

¿A QUIÉN LE PERTENECEN LOS DERECHOS DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL?

Lic. Diego A. Guerrero García*

*A Jorge Sánchez Cordero,
por su cariño, confianza y apoyo incondicional.
Gracias.*

Resumen: *Los planteamientos fundamentales de este artículo son: qué se entiende por patrimonio cultural inmaterial y cómo debe protegerse. Se resalta la necesidad de que el Estado vigile por los intereses de quienes producen manifestaciones culturales, artísticas, científicas o sociales independientemente de que pertenezcan a un individuo o a una colectividad, por el uso y explotación que de éstas hacen las empresas transaccionales.*

Palabras Clave: *patrimonio cultural, patrimonio cultural inmaterial, derechos de autor, cultura, protección, creaciones, UNESCO, comunidades, indígenas, explotación.*

Abstract: *The fundamental approaches of this article are: what is meant by intangible cultural heritage and how to care it, the need for the State to watch over the interests of those who produce these cultural, artistic, scientific or social manifestations and the relationship they have with transactional companies.*

Key Words: *Cultural heritage, intangible cultural heritage, copyright, culture, protection, creations, UNESCO, communities, indigenous, exploitation.*

En el año de 1854, el presidente de los Estados Unidos, Franklin Pierce, envió una oferta al jefe Seattle, de la tribu Suwamish, para comprarle los territorios del noroeste de los Estados Unidos que hoy forman el Estado de Washington¹. A cambio, le prometía crear una "reserva" para el pueblo indígena.

La respuesta del jefe Seattle fue contundente y reflexiva, en ella hace una descripción sobre la relación del ser humano con su entorno natural y cultural.

¿QUÉ ES EL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL?

La Cultura es el conjunto de creaciones humanas y valores, es una realidad social que deja huellas indudables en el individuo, el cual, vive en gran medida de lo que

¹Victor Amaury Simental Franco, *Derecho ambiental*, México, Limusa, 2010, p.281

*Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM

generaciones anteriores prepararon e hicieron.

Al término de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló una nueva forma de ver y entender la cultura, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, generó una labor importante al establecer políticas encaminadas a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales que forman parte del desarrollo del ser humano.

La expresión “patrimonio cultural” ha sufrido grandes cambios en las últimas décadas. La propia UNESCO establece que el patrimonio cultural no se limita a sus manifestaciones tangibles, como los monumentos y objetos que se han preservado a través del tiempo, de los cuales ya se encuentra regulada su protección en la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, el tema de la propiedad se encuentra regulado en el artículo 27; en el que se establece que “son propiedad de la Nación, inalienables e imprescriptibles, los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles”.² Lo que establece que éstos se encuentren fuera del comercio y la imposibilidad de que los particulares puedan transmitirlos, debido a que el propietario de los mismos es la Nación.

Sin embargo el patrimonio cultural inmaterial requiere de otras medidas jurídicas para su protección.

La Convención de París organizada por la UNESCO define al patrimonio cultural inmaterial como: los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas; junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes; que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad, contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.³

El patrimonio cultural abarca también las obras que innumerables grupos y comunidades de todo el mundo han recibido de sus antepasados y transmiten a sus descendientes, a menudo de manera oral.

No obstante su complejidad, el patrimonio cultural inmaterial es un importante factor del mantenimiento de la diversidad cultural frente a la creciente globalización.

La diversidad cultural debe ser considerada como un activo importante en el patrimonio cultural mexicano. Los procesos de

² Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, artículo 27. <http://www.diputados.gob.mx/LevesBiblio/pdf/131.pdf>.

³Cfr. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial convocada por la UNESCO, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>

evolución histórica y la transmisión oral intercomunitaria han hecho posible una gran variedad de expresiones culturales en nuestro ámbito que son esenciales en el desarrollo humano sostenido.

El patrimonio cultural es tradicional, contemporáneo y viviente, por lo tanto no sólo incluye tradiciones heredadas del pasado, sino también usos contemporáneos característicos de diversos grupos culturales y se mantienen con vida las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, incluso infunde en las comunidades un sentimiento de identidad y de continuidad, promoviendo el respeto por la diversidad cultural y la creatividad humana. Las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo de patrimonio cultural, son una forma de transmitir el conocimiento de generación en generación, a través de técnicas e historias; no únicamente son el medio de transmisión, sino también lo refuerzan, ya que a través del idioma conforman y consolidan la cultura, sin embargo muchas lenguas se han extinguido por la permeabilidad de elementos externos.

Algunos estudiosos del tema de patrimonio cultural dicen que los usos, representaciones, expresiones y técnicas que las comunidades reconocen como parte fundamental de su cultura tienen en común el riesgo de extinguirse debido a la presencia de distintos factores sociales.

El entendimiento de este tema implica observarlo de manera interdisciplinaria, es decir, no sólo desde el punto de vista

cultural, sino también desde el punto de vista económico, jurídico, social y territorial, porque la solución para la permanencia del patrimonio cultural inmaterial es que éste sea parte de la vida cotidiana, que sirva para explicar de manera clara y sencilla el entorno y la realidad tan compleja en la que vive cada pueblo.

Para encontrar una solución eficaz, los diferentes subsistemas o ciencias sociales deben interconectarse, ya que el enfoque especialista sólo nos permitirá observar un segmento del fresco, sin embargo, si tratamos de unir los subsistemas se obtendrá una visión completa del cuadro permitiendo su apreciación desde diferentes ángulos, logrando con ello una propuesta integral que será viable y aplicable al contexto.

La especialización de pronto olvidó que todo existe por una razón y que en la diversidad se encuentra el verdadero conocimiento. Si bien la especialización es una manera de entender los subsistemas, no se debe dejar de lado que los fenómenos sociales, en este caso en particular, el patrimonio cultural inmaterial, es un sistema que refleja cierto contexto cargado de temporalidad, es decir, que ha existido durante largos periodos de tiempo y que busca su permeabilidad y permanencia en el futuro.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, en su artículo 27 afirma, respecto de los derechos culturales y los derechos de propiedad intelectuales, que “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las

artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”, y que “toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”⁴

Uno de los grandes problemas que enfrentan las comunidades, dada su complejidad y posibles repercusiones en la integridad de los pueblos indígenas, es precisamente la falta de una protección de su patrimonio cultural inmaterial que los identifica y los distingue de los demás grupos sociales.

Los propios miembros de la comunidad exigen mecanismos que les permitan la protección y conservación de los saberes ancestrales que forman parte de sus derechos colectivos. En la materia de propiedad intelectual no se han tomado en cuenta los conocimientos indígenas, por considerarlos como derechos colectivos al no contar con un autor o creador conocido, lo que ha generado la pérdida de un importante patrimonio cultural inmaterial, estos hechos nos deben poner a pensar en la creación de nuevos derechos de propiedad intelectual que sean vigentes, o quizás debamos crear un régimen distinto al que actualmente existe, que reconozca las particularidades de los conocimientos tradicionales y que se generen los instrumentos que garanticen la protección y la preservación del conocimiento tradicional.

Si se restringe la dinámica de la naturaleza de las tradiciones, se estaría sancionando no solamente al transgresor de la regla, sino lo que es más inquietante, a los propios beneficiarios del Patrimonio Cultural Inmaterial.

¿CÓMO SALVAGUARDAMOS EL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL?

La propiedad intelectual es un tipo especial de propiedad que expresa la capacidad de dominio sobre ciertos bienes de forma individual y con fines comerciales, se protegen las invenciones creativas tales como: obras literarias y artísticas, símbolos, nombres, imágenes, dibujos y modelos utilizados en el comercio. En el caso de las denominaciones de origen; que son figuras jurídicas establecidas en la ley de propiedad industrial, se consideran los nombres de la región del país que sirve para designar un producto originario de la misma, cuya calidad y características se deben exclusivamente al medio geográfico en el que se encuentran, comprendiendo en éste los factores naturales y humanos, en donde el titular es el Estado mexicano⁵

El régimen de propiedad intelectual, al consagrar los derechos individuales de las personas, constituye una amenaza a los derechos colectivos sostenidos por las poblaciones. El reconocimiento del patrimonio cultural de toda comunidad permite controlar el acceso y el uso de los recursos y del conocimiento de las mismas.

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁵Ley de Propiedad Industrial artículo 156. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50.pdf>

Mientras que los derechos culturales garantizan la libertad de crear, expresarse y comunicarse, así como de acceder a los bienes y servicios producidos por la comunidad, los derechos de propiedad intelectual protegen a los creadores y las creaciones buscando asegurar a las personas el reconocimiento moral de su labor creativa, el goce de beneficios materiales por sus invenciones y la protección de las mismas ante actos de piratería y/o falsificación⁶.

En el caso del patrimonio cultural inmaterial la posesión y gestión de todo recurso cultural debe corresponder a las comunidades o grupos culturales, así como el correspondiente beneficio de los productos culturales que de éste se deriven.

El ejercicio de los derechos de orden cultural que estén expresamente atribuidos a los miembros de una comunidad o grupo cultural deben tener como finalidad primaria la protección de la propia comunidad y la de su cultura.

La labor de las instituciones de gobierno es otorgar a las comunidades la protección de la propiedad intelectual para reconocerles sus derechos, permitiéndoles la conservación de sus territorios y el beneficio del uso de éstos.

La situación de los derechos indígenas, los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos en los nuevos marcos del derecho de propiedad intelectual, así como la necesidad de proteger los conocimientos

tradicionales y culturales de las comunidades, principalmente sobre sus recursos naturales y valores culturales es un tema que no hemos resuelto.

La relación estrecha entre cultura y biodiversidad es fundamental para toda comunidad cultural, las leyes, los usos y las costumbres deben tener el objetivo de proteger el conocimiento de las comunidades para que se pueda transmitir a las próximas generaciones, quienes dependen de la protección de su tierra y de sus recursos.

Los grandes conocimientos generados por las comunidades que han desarrollado en su relación con su entorno natural, cada vez son más utilizados por corporaciones transnacionales, que después de analizar sus propiedades etnobotánicas las desarrollan y las reproducen para fines comerciales, generando un saqueo de los conocimientos de los que otros fueron creadores y de los cuales no reciben ningún reconocimiento; ni moral y mucho menos patrimonial.

Si bien es importante promover y difundir el conocimiento que al traducirse en términos científicos, puede ser la respuesta para solucionar distintos problemas de salud y mantener la vida con su difusión, lamentablemente las empresas que se dedican a explotar el conocimiento de las comunidades muy pocas veces reconocen y compensan a los que verdaderamente son dueños de este conocimiento cultural.

Los laboratorios, las pasarelas de moda, las disqueras, son las que se han dedicado a explotar las medicinas, los diseños, cantos,

⁶Cfr. <http://www.indigenas.bioetica.org/not/PDF/BayardoSpadafora.pdf>

leyendas y cuentos con fines mercantilistas. Un claro ejemplo es el “pozol maya”, conocido por sus cualidades nutricionales y preventivo de enfermedades intestinales, en 1999 Quest International, una compañía holandesa, y la Universidad de Minnessota lograron patentar sus componentes activos ante la sorpresa de las comunidades mayas⁷

Es lamentable saber que pasan situaciones como la anterior, por ello es importante generar mecanismos que reconozcan los derechos de propiedad que tiene estas comunidades, en donde se les otorgue reconocimiento y compensación por el uso que se le dé a este conocimiento.

Desde la Convención de 1972 se discutió seriamente la incorporación del concepto de patrimonio cultural inmaterial, no fue hasta el año 2003 que fue adoptada en París la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial que claramente se establecen como elementos de salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial, la obligación por parte de los Estados de adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio, por medio de inventarios para asegurar su identificación; políticas generales encaminadas a su protección; la creación de organismos competentes, así como el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios

por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio.⁸

El derecho de los pueblos indígenas a proteger y disfrutar su patrimonio cultural está reconocido en diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos, los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y de derechos civiles y políticos, el Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo y el Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como el Convenio sobre la Diversidad Biológica, sin embargo aún no se tiene una regulación jurídica que proteja de forma inminente la creación de las comunidades ante externos.

En el ámbito mexicano, las reformas al artículo cuarto, párrafo noveno de la Constitución, del 30 de abril de 2009 en el Diario Oficial de la Federación establecen que toda persona tiene derecho al acceso a la cultura, como el ejercicio de sus derechos culturales, asimismo, el Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y

⁷Véase Jorge Sánchez Cordero, “Las vicisitudes del patrimonio cultural inmaterial”, Proceso, 1837, 15 de enero del 2012, p.57.

⁸*Cfr.* Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial.
<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>

participación a cualquier manifestación cultural.⁹

La expresión de la libertad cultural comprende tanto el derecho a las libres creaciones literarias, artísticas, científicas, y técnicas, calificadas como “libertades intelectuales”, como el producto de esas creaciones que sustentan los derechos de autor. La reforma en la materia establece, sin embargo, que en ningún caso se puede afectar *ex ante* la libertad cultural, ni la comunicación de su creación.

Con la reforma de los artículos 4º, párrafo noveno y 73, fracción XXV y XXIX-Ñ, se le dio un mandato claro al Congreso, expedir las leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, las entidades federativas, los municipios y el Distrito Federal deben coordinar sus acciones en materia de cultura, precisamente uno de los grandes retos es el orden jurídico que garantice a las comunidades y grupos culturales que su patrimonio pueda transmitirse generacionalmente.

Sin duda, es un gran avance que algunas legislaturas locales hayan incorporado ideas y criterios de la UNESCO para la protección del patrimonio cultural intangible. Existe una voluntad de los estados de defender este patrimonio y de dar su peso adecuado a la pluriculturalidad del país en el contexto del reforzamiento de las identidades regionales. Es interesante subrayar que, a nivel

internacional, México cuenta con distintas obras de patrimonio oral e intangible de la humanidad. Fueron cinco las primeras aportaciones que se incorporaron: tradiciones y expresiones orales; artes escénicas; prácticas sociales y prácticas relativas a la naturaleza y al universo; y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Tal como lo expresan los pueblos indígenas en Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad VII, Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica Kuala Lumpur, Malasia el 20 de febrero de 2004:

“seguimos muy preocupados respecto al régimen internacional sobre acceso y distribución de beneficios que se propone. Los pueblos indígenas somos titulares de derechos con derechos inherentes, de propiedad e inalienables sobre nuestro conocimiento tradicional y recursos biológicos. Los recursos genéticos y el conocimiento tradicional están íntimamente unidos. Hemos reiterado de manera coherente que no estamos participando en estas discusiones para facilitar el acceso a nuestro conocimiento tradicional ni a los recursos genéticos en nuestros territorios. Más bien, participamos para garantizar que nuestros derechos sean reconocidos y respetados por las partes en el desarrollo del régimen propuesto. Aún más, el régimen internacional debe ser coherente con la legislación y normas internacionales de derechos humanos.”¹⁰

⁹Diario Oficial de la Federación (en línea), http://www.inda.gob.mx:7038/documentos_normas/Diario_Oficial.pdf. Consultado: 27 de noviembre de 2009.

¹⁰http://www.nacionmulticultural.unam.mx/declaraciones/docs/decl_056.pdf

BIBLIOGRAFÍA

ARIZPE Lourdes, *El patrimonio inmaterial de México*, Miguel Ángel Porrúa, México 2011.

_____, (coord.). *El patrimonio cultural cívico*, Miguel Angel Porrúa, México 2011.

BAYARDO Rubens, *Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo* <http://www.indigenas.bioetica.org/not/PDF/Bayardo-Spadafora.pdf>

CONVENCIÓN para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial. <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>

CONVENCIÓN para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial convocada por la UNESCO, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540s.pdf>

DECLARACIÓN de Clausura Foro Internacional Indígena Sobre Biodiversidad

DECLARACIÓN Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

DIARIO Oficial de la Federación (en línea), http://www.inda.gob.mx:7038/documentos_normas/Diario_Oficial.pdf

LEY de propiedad industrial artículo 156. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50.pdf>

LEY Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e. Históricos, artículo 27.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/131.pdf>.

SÁNCHEZ Cordero Jorge, “Las vicisitudes del patrimonio cultural inmaterial”, *Proceso*, 1837, 15 de enero del 2012

SIMENTAL Franco, Víctor Amauri, *Derecho Ambiental*, Limusa, México 2010

VII CONFERENCIA de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Kuala Lumpur, Malasia 20 de febrero de 2004, http://www.nacionmulticultural.unam.mx/declaraciones/docs/decl_056.pdf