente en lo que respecta a la autenticidad de su origen o calidad), pero lamentablemente son incapaces de impedir la reproducción no autorizada de productos *inspirados* (para usar un eufemismo) en las tradiciones culturales de las comunidades indígenas o locales⁴².

La insuficiencia de la actual legislación de propiedad intelectual para proteger las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas ha sido reconocida incluso por una sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, dictada a raíz de una acción de inconstitucionalidad por omisión interpuesta por una asociación del Departamento de Sacatepéquez integrada por tejedoras de origen maya, las que consideraban que la legislación guatemalteca en materia de propiedad intelectual (la Ley de Derechos de Autor, arts. 5, 12 y 113; la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, art. 11; la Ley de Propiedad Industrial, arts. 4 y 152, y el Código Penal, art. 274) no regula adecuadamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre su patrimonio cultural y, en particular, los relativos a los textiles y las prendas de vestir (en violación de las disposiciones constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que forman parte del llamado bloque de constitucionalidad⁴³). La Corte de Constitucionalidad guatemalteca –aceptando parcialmente la solicitud de las demandantes– sostuvo que, más que modificar y/o colmar las lagunas existentes en la legislación convencional de propiedad intelectual, era necesario elaborar una nueva ley específica sobre la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas y, en consecuencia, exhortó al Congreso de la República de Guatemala a aprobar una legislación con al menos los siguientes contenidos mínimos: a) el reconocimiento del derecho de propiedad intelectual colectivo indígena, su definición y alcance; b) la determinación de los principios que lo rigen (especialmente en materia de titularidad y no sujeción a un plazo), así como el objeto de protección; c) la creación de un registro de conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales de carácter libre, facultativo y meramente declarativo; d) la indicación de quién está

40 Véase WIPO, “Panama: Empowering Indigenous Women through a Better Protection and Marketing of Handicrafts” [en línea], *wipo Magazine*, 6/2005, Ginebra, 12 y 13, disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2005/06/article_0005.html [consultado el 22 de junio de 2024].

41 Véase https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Resoluciones/20013/Resolucion_439_2013.pdf [consultado el 22 de junio de 2024].

42 Véase WIPO, “Intellectual Property and Traditional Handicrafts” [en línea], *Background Brief*, n.º 5, Ginebra, 2023, 2, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2023-5-5-en-intellectual-property-and-traditional-handicrafts.pdf> [consultado el 22 de junio de 2024].

43 Muchas de las cuales coinciden con las analizadas *supra* § II.

autorizado a utilizar dichos conocimientos y expresiones y si pueden ser objeto de licencia (pero nunca de cesión); e) la adopción de medidas para sancionar el uso indebido y no autorizado de la propiedad colectiva indígena; f) la designación de autoridades estatales encargadas de velar por el cumplimiento de las disposiciones normativas; g) la previsión de mecanismos administrativos y procesales que garanticen a las comunidades la defensa de sus derechos; h) la determinación de las modalidades para asegurar una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la explotación autorizada del patrimonio cultural por parte de quien no pertenece a los pueblos indígenas⁴⁴.

En efecto, a pesar de los diversos intentos de incluir la protección de las expresiones culturales tradicionales en las diferentes normativas sobre la propiedad intelectual ya existentes, su nivel de protección sigue siendo bastante insatisfactorio y, en el mejor de los casos, sólo tiene un carácter preventivo; de ahí la necesidad de emprender la elaboración de una normativa de protección positiva *ad hoc*⁴⁵ que tenga en cuenta sus características y necesidades distintivas, en lugar de obligar a los pueblos indígenas a adaptarse a las normas del derecho de autor convencional, renunciando a su identidad y autodeterminación⁴⁶.

IV. La necesidad de elaborar una legislación *ad hoc* para la protección holística de los conocimientos tradicionales en cuanto bienes colectivos de los pueblos indígenas

Como he anticipado, las características particulares de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, en general, y de sus expresiones culturales

44 Véase Guatemala. Corte de Constitucionalidad, expediente n.º 2112-2016, sentencia del 24 de octubre de 2017 [en línea], disponible en: https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id_publicacion=76986 [consultado el 22 de junio de 2024]. Sobre esta sentencia se remite a Urizar Montes de Oca, J., “Las obligaciones internacionales del Estado de Guatemala en materia de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas”, *Opus Magna Constitucional*, t. XVII, Ciudad de Guatemala, 2021, 357-388. Cabe señalar que las referidas recomendaciones de la Corte de Constitucionalidad han sido recogidas –en líneas generales– por la Iniciativa n.º 6.136 de Ley para la protección de la propiedad intelectual colectiva sobre los textiles e indumentaria de los pueblos y comunidades indígenas de Guatemala, la que ya fuera conocida por el Pleno del Congreso guatemalteco el 29 de febrero de 2024 y actualmente se encuentra en trámite de discusión (cuya ficha técnica está disponible en: <https://competitividad.gt/wp-content/uploads/2024/05/Ficha-Tecnica-Iniciativa-6136-Proteccion-PI-Colectiva-de-Textiles.pdf> [consultado el 22 de junio de 2024]).

45 Acerca de la distinción entre protección preventiva y positiva en esta materia, véase WIPO, “Developing a National Strategy on Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions” [en línea], *Background Brief*, n.º 3, Ginebra, 2023, 1 y 2, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2023-5-3-en-developing-a-national-strategy-on-intellectual-property-traditional-knowledge-and-traditional-cultural-expressions.pdf> [consultado el 22 de junio de 2024].

46 Como bien destaca Ibarra, L., “Autores indígenas en México”, *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, vol. 4, n.º 1, Oñati, 2010, 35 y 36.

tradicionales, en particular (entre las cuales, *in primis*, su carácter colectivo), imponen la necesidad de desarrollar una normativa de protección a medida –tanto a nivel internacional como nacional– para protegerlos de la apropiación y el uso indebidos. Por lo tanto, corresponde a la OMPI y a los Estados nacionales adaptar su legislación a esta realidad, y no a los pueblos indígenas adecuar su derecho consuetudinario a las normas de la propiedad intelectual convencional⁴⁷. Dicho esto, la normativa en cuestión debería al menos colmar las lagunas normativas existentes en materia de titularidad y atribución de los conocimientos tradicionales, así como respecto de su control y de la remuneración o indemnización por su uso⁴⁸. Como ya han reconocido las declaraciones internacionales de la ONU y de la OEA sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como las constituciones de algunos países latinoamericanos, las expresiones culturales tradicionales no deberían considerarse de dominio público, sino pertenecientes a toda la comunidad que las ha generado o desarrollado (pudiendo ser, en algunos casos, más de una), ya sea como titular, portador o depositario (por estar inseparablemente ligadas a su existencia), preferentemente sin necesidad de formalidades que acrediten su titularidad (como, v.gr., su registro constitutivo) y con carácter inalienable, inembargable e imprescriptible o perpetuo (debido, especialmente en este último caso, a su naturaleza multigeneracional)⁴⁹. Se trata, en efecto, de bienes colectivos o comunitarios, que pueden ser utilizados por los miembros de la colectividad o de la comunidad y/o por sus propios representantes, pero no por los particulares de forma individual y exclusiva; lo que, sin embargo, no debe excluir la posibilidad de autorizar el uso o explotación económica y temporal de las expresiones culturales tradicionales también en favor de entidades o individuos ajenos a la comunidad (de forma más o menos exclusiva respecto de otros terceros) y a cambio de una compensación económica justa y equitativa (como manifestación del derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación y a decidir libremente sobre su propio desarrollo económico)⁵⁰.

La propiedad colectiva de las expresiones culturales tradicionales también impondría la necesidad de que el control de su uso (especialmente de aquellas consideradas secretas) y las decisiones sobre sus aspectos morales y patrimoniales sean responsabilidad de los órganos de decisión de la comunidad, según los

47 Véase, en este sentido, WIPO, “Customary Law and Traditional Knowledge” [en línea], *Background Brief*, n.º 7, Ginebra, 2023, 2 y 3, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2023-5-7-en-customary-law-and-traditional-knowledge.pdf> [consultado el 22 de junio de 2024], donde se puntualiza que el derecho consuetudinario constituye ya en sí mismo un régimen *ad hoc* concebido específicamente para proteger los conocimientos tradicionales.

48 Véase Jaszi, P., “Protecting Traditional Cultural Expressions”, cit.

49 Véanse Zuddas, C., *Strumenti e modelli per la tutela giuridica delle espressioni culturali tradizionali*, cit., 120-122 y WIPO, *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*, cit., 20.

50 Sobre esta cuestión, véase Posey, D. A. y Dutfield, G., *Más allá de la propiedad intelectual*, cit., 121 y 123.

procedimientos y de acuerdo a los dictados de su derecho consuetudinario. De esta manera se trataría de prevenir y/o contrarrestar la apropiación indebida y la explotación no autorizada de las expresiones culturales tradicionales, así como de evitar su uso injurioso, despectivo u ofensivo, tanto a nivel cultural como espiritual, en atención a que está en juego la preservación de la identidad cultural y los valores de la comunidad⁵¹. El carácter colectivo de las expresiones culturales tradicionales exigiría también la adopción de mecanismos adecuados de protección, como las acciones colectivas, con el consiguiente reconocimiento de la legitimación activa a las autoridades y/o representantes de la comunidad indígena interesada⁵². Además, cabe señalar que, en la cultura de los pueblos indígenas, la distinción entre *conocimientos tradicionales en sentido estricto* y *expresiones culturales tradicionales* no tiene mucho sentido, ya que no siempre es posible separar lo sagrado y lo artesanal, la mitología o el rito y el arte, en consideración a que con frecuencia son una misma cosa o están íntimamente unidos, por lo que la clave para entender los conocimientos tradicionales indígenas debería ser el holismo. En consecuencia, también sería necesario que dicha legislación *ad hoc* tenga un enfoque omnicompreensivo de los conocimientos tradicionales y que no reitere las mismas categorías empleadas por el legislador en la normativa prevista para la propiedad intelectual convencional⁵³.

A nivel internacional, los primeros intentos de introducir un régimen especial para las expresiones culturales tradicionales pueden ser identificados en la Ley Tipo de Túnez sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo, de 1976 y, luego, en las Disposiciones Tipo de la UNESCO-OMPI para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas, de 1982⁵⁴, pero para cuya elaboración no se les había dado participación a los directos interesados y que –tal vez por este motivo– no han innovado mucho en la materia (en efecto, aún son, en general, muy próximas a la normativa convencional sobre derechos de autor)⁵⁵.

51 Véanse López Romero, T., “*Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge*”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 6, Bogotá, 2005, 315 y WIPO, *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*, cit., 27.

52 Véase, en este sentido, CNDH, “Derecho al patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes y comunidades comparables”, cit., 173 y 174. En América Latina, las acciones colectivas ya han sido reconocidas, en ciertos casos, por las constituciones colombiana (art. 88), ecuatoriana (arts. 11.1 y 439), boliviana (arts. 24 y 134.II), mexicana (art. 17 inc. 4), etc.

53 Véanse, nuevamente, López Romero, T., “*Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge*”, cit., 312-314 y WIPO, *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*, cit., 14.

54 Texto disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_2/wipo_grtkf_ic_2_7-annex1.pdf [consultado el 22 de junio de 2024].

55 Véase, sobre este particular, Posey, D. A. y Dutfield, G., *Más allá de la propiedad intelectual*, cit., 125 y 126. Para un análisis comparativo de estos instrumentos véase, además, WIPO,

En el año 2000 se creó en la OMPI el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore⁵⁶, como foro de debate entre los Estados, las ONG y los representantes de los distintos sectores interesados, en cuyo ámbito se llevan a cabo (con una cierta continuidad, pero lejos aún –lamentablemente– de su conclusión) negociaciones para desarrollar instrumentos jurídicos de protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales. Sin embargo, este Comité ha preferido tratar por separado las expresiones culturales tradicionales o del folclore, los conocimientos tradicionales en sentido estricto y los relacionados con los recursos genéticos (prescindiendo así de su carácter holístico)⁵⁷.

En lo que respecta a las expresiones culturales tradicionales, el proyecto de articulado en curso de negociación desde 2004 (cuyo texto en su estado actual prevé varias alternativas de redacción, lo que demuestra la contraposición de los intereses en juego) dispone, en principio, que: i) la materia objeto de protección son las expresiones culturales tradicionales creadas, generadas, recibidas o reveladas por los pueblos indígenas o las comunidades locales y desarrolladas, conservadas, utilizadas y mantenidas colectivamente por ellos, que forman parte de su identidad cultural y social y de su patrimonio cultural, y que se transmiten de generación en generación (art. 3); ii) los beneficiarios de la protección son los pueblos indígenas y las comunidades locales que las poseen, mantienen, usan y desarrollan (art. 4); iii) los beneficiarios tienen el derecho exclusivo y colectivo a mantener, controlar, usar, desarrollar, autorizar o impedir el acceso y la utilización de sus expresiones culturales tradicionales, así como a recibir una participación justa y equitativa de los beneficios derivados de su uso (art. 5); iv) los Estados también pueden establecer o designar una autoridad competente para administrar, con el consentimiento expreso de los beneficiarios o en estrecha consultación con ellos, los derechos e intereses sobre sus expresiones culturales tradicionales (art. 6); v) los Estados pueden prever excepciones o limitaciones justificadas y necesarias para proteger el interés público (v.gr., por motivos didácticos o de investigación), en consulta con los beneficiarios y siempre que no entren en conflicto con sus propios intereses (art. 7); vi) los Estados pueden establecer que la protección

Comparative Summary of Sui Generis Legislation for the Protection of Traditional Cultural Expressions [en línea], Ginebra, 2003, 1-21 (del anexo), disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_inf_3.pdf [consultado el 22 de junio de 2024].

56 Sobre lo cual se remite a WIPO, “The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore” [en línea], *Background Brief*, n.º 2, Ginebra, 2023, *passim*, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2023-5-2-en-the-wipo-intergovernmental-committee-on-intellectual-property-and-genetic-resources-traditional-knowledge-and-folklore.pdf> [consultado el 22 de junio de 2024].

57 Como ya he anticipado *supra* nota 5, solo recientemente (24 de mayo de 2024) los Estados miembros de la OMPI han aprobado el Tratado sobre la Propiedad Intelectual, los Recursos Genéticos y los Conocimientos Tradicionales Asociados, cuyo texto está disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/gratk_dc/gratk_dc_7.pdf [consultado el 22 de junio de 2024].

concedida a las expresiones culturales tradicionales en favor de los beneficiarios se aplicará en la medida que ellas sigan satisfaciendo los criterios de admisibilidad previstos para su tutela (art. 8); vii) en principio, los Estados no deben supeditar la protección de las expresiones culturales tradicionales a ningún tipo de formalidad, especialmente en lo que se refiere a las que tienen un carácter secreto (art. 9); viii) los Estados deben comprometerse a adoptar medidas penales, civiles y administrativas adecuadas, eficaces, disuasivas y proporcionales para salvaguardar los derechos e intereses de los beneficiarios, que también pueden incluir medidas de justicia restaurativa (como la repatriación) en función de la naturaleza y los efectos de la infracción (art. 10)⁵⁸.

En América Latina, y a nivel nacional, el primero y uno de los más logrados ejemplos de una auténtica protección *ad hoc* de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas ha sido el constituido por la Ley n.º 20/2000 de Panamá (reglamentada por el Decreto Ejecutivo n.º 12/2001)⁵⁹, hasta el punto de que a menudo se la cita como modelo a tomar en consideración en los propios documentos de la OMPI. Esta ley tiene por objeto proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, así como tutelar la autenticidad de las artesanías y demás expresiones artísticas tradicionales, mediante un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socio-culturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social (art. 1 de la Ley n.º 20/2000 y Considerando del Decreto Ejecutivo n.º 12/2001)⁶⁰. De esta manera se protegen todas las formas de expresión que integran el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, tales como sus propias costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas y conocimientos tradicionales en general, así como las incorporadas

58 A nivel regional, cabe mencionar también en esta materia la Ley Tipo del Pacífico Sur para la Protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales de 2002, cuyo texto completo está disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_inf_2-annex2.pdf [consultado el 22 de junio de 2024]. Sobre este otro modelo normativo *ad hoc* véase, entre otros, Siaki Salī, P. F., “Protecting Traditional Knowledge: An Analysis of the Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 51, n.º 4, 2021, 559-595.

59 Ambos textos están disponibles, respectivamente, en: <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/20-de-2000-jun-27-2000.pdf> y <https://docs.panama.justia.com/federales/decretos-ejecutivos/12-de-2001-mar-28-2001.pdf> [consultado el 22 de junio de 2024]. Sobre esta legislación se remite, entre otros, a De Obaldía, I., “Western Intellectual Property and Indigenous Cultures: The Case of the Panamanian Indigenous Intellectual Property Law”, *Boston University International Law Journal*, vol. 23, 2005, 337-394.

60 Acerca de esta legislación véanse, entre otros, López Romero, T., “*Sui Generis* Systems for the Protection of Traditional Knowledge”, cit., 318-324; Pérez Peña, Ó. A., “Derecho de autor y cultura popular tradicional en América Latina y el Caribe”, *La Propiedad Inmaterial*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, 2018, 39 y 40; Celigueta Comerma, G. y Martínez Mauri, M., “¿Textiles mediáticos?”, cit., 246.

en sus creaciones, tales como las invenciones, los modelos y los diseños, las innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos gráficos, petroglifos, entre otros, y relacionadas con el arte, la música, la literatura, los conocimientos biológicos, médicos, ecológicos, etc. (art. 2 de la Ley n.º 20/2000 y arts. 1 y 2.5 del Decreto Ejecutivo n.º 12/2001)⁶¹.

Sin embargo, para ser objetos de protección, estos conocimientos deben ser susceptibles de uso comercial; deben estar basados en la tradición, si bien no necesariamente deben ser antiguos; deben ser colectivos (es decir, constituir el patrimonio de toda una comunidad indígena o más de una) y estar incluidos en el sistema de clasificación a cargo del Departamento de Derechos Colectivos y Expresiones Folclóricas de la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial (DIGERPI) del Ministerio de Comercio e Industrias, de conformidad con el reglamento de uso de los derechos colectivos indígenas presentado por las autoridades tradicionales (arts. 1 y 15 de la Ley n.º 20/2000 y arts. 2, 3, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo n.º 12/2001). Los pueblos indígenas, como titulares de los derechos colectivos sobre sus conocimientos tradicionales, pueden solicitar un título de propiedad intelectual sobre ellos e impedir a terceros la adquisición de derechos exclusivos (art. 2 de la Ley n.º 20/2000). Además, pueden permitir (mediante licencia)⁶² o prohibir su uso, comercialización o reproducción industrial (arts. 15 y 20 de la Ley n.º 20/2000)⁶³ y autorizar la certificación de expresiones culturales como obras de arte tradicional indígena o artesanías elaboradas por manos indígenas (art. 10 de la Ley n.º 20/2000 y art. 15 del Decreto Ejecutivo n.º 12/2001). Como ya he indicado, la Ley n.º 20/2000 opta por centrar la protección de los conocimientos tradicionales en un sistema especial de registro de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre ellos, cuya solicitud debe ser presentada (junto con el ya mencionado reglamento de uso) ante la DIGERPI o la Dirección General de Derecho de Autor del Ministerio de Educación por los respectivos congresos generales o autoridades tradicionales indígenas (art. 4

61 El artículo 2.3 del Decreto Ejecutivo n.º 12/2001 también define los *conocimientos tradicionales* en un sentido amplio como los conocimientos colectivos de un pueblo indígena fundados en tradiciones centenarias y hasta milenarias, que a la vez son expresiones tangibles e intangibles que abarcan sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales (incluidos los recursos genéticos, medicinas, semillas, conocimientos sobre las propiedades de la fauna y flora, las tradiciones orales, los diseños y artes visuales y representativas).

62 La licencia de uso del derecho colectivo no impide que se siga utilizando dentro de la misma comunidad indígena licenciataria, ni que otros pueblos indígenas titulares del mismo derecho colectivo, registrado y no firmantes del contrato, otorguen otras licencias (art. 21 del Decreto Ejecutivo n.º 12/2001).

63 No obstante ello, se prevén excepciones a favor de los grupos de danzas folclóricas que ejecutan representaciones en el ámbito nacional e internacional (art. 16 de la Ley n.º 20/2000) y de los pequeños artesanos no indígenas, que en determinados casos podrán realizar y comercializar reproducciones, pero no podrán reclamar los derechos colectivos reconocidos a las comunidades indígenas (arts. 23 y 24 de la Ley n.º 20/2000 y arts. 26 y 27 del Decreto Ejecutivo n.º 12/2001).

de la Ley n.º 20/2000)⁶⁴. Dado el carácter perpetuo de los derechos colectivos indígenas, su registro no caduca ni tiene límite temporal (art. 7 de la Ley n.º 20/2000). El acceso al Registro de Derechos Colectivos es público, a excepción de las experiencias y los procesos cognoscitivos desarrollados por los pueblos indígenas, así como la técnica o el método de elaboración tradicional (art. 12 del Decreto Ejecutivo n.º 12/2001)⁶⁵.

Siempre en el ámbito del derecho latinoamericano, se sitúa en una línea similar a la de la legislación panameña –aunque no idéntica– el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación de Ecuador, de 2016 (reglamentado por el Decreto Ejecutivo n.º 1.435/2017), que dedica todo el Título VI a los “Conocimientos tradicionales” en sentido amplio (es decir, tanto a las expresiones culturales tradicionales o del folclore como a los conocimientos tradicionales en sentido estricto y a los conocimientos relacionados con los recursos genéticos)⁶⁶. Este otro ejemplo de régimen especial también comienza reconociendo que su finalidad es preservar y perpetuar los conocimientos tradicionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, del pueblo afroecuatoriano, del pueblo Montubio y de las comunidades locales legalmente reconocidas, asegurando su expansión y protegiéndolos de la apropiación comercial ilegítima. Asimismo, puntualiza que por conocimientos tradicionales deben entenderse todos aquellos saberes colectivos, tales como prácticas, métodos, experiencias, capacidades, signos y símbolos (referidos, entre otros, a aspectos ecológicos, climáticos, agrícolas, medicinales, artísticos, artesanales, pesqueros y cinegéticos) que forman parte del acervo cultural propios de pueblos, nacionalidades y comunidades, y que han sido desarrollados, actualizados y transmitidos de generación en generación y a partir de la estrecha relación de los seres humanos con el territorio y la naturaleza (arts. 511 y 513)⁶⁷.

64 La registración del derecho colectivo sobre un objeto o un conocimiento tradicional no afecta el intercambio tradicional entre pueblos indígenas del objeto o conocimiento en cuestión (art. 11 del Decreto Ejecutivo n.º 12/2001).

65 En virtud de la firma del Tratado de Promoción Comercial entre Panamá y los Estados Unidos de América, la Ley 20 es vinculante en ambos países (véase la Carta anexa al Tratado de Trabajo Conjunto para Consultas sobre Conocimientos Tradicionales y Folclore ante el Comité Intergubernamental de la OMPI del 28 de junio de 2007, disponible en: <https://mici.gob.pa/onci-acuerdos-bilaterales-panama-estados-unidos-de-america/> [consultado el 22 de junio de 2024]), por lo cual la firma Nike (en el caso analizado *supra* § 1) no se habría podido eximir de responder a una eventual acción judicial iniciada por el pueblo *Guna* (véase Celigueta Comerma, G. y Martínez Mauri, M., “¿Textiles mediáticos?”, cit., 248).

66 Estos otros textos normativos están disponibles, respectivamente, en: <https://www.gob.ec/regulaciones/codigo-organico-economia-social-conocimientos-creatividad-innovacion> y <https://www.gob.ec/regulaciones/reglamento-general-al-codigo-organico-economia-social-conocimientos-creatividad-innovacion> [ambos consultados el 22 de junio de 2024].

67 En particular, se reconocen como patrimonio colectivo –entre otros– los siguientes conocimientos tradicionales: métodos terapéuticos ancestrales para la prevención, tratamiento y cura de enfermedades; conocimientos sobre combinaciones de extractos biológicos naturales para la preparación de la medicina tradicional; conocimientos sobre compuestos biológicos naturales

Además, de conformidad con la Constitución ecuatoriana y los tratados internacionales de los que Ecuador es parte⁶⁸, en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación del Ecuador se reconoce a los legítimos poseedores los derechos colectivos sobre sus conocimientos tradicionales, con carácter imprescriptible, inalienable e inembargable, como parte integrante de su identidad cultural. También se establece que la protección de dichos conocimientos debe ajustarse a las costumbres, instituciones y prácticas culturales de sus legítimos poseedores, a quienes también se les reconocerá el derecho, entre otros, a mantener, fomentar, gestionar, enriquecer, proteger, controlar, innovar y desarrollar sus conocimientos tradicionales y a impedir el acceso, uso y explotación indebidos de los mismos (art. 512)⁶⁹; así como el de autorizar el acceso, uso y explotación a favor de terceros en los términos indicados en el respectivo contrato (arts. 514, 525 y 529-534). En los casos en que los conocimientos tradicionales sean compartidos entre diferentes comunidades, pueblos y nacionalidades pertenecientes a un mismo ámbito geográfico, todos serán considerados legítimos poseedores y deberán procurar su gestión conjunta, lo que no impide que cada uno ejerza libremente sus derechos colectivos sin perjuicio del ejercicio de estos derechos por parte de los demás titulares (art. 516). Sin embargo, cabe señalar que el legislador ecuatoriano –a diferencia del panameño– no exige formalidad o registro alguno para reconocer y garantizar la protección, vigencia y ejercicio de los derechos colectivos de los legítimos poseedores sobre sus conocimientos tradicionales (art. 522)⁷⁰.

para la elaboración de productos alimentarios, dietéticos, colorantes, cosméticos y derivados; conocimientos sobre productos naturales y composiciones que los contienen para la agricultura, la caza, la pesca y otras actividades de subsistencia; conocimientos sobre mecanismos y prácticas de siembra, cosecha, mantenimiento y recolección de semillas, entre otras prácticas agrícolas; formas tangibles de las expresiones culturales tradicionales (como indumentarias, obras de arte, dibujos, diseños, pintura, escultura, alfarería, ebanistería, joyería, cestería, textiles y tapices, artesanía, obras arquitectónicas tradicionales, instrumentos musicales y de labranza, caza y pesca ancestrales) y las formas intangibles de las expresiones culturales tradicionales (como mitos o leyendas, símbolos, danzas, juegos tradicionales, cantos e interpretaciones fonográficas, nombres indígenas y ceremonias rituales), estén o no fijadas en un soporte de cualquier tipo (art. 521).

68 Véase *supra* § II.

69 La misma disposición precisa, además, que el reconocimiento de los derechos sobre los conocimientos tradicionales comprende la capacidad de atribuirles un nombre y que dicha denominación debe mantenerse en los productos derivados que puedan generarse a partir de ellos, con el fin de permitir la trazabilidad hasta su origen. Esta capacidad de nombrar a sus conocimientos implica también la de oponerse al registro de denominaciones propias de pueblos y nacionalidades por terceros, quienes de ser el caso deberán contar con el consentimiento previo, libre e informado de sus legítimos poseedores, dentro del cual se establecerá una repartición justa y equitativa de los beneficios monetarios y no monetarios.

70 No obstante ello, los legítimos poseedores pueden realizar un depósito voluntario de sus conocimientos tradicionales ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales. Este depósito podrá ser de carácter confidencial y restringido al público a pedido de los legítimos poseedores. El objeto de este depósito es evitar la apropiación ilegítima de dicho acervo cognitivo, así como también será un medio de verificación para el reconocimiento de

Por último, México también ha regulado recientemente esta materia mediante la Ley de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, de 2022^[71], cuyos fines principales son: reconocer y garantizar la protección, salvaguardia y el desarrollo del patrimonio cultural y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas sobre su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales, así como sentar las bases para que ellos mismos definan, preserven, protejan, controlen, desarrollen y decidan sobre su uso, goce y aprovechamiento y, en su caso, su utilización por terceros (arts. 1 y 2.III y IV). El patrimonio cultural se define como el conjunto de bienes materiales e inmateriales que comprenden las lenguas, conocimientos, objetos y todos los elementos que constituyan las culturas y los territorios de los pueblos y las comunidades indígenas y afromexicanas, que les dan sentido de comunidad con una identidad propia y que son percibidos por otros como característicos, a los que tienen el pleno derecho de propiedad, acceso, participación, práctica y disfrute de manera activa y creativa (art. 3.XII)⁷². En la búsqueda de los objetivos de este régimen especial de protección, el legislador reconoce el derecho colectivo de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas a la propiedad sobre su patrimonio cultural, basado en sus conocimientos, saberes, manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y expresiones culturales tradicionales, así como sobre las manifestaciones asociadas que, de manera continua o discontinua, han practicado y les han sido transmitidas por miembros de su propia comunidad desde generaciones previas. Los pueblos y comunidades mencionados también tienen derecho a la propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural (arts. 3.VII, 8 inc. 1 y 13)⁷³ y pueden reclamar este derecho cuando terceros utilicen, exploten, comercialicen o se apropien indebidamente de sus elementos sin su consentimiento (art. 19).

Para la constitución de este derecho de propiedad colectiva el legislador mexicano no exige ningún procedimiento administrativo, gozando su titular en todo momento de la legitimación procesal activa para la protección de los usos no consentidos a cargo de terceros (art. 14). De manera similar a lo establecido por el legislador ecuatoriano, se establece que los pueblos y comunidades indígenas y

los derechos colectivos sobre los conocimientos tradicionales que puedan ser infringidos en cualquier solicitud de derechos de propiedad intelectual presentada por un tercero (art. 523).

- 71 El texto de esta ley está disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5640770&fecha=17/01/2022#gsc.tab=0 [consultado el 22 de junio de 2024].
- 72 En este sentido, el artículo 8 inciso 2 especifica que se protegen especialmente las tradiciones, las costumbres y las ceremonias espirituales y religiosas, los lugares sagrados y centros ceremoniales, los objetos de culto, los sistemas simbólicos o cualquier otro sistema que se considere sensible para las comunidades, con el fin de garantizar sus propias formas de vida e identidad, así como su supervivencia cultural.
- 73 En consonancia con el carácter colectivo de estos bienes, se especifica que son nulos de pleno derecho los actos, los contratos o los acuerdos celebrados por un miembro de la comunidad, a título individual, con terceros, relativos a su uso, explotación o comercialización (art. 9).

afromexicanas podrán registrar los elementos de su patrimonio cultural en cualquier momento, incluso en caso de controversias con terceros, pero la ausencia de registro en ningún caso constituirá una presunción de falta de titularidad (arts. 35.XI y 53-56). Además de ser de naturaleza colectiva, la propiedad que esta ley reconoce y protege es un derecho inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable (arts. 15, 17 y 25). Sin embargo, los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, conforme a sus propios sistemas normativos y con su consentimiento libre, previo e informado (expresado conforme a la Ley General de Consulta de dichos pueblos y comunidades), podrán autorizar el uso, aprovechamiento y comercialización de su patrimonio cultural por parte de terceros, por un periodo limitado de hasta cinco años, prorrogable mediante el mismo procedimiento de autorización (arts. 8 inc. 1, 17 y 28)⁷⁴. El contrato o convenio respectivo deberá celebrarse ante la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas y el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas y, salvo pacto en contrario, toda autorización es onerosa y temporal, e implica una distribución justa y equitativa de los beneficios (arts. 24 y 26 inc. 2). Asimismo, se reconoce que la propiedad colectiva del patrimonio cultural puede coexistir en dos o más comunidades indígenas o afromexicanas respecto de uno o más elementos, en cuyo caso será ejercida con pleno respeto a la libre determinación y autonomía de cada una de ellas, de manera conjunta o separada, pero a falta de acuerdo entre las comunidades, el elemento de que se trate no estará disponible para el uso y aprovechamiento por parte de terceros (arts. 16, 29 y 30). El legislador mexicano también se ha preocupado por regular los mecanismos de solución de controversias en caso de conflicto entre los pueblos o las comunidades indígenas y afromexicanas con terceros, con otros pueblos o comunidades, o con sus propios integrantes (en el caso de que estos autoricen a terceros), previendo la posibilidad de optar, con base en su libre determinación y autonomía, así como en sus propios sistemas normativos, entre la mediación, la queja o la denuncia (arts. 57 y 62 inc. 2).

Conclusiones

Del análisis hasta aquí realizado se puede concluir cuanto sigue:

1. La creciente valoración económica de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas (y, también, de las comunidades locales), en general, y de las expresiones culturales tradicionales, en particular (especialmente

74 En cambio, el uso, el aprovechamiento y la comercialización de los elementos del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas que realicen sus integrantes, de manera personal y en su beneficio, están regulados por los sistemas normativos de los respectivos pueblos o comunidades (art. 18).

las de América Latina en el ámbito de la industria de la moda y del *design*), ha conducido en las últimas décadas a su mercantilización y, en consecuencia, a su *apropiación y/o privatización* por parte de terceros movidos únicamente por intereses comerciales, a menudo sin ninguna implicación ni respeto de los legítimos poseedores.

2. La apropiación del patrimonio cultural de los pueblos indígenas se ve facilitada por la actual legislación internacional y nacional de protección de los derechos de autor, la que ha sido elaborada con base en un paradigma *norteamericocéntrico* que resta importancia a la contribución científica y artística de muchas de las culturas del mundo, reduciéndolas a folclore, motivo por el cual los conocimientos y expresiones culturales tradicionales se consideran de *dominio público* (es decir, una especie de *res nullius*) y, por tanto, de libre uso y explotación por cualquiera que esté interesado de ellos, como si fueran *bienes privados* de ellos, o bien gestionados directamente por el Estado (como parte del llamado patrimonio nacional), como si fueran *bienes públicos* (lo que conduce, respectivamente, a una verdadera *privatización y expropiación* en perjuicio de los pueblos indígenas).
3. El progresivo reconocimiento a los pueblos indígenas, en las convenciones/declaraciones internacionales (a nivel universal y regional) y en las constituciones latinoamericanas, de la titularidad de una serie de *derechos diferenciados* de carácter colectivo, entre ellos el de la gestión de su patrimonio cultural (integrado por los conocimientos y expresiones culturales tradicionales), impone a los organismos internacionales especializados (como la OMPI) y a los Estados individualmente considerados la obligación de protegerlos adecuadamente mediante mecanismos eficaces e idóneos que tengan en cuenta –además– su carácter identitario, multigeneracional, holístico y, en algunos casos, hasta religioso o sagrado.
4. La vigente normativa sobre derechos de autor se estructura en cambio exclusivamente según el modelo de la protección de los *derechos individuales* y hace hincapié en la novedad y la originalidad de la obra y en la temporalidad de la protección, siendo además el resultado de la simplificación llevada a cabo por la codificación del derecho civil decimonónica en materia de bienes, que ha reducido la rica clasificación de las cosas de la tradición romanística al binomio *bienes públicos-bienes privados* (incluso con respecto a los que no pertenecen a nadie) y a suprimir las categorías de los *bienes comunes* y de los *bienes colectivos*.
5. Dada la insuficiencia y la inadecuación de la legislación convencional sobre derechos de autor y sobre los otros derechos de propiedad intelectual e industrial (v.gr., la referida a las obras anónimas del Convenio de Berna, a las denominaciones de origen o a las marcas colectivas) para la protección de las expresiones culturales tradicionales, es necesario elaborar una normativa a medida que tenga en cuenta sus necesidades y características distintivas (*in primis*, su carácter colectivo), para lo cual

parece útil restablecer la categoría de los *bienes colectivos* (como son los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas), especialmente en aquellos ordenamientos, como los latinoamericanos, que pertenecen a la tradición romanística (donde esta categoría de bienes ya había sido reconocida en el pasado).

6. La elaboración de una normativa *ad hoc* para proteger los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales de los pueblos indígenas de América Latina de la apropiación y el uso indebidos por parte de terceros debería, al menos, colmar las lagunas normativas existentes en materia de titularidad y atribución de los conocimientos tradicionales, así como de su control y de la remuneración o indemnización por su uso, para lo cual podrían ser de utilidad –como modelos a tener en cuenta– la propuesta de articulado que se encuentra en fase de negociación en el seno de la OMPI y la de reforma legislativa sugerida por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, como también la legislación ya aprobada en esta materia por Panamá, Ecuador y México.

Referencias

- Alvarado Villa, Numa Enrique, “Concepto de propiedad intelectual colectiva de pueblos y comunidades indígenas”, *Cuestiones Políticas*, vol. 32, n.º 57, Maracaibo, 2016, 117-130.
- Aspuac, Angelina, “La lucha de las tejedoras mayas de Guatemala”, en CNDH (coord.), *Argumentos para la defensa y protección del patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en México y América Latina*, México D.F., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019, 55-68.
- Barrera Jurado, Gloria Stella; Quiñones Aguilar, Ana Cielo y Jacanamijoy Juajibioy, Juan Carlos, “Riesgos y tensiones de las marcas colectivas y denominaciones de origen de las creaciones colectivas artesanales indígenas”, *Apuntes*, vol. 27, n.º 1, Bogotá, 2014, 36-51.
- Cambridge Advanced Learner’s Dictionary & Thesaurus* [en línea], disponible en: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/cultural-appropriation>
- Celigueta Comerma, Gemma y Martínez Mauri, Mónica, “¿Textiles mediáticos? Investigar sobre activismo indígena en Panamá, Guatemala y el espacio Web 2.0”, *Revista Española de Antropología Americana*, n.º 50, Madrid, 2020, 241-252.
- Clavero, Bartolomé, “Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas”, en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, 313-338.
- CNDH, “Derecho al patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas, afrodescendientes y comunidades comparables”, en CNDH (coord.), *Argumentos para la defensa y protección del patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en México y América Latina*, México D.F., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019, 153-180.

- Dani, Alessandro, “Il concetto giuridico di ‘beni comuni’ tra passato e presente”, *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna*, n.º 6, Roma, 2014, 1-48.
- De Obaldía, Irma, “Western Intellectual Property and Indigenous Cultures: The Case of the Panamanian Indigenous Intellectual Property Law”, *Boston University International Law Journal*, vol. 23, Boston, 2005, 337-394.
- De Sanctis, Vittorio M., *Manuale del nuovo diritto d’autore*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2010.
- Di Mella, Paolo, “Attenzione alle espressioni della tradizione dei popoli! Il caso Nike” [en línea], *Bugnion News*, n.º 35, 2019, disponible en: <https://www.bugnion.eu/it/attenzione-alle-espressioni-della-tradizione-dei-popoli-il-caso-nike/>
- Dorantes, Emilio Francisco, “Herencia ancestral: ceremonia de los Voladores de Papantla”, en CNDH [coord.], *Argumentos para la defensa y protección del patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en México y América Latina*, México D.F., Comisión Nacional de los Derechos Humanos 2019, 49-54.
- Fuentes García, Patricia Elena, “Derecho de autor y expresiones culturales tradicionales en el sector de la moda a partir de la apropiación cultural” [en línea], *Foro Jurídico*, México D.F., 2024, disponible en: <https://forojuridico.mx/derecho-de-autor-y-expresiones-culturales-tradicionales-en-el-sector-de-la-moda-a-partir-de-la-apropiacion-cultural/>
- Greene, Shane, “¿Pueblos indígenas S.A.? La cultura como política y propiedad”, *Revista Colombiana de Antropología*, vol. 42, Bogotá, 2006, 179-221.
- González Galván, Jorge Alberto, *El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT*, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*, México D.F., UNAM, 2000, 81-97.
- Grossi, Paolo, “Un altro modo di possedere”. *L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milán, Giuffrè, 1977.
- Harp Iturrubarría, Susana, “El debate en México de la protección del patrimonio cultural”, en CNDH (coord.), *Argumentos para la defensa y protección del patrimonio cultural de pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en México y América Latina*, México D.F., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019, 71-76.
- Hernández Pulido, J. R., “El Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales”, en aa.vv., *Derechos indígenas en la actualidad*, México D.F., UNAM, 1994, 162-175.
- Ibarra, Lucero, “Autores indígenas en México”, *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, vol. 4, n.º 1, Oñati, 2010, 24-38.
- Jarach, Giorgio, *Manuale del diritto d’autore*, Milán, Mursia, 1968.
- Jaszi, Peter, “Protecting Traditional Cultural Expressions – Some Questions for Law-makers” [en línea], *WIPO Magazine*, Ginebra, 4/2017, disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/04/article_0002.html

- López Romero, Tania, “Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 6, Bogotá, 2005, 301-339.
- Lucas-Schloetter, Agnès, “Folklore”, en Lewinski, Silke von (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 339-506.
- Madrazo Lajous, Alejandro, “Biocolonialismo”, en Hevia, Martín y Rojo, Facundo M. (coords.), *Propiedad intelectual. Fundamento y crítica*, Bogotá, 2017, 199-260.
- Marcelli, Fabio, “I popoli indigeni come soggetto emergente nell’ambito della comunità internazionale e dell’area regionale latinoamericana”, en Marcelli, Fabio (coord.), *I diritti dei popoli indigeni*, Roma, Aracne, 2009.
- Marquardt, Bernd, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, Bogotá, Ibáñez, 2016.
- Mattei, Ugo, *I beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011.
- Ochoa Jiménez, María Julia, “Conocimientos tradicionales. Sobre su protección jurídica y la capacitación de sus poseedores. Referencia al caso de Venezuela”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, n.º 127, 2010, 170-207.
- Oxford English Dictionary* [en línea], disponible en: <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095652789>
- Palandri, Lucrezia, “Fashion Disputes and Alternatives to Court”, en Barsotti, Vittoria y Simoni, Alessandro (coord.), *Processo e cultura giuridica / Procedure and Legal Culture. Scritti per gli 80 anni di Vincenzo Varano*, Turín, Giappichelli, 2020, 95-114.
- Pérez Peña, Óscar A., “Derecho de autor y cultura popular tradicional en América Latina y el Caribe”, *La Propiedad Inmaterial*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, 2018, 27-48.
- Posey, Darrell A. y Dutfield, Graham, *Más allá de la propiedad intelectual. Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, Montevideo, CIID-WWF, 1999.
- Ragonesi, Giulia, “La tutela giuridica del folklore ed il diritto d’autore”, *Il diritto di autore*, Milán, 2009-2, 262-290.
- Rangel Flores, Amapola, “Plagiando identidades: los textiles indígenas y las marcas internacionales”, en Cadena Roa, Jorge; Aguilar Robledo, Miguel y Vázquez Salguero, David Eduardo (coords.), *Las ciencias sociales y la Agencia Nacional. Reflexiones y propuestas desde las ciencias sociales*, vol. 2, *Acción colectiva, movimientos sociales, sociedad civil y participación*, Ruiz Guadalajara, Juan Carlos y Urbina Cortés, Gustavo A. (coords.), México D.F., COMECOSO, 2018, 671-687.
- Ricifari, Rebecca, “L’appropriazione culturale nell’industria della moda: tra antropologia e diritti culturali” [en línea], *Ius in itinere. Rivista giuridica*, 2020-2021, disponible en: <https://www.iusinitinere.it/lappropriazione-culturale-nellindustria-della-moda-tra-antropologia-e-diritti-culturali-27967>
- Shiva, Vandana, “North-South Conflicts in Intellectual Property Rights”, *Peace Review*, vol. 12, n.º 4, San Francisco, 2000, 501-508.

- Shiva, Vandana, *Il mondo sotto brevetto*, G. Pannofino (trad.), Milán, Feltrinelli, 2002.
- Siaki Salī, Purcell Filippo, “Protecting Traditional Knowledge: An Analysis of the Pacific Regional Framework for the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Culture”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 51, n.º 4, 2021, 559-595.
- Staelens G., Patrick, “El Convenio número 169 de la OIT de una política integracionista al reconocimiento del derecho de la identidad de los pueblos indios”, en AA.VV., *Derechos indígenas en la actualidad*, México D.F., UNAM, 1994, 191-197.
- Tavella, Massimo, “La tutela intellettuale e *cultural appropriation*”, *Il diritto industriale*, Milán, 2020-6, 585-588.
- Toledo Llancaqueo, Víctor, “El nuevo régimen internacional de los derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos indígenas”, en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, 509-536.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 [c] of the Covenant)* [en línea], 12 de enero de 2006, E/C.12/GC/17, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/441543594.html>
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights [CESCR], *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding Observations of the Mexico* [en línea], 9 de junio de 2006, E/C.12/MEX/CO/4, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/45377fa20.html>
- UNESCO-CERLALC, *Análisis de derecho comparado de la protección de las expresiones y conocimientos culturales tradicionales*, Bogotá, Cerlalc-Unesco, 2017.
- Urizar Montes de Oca, Javier, “Las obligaciones internacionales del Estado de Guatemala en materia de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas”, *Opus Magna Constitucional*, t. XVII, Ciudad de Guatemala, 2021, 357-388.
- Vézina, Brigitte, “Curbing Cultural Appropriation in the Fashion Industry with Intellectual Property” [en línea], *WIPO Magazine*, Ginebra, 4/2019, disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2019/04/article_0002.html
- Vezzani, Simone, “Il Primo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti umani e la tutela della proprietà intellettuale di popoli indigeni e comunità locali”, *Diritti umani e diritto internazionali*, vol. 1.2, Bolonia, 2007, 305-342.
- Vicente Blanco, Dámaso Javier, “Protección de la cultura popular y entidades de gestión colectiva: ¿apropiación de bienes comunes y enriquecimiento sin causa?” [en línea], *Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, Porto, 2015, 1-26, disponible en: <https://cije.up.pt/pt/red>
- WIPO, *Comparative Summary of Sui Generis Legislation for the Protection of Traditional Cultural Expressions* [en línea], Ginebra, 2003, 1-21, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_inf_3.pdf

- WIPO, “Customary Law and Traditional Knowledge” [en línea], *Background Brief*, n.º 7, Ginebra, 2023, 1-9, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2023-5-7-en-customary-law-and-traditional-knowledge.pdf>
- WIPO, “Developing a National Strategy on Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions” [en línea], *Background Brief*, n.º 3, Ginebra, 2023, 1-5, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2023-5-3-en-developing-a-national-strategy-on-intellectual-property-traditional-knowledge-and-traditional-cultural-expressions.pdf>
- WIPO, “Documentation of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions” [en línea], *Background Brief*, n.º 9, Ginebra, 2023, 1-9, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2023-5-9-en-documentation-of-traditional-knowledge-and-traditional-cultural-expressions.pdf>
- WIPO, *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions* [en línea], Ginebra, 2020, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_933_2020.pdf
- WIPO, “Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions/Folklore” [en línea], *Booklet*, n.º 1, Ginebra, 2005, 1-23, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/913/wipo_pub_913.pdf
- WIPO, “Intellectual Property and Traditional Handicrafts” [en línea], *Background Brief*, n.º 5, Ginebra, 2023, 1-9, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2023-5-5-en-intellectual-property-and-traditional-handicrafts.pdf>
- WIPO, *Note on the Meanings of the Term “Public Domain” in the Intellectual Property System with Special Reference to the Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore* [en línea], Ginebra, 2010, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_8.pdf
- WIPO, “Panama: Empowering Indigenous Women through a Better Protection and Marketing of Handicrafts” [en línea], *WIPO Magazine*, 6/2005, Ginebra, disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2005/06/article_0005.html
- WIPO, “The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore” [en línea], *Background Brief*, n.º 2, Ginebra, 2023, 1-8, disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-rn2023-5-2-en-the-wipo-intergovernmental-committee-on-intellectual-property-and-genetic-resources-traditional-knowledge-and-folklore.pdf>
- Zagato, Lauso, “La protezione dell’identità culturale dei popoli indigeni oggetto di una norma di diritto internazionale generale?”, *Thule. Rivista italiana di studi americanistici*, n.os 26/27-28/29, Perugia, 2009-2010, 165-195.
- Zuddas, Carla, *Strumenti e modelli per la tutela giuridica delle espressioni culturali tradizionali*, Nápoles, ESI, 2015.