



Universidad de Guanajuato.

Campus León.

División de Ciencias Sociales y Humanidades.

Departamento de Estudios Culturales.

Tesis:

Orígenes y Enfoques Actuales de la Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Inmaterial como Elemento de la Propiedad Intelectual; Comentario Particular del Estado de Guanajuato.

Que para obtener el título de:

Maestro en Nueva Gestión Cultural en Patrimonio y Arte.

Presenta:

Oscar Sevilla Herrera.

Bajo la dirección del:

Dr. Alejandro Mercado Villalobos.

*Para Vicente Sevilla García, quien guía mis pasos desde el cielo, un hombre tan precavido
que guardó sus palabras para encontrarlas en el momento adecuado.*

*Para Margarita, la flor más bella, quien siempre me dio el aliento para seguir, mis logros
y triunfos siempre serán tuyos.*

*Para Edgar y Fernando, a quienes espero darles un buen ejemplo, venimos de una historia
común, aunque nuestros caminos sean diferentes, me llena de orgullo verles crecer y
triunfar.*

Agradecimientos

Primeramente, a mis profesores del Departamento de Estudios Culturales, con especial afecto para el Dr. José de Jesús Cordero Domínguez, sin esa charla en su cubículo cuando estuve a punto de desistir probablemente este proyecto no se habría concretado, usted creía en mí y en mis habilidades, siempre le estaré agradecido. Al Dr. Alejandro Mercado Villalobos, quien supo ser un guía, mentor y excelente asesor, haciendo que disfrutara cada paso para culminar esta etapa y esta investigación.

A la Dra. Carlota Laura Meneses Sánchez, quien nos diera cobijo en esta aventura llamada posgrado, siempre tendiendo su mano para ayudar a sus estudiantes. A la Dra. Magali Barbosa Piza, por todo su apoyo institucional y personal, otorgando su respaldo en mi proyecto. Mención especial para el Dr. Salvador Francisco Ruíz Medrano, por todo su apoyo y dedicación, quien inspirara en mí la labor de investigar, viendo en él un ejemplo a seguir.

Una mención especial con gran admiración para la Lic. Sandra Noemí Velázquez Lugo, quien me diera el apoyo laboral para sacar adelante mi posgrado.

A la familia Herrera Chávez con mucho cariño para Rosa, Alejandra, César, Javier y Christian por compartir tiempo de calidad y volver amenas las fechas importantes con su compañía.

A la Universidad de Guanajuato, quien me abriera nuevos espacios para poder desarrollarme en el ámbito académico, en un panal unido una abeja nunca estará sola.

Orígenes y Enfoques Actuales de la Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Inmaterial como Elemento de la Propiedad Intelectual; Comentario Particular del Estado de Guanajuato.

Introducción.....	1
I. Introducción.....	1
II. Objetivos.....	2
III. Justificación.....	3
IV. Hipótesis del Trabajo.....	4
V. Método.....	4
VI. Metodología.....	5
Capítulo I: La Necesidad de un Derecho Cultural.....	7
I. Panorama Actual.....	7
II. El Derecho desde la Perspectiva Cultura.....	9
a) El derecho como fenómeno de cultura.....	10
b) El análisis cultural del derecho.....	12
c) La Constitución como ciencia de la cultura.....	17
III. Del Derecho Cultural Mexicano.....	19
a) Naturaleza Jurídica del Derecho Cultural.....	20
b) Autonomía del Derecho Cultural.....	21
c) Concepto de Derecho Cultural.....	25
d) Derecho Cultural y Derechos Culturales.....	27
IV. Retos actuales del Derecho Cultural en México.....	29
a) En favor de una democracia cultural.....	29
b) Generar consciencia cultural.....	30
c) Profesionalización interdisciplinaria.....	30
d) Hacia una regulación adjetiva jurídico – cultural.....	31
Capítulo II: El Origen de la Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Inmaterial.....	32
I. Construcción Normativa.....	33
II. Instrumentos Internacionales.....	34
a) Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado.....	35
b) Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.....	38
c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	41
d) Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas.....	43
e) Recomendación para la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular.....	45
f) Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.....	50
g) Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.....	51
h) Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.....	56
III. Instrumentos Nacionales.....	61
a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	61
b) Ley Federal del Derecho de Autor.....	62
c) Ley General de Cultura y Derechos Culturales.....	64
d) Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.....	68
IV. Instrumentos Estatales.....	69
a) Ley del Patrimonio Cultural del Estado de Guanajuato.....	69
b) Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato.....	72
V. Esbozo Municipal.....	75
Capítulo III: Enfoques Actuales del Patrimonio Cultural.....	80
I. Enfoques Actuales.....	80
II. Como derecho cultural.....	81

a)	¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?.....	83
b)	Elementos del patrimonio cultural inmaterial.....	85
c)	Los agentes del patrimonio cultural inmaterial.....	86
d)	Concepción del patrimonio cultural inmaterial.....	90
e)	La situación en el Estado de Guanajuato del patrimonio cultural inmaterial como derecho cultural.....	94
III.	Como derecho intelectual.....	102
a)	¿Qué es el derecho de autor?.....	105
b)	Bifurcación del derecho de autor.....	107
c)	Construcción del derecho de autor.....	113
d)	Concepción del patrimonio cultural inmaterial.....	117
e)	La situación en el Estado de Guanajuato del patrimonio cultural inmaterial como derecho intelectual.....	121
Capítulo IV: El Patrimonio Cultural como Propiedad Intelectual.....		127
I.	Estructura contemporánea	127
II.	La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el Patrimonio Cultural Inmaterial.....	128
a)	La Propiedad Intelectual y la Salvaguardia de las Culturas Tradicionales: Cuestiones Jurídicas y Opciones Prácticas para Museos, Bibliotecas y Archivos.....	129
b)	Guía para la Catalogación de Conocimientos Tradicionales.....	132
c)	Guía Práctica: La Propiedad Intelectual y los Festivales Folclóricos, Artísticos y Culturales.....	135
d)	Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales.....	139
III.	Más allá de la Propiedad Intelectual.....	143
a)	La problematización del patrimonio cultural inmaterial.....	145
b)	El sentido de la colectividad.....	149
c)	Adaptación de los sistemas convencionales de propiedad intelectual.....	155
d)	Hacia la creación de un sistema de protección <i>sui generis</i> del patrimonio cultural inmaterial.	161
Conclusiones.....		170
I.	Conclusiones	170

Orígenes y Enfoques Actuales de la Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Inmaterial como Elemento de la Propiedad Intelectual; comentario particular del Estado de Guanajuato.

- Oscar Sevilla Herrera.

I. Introducción.

El presente trabajo de investigación busca aportar un panorama jurídico en cuanto a la protección jurídica que recae sobre el patrimonio cultural inmaterial. Estará basado en la relación de las siguientes variables: a) La creación de instrumentos normativos internacionales, nacionales y municipales, que sirven de base para la protección del tema tratado, teniendo en cuenta lo respectivo a la soberanía y la autodeterminación de los pueblos, así como b) la casuística actual desde la perspectiva de la propiedad intelectual en este tema; y c) la situación contemporánea en la que el estado de Guanajuato se desenvuelve como referencia cultural de este tipo.

El patrimonio cultural representa una herencia de toda la humanidad, asimismo, en cada asentamiento humano se favorece la creación de usos y costumbres que enriquecen el crecimiento social de todas las naciones. Por ello, la necesidad imperante de establecer medios de defensa ante la infinidad de factores que puedan mermar su salvaguarda, entre estos el abuso por el usufructo del patrimonio, o el propio deterioro natural, entre otras cosas. La creación de instrumentos normativos enfocados a esta problemática ha ido incrementando de manera importante a partir de la Segunda Guerra Mundial, toda vez que se hizo evidente la fragilidad del patrimonio, tangible e intangible. Sin embargo, el panorama actual no parece prometedor, y, por el contrario, la pérdida del patrimonio cultural inmaterial va en aumento y en detrimento conforme avanza la globalización.

Derivado de lo anterior, se deben analizar los medios de defensa legales que tienden a incentivar una cultura de protección. Sobre todo, lo que representa la propiedad intelectual que es eminentemente inherente a las creaciones humanas, ya que será primordial identificar si las creaciones que tengan su sustento en el patrimonio cultural inmaterial pueden ser susceptibles a la protección que conllevan los derechos intelectuales.

II. Objetivos.

Será menester de la presente investigación profundizar en los instrumentos jurídicos internacionales, nacionales, estatales y municipales que dieron origen a la protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial, señalando cuáles fueron los motivos que favorecieron a su creación y que objetivos tienen para cumplir su cometido. También, verificar cual tipo de protección jurídica proponen, vislumbrando los espectros legales inmersos dentro de estos instrumentos, cómo prevén la protección y cómo enfocan la problemática hacia el campo jurídico. Derivado de este posicionamiento, se analizará cómo se plasman los ideales de cuidado, promoción, salvaguarda y sobre todo protección, siendo las leyes el instrumento idóneo para sustentar dichos objetivos.

Una vez delimitada la protección jurídica propuesta, conocer si estas leyes versan sobre los derechos de propiedad intelectual conferidos al patrimonio cultural inmaterial, de ser así, analizar si es correcta en cuanto a su profundización teórica, viable en lo que respecta a su aplicación y adecuada una vez aplicada, esto teniendo en cuenta las bases de la salvaguarda y la promoción.

El objetivo específico será suministrar al campo de conocimiento el panorama que representa el patrimonio cultural inmaterial dentro de la propiedad intelectual, definiendo con la mayor claridad jurídica los supuestos en los que pudiera encuadrar. Establecer la forma en que debe ejercerse el derecho para su defensa, señalando los medios legales aplicables y al alcance dentro de la normativa aplicable, así como delimitar a los actores de la acción jurídica, debido al origen del derecho conferido.

Finalmente, conocer el enfoque actual que el tema representa dentro del mundo jurídico, ya que, por una parte, la concesión que se otorga al campo del crecimiento social como un derecho humano, al reconocer como parte de ellos el derecho a la cultura; y, por otra parte, la influencia que tienen dentro de los derechos intelectuales, pues al ser de motor económico y de crecimiento social, es necesario dotarles de protección de este tipo. Entonces las conexiones legales entre ambos supuestos serán ubicadas durante el desarrollo de la investigación.

III. Justificación.

El presente trabajo de investigación resultará relevante puesto que aportará claridad sobre el origen de la protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial, y es que nos encontramos ante un campo del derecho que tiene un gran ahondamiento normativo y pese a ello la profundización teórica es prácticamente nula. Por lo cual, es pertinente realizar este tipo de ejercicios académicos a fin de tener certeza en los procesos que dieron origen a la creación de estos instrumentos normativos.

Una vez prevista la claridad necesaria en el origen de la protección, se analizará la forma en la que actualmente repercute la misma, visualizando su desenvolvimiento jurídico. Conociendo las relaciones que tiene dicha protección con otros campos del derecho en especial el derecho intelectual, para este caso específico será una casuística relacional, es decir, analizar de los casos particulares los factores comunes que encuadren tanto en los derechos de propiedad intelectual como en los derechos de protección cultural, generando así la información novedosa que busca aportar el presente trabajo.

Dilucidado el origen y establecido el enfoque de la protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial, la problemática que se busca resolver es primeramente si la casuística relacional mencionada entre derechos culturales – derechos intelectuales, resulta adecuada para así delimitar los casos en donde su viabilidad será aplicable. Aportando un fortalecimiento jurídico tanto al patrimonio inmaterial como un derecho humano, pero también, una certeza y consolidación jurídica sobre el factor humano que se desenvuelve en dicho patrimonio como un derecho de carácter privado proveniente de un proceso de creación intelectual.

El presente trabajo será pertinente para el campo académico, toda vez que aportará el esclarecimiento actual de esta protección, narrando el estudio teórico de su evolución y fijando la forma en la que fluye actualmente. Así como sirviendo de puente que establezca las vinculaciones que apliquen tanto a los derechos culturales como a los derechos intelectuales; de la misma manera y raíz de una sólida base teórica, se busca definir las pautas para una idónea praxis jurídica en donde se sepa gestar una debida protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial desde las diversas perspectivas del derecho.

IV. Hipótesis del Trabajo.

Pese a tener un vasto marco normativo internacional para la protección del patrimonio cultural inmaterial, que se ve reflejado en la legislación nacional e internacional y finalmente repercutiendo en la legislación estatal y municipal, esto no se observa dentro de la realidad estructural de la protección en el estado de Guanajuato, pues está meramente idealizada, pero con una praxis deficiente. Si bien es cierto, se contempla y de cierta forma se promueve dicha protección, no se adoptan las medidas adecuadas por parte de las autoridades y mucho menos por los escasos practicantes de este tipo de gestión jurídica.

Defender la creación cultural a través de los instrumentos jurídicos representa un reto contemporáneo, pues por una parte, como bien indican algunos instrumentos, se debe proteger de una globalización tendiente a devorar y desaparecer la cultura tradicional, sin embargo, una protección excesiva y no delimitada correctamente más allá de proteger con fines de la adecuada preservación, representación una forma de encuadrar en el olvido el patrimonio cultural inmaterial pues mermaría su uso al volverlo limitado.

Por otro lado, defender los derechos intelectuales del sector cultural también debe hacerse con suma delicadeza, pues estos representan la tradición, costumbre, el pasado y reflejo actual de un parte de la población, por lo tanto, hacerlo susceptible de limitación jurídica mediante la propiedad intelectual, puede desembocar en un desentendimiento y falta de respeto a los enfoques culturales.

V. Método:

El método que se utilizará será el histórico, esto dado que el trabajo versará sobre el desarrollo cronológico de la protección en un sentido particular, es decir, cómo se desarrolló el patrimonio cultural inmaterial hasta alcanzar la relevancia suficiente para ser objeto de protección jurídica.

También se utilizará el método comparativo, debido a que esta práctica se llevará a cabo dentro de las formas de expresión del patrimonio cultural inmaterial, dilucidando cuáles de estas casuísticas pueden entrar dentro del campo de la propiedad intelectual, definiendo

bajo qué requisitos y condiciones, y una vez en este campo cómo es posible protegerlas en aras de su salvaguarda.

VI. Metodología.

Primeramente, fue necesario delimitar aquello que puede considerarse como patrimonio cultural inmaterial, el cual una vez delimitado se enfrentará a un obstáculo ¿Qué es? Si puede ser objeto o considerarse parte de la propiedad intelectual. De ser así, entonces ¿Cuál sería la forma en que los instrumentos jurídicos le otorgarán protección? Así como ¿Cuáles de los elementos que conforman este tipo de patrimonio pueden encuadrar en el supuesto y cuáles no?

Entonces, concedida la protección jurídica, se diferenciará lo respectivo tanto a la creación cultural inmaterial o bien proceso de creación, como al creador del mismo. Demarcando las vías en las cuales se puede ejercer y exigir sus derechos, tarea la cual implicará una actividad federal, reflejando un ejercicio de distribución y aplicación geográfica originaria de lo protegido, no limitando el uso con fines de crecimiento cultural.

Así pues, hallar el sentido histórico de la protección está basado en el análisis hermenéutico de los instrumentos jurídicos que la sostienen. Es decir, no únicamente se revisarán las leyes con la finalidad de ubicar los artículos que prevean una protección exacta del patrimonio, sino que también, se buscó el contexto en el cual se vio necesaria su emisión, misma que puede datar de la realidad social al momento de su expedición o bien basándose en un caso propio que encendiera las alarmas en el sentido de la salvaguarda y promoción, tanto así, que fue necesario emitir un instrumento jurídico específico.

Por lo que respecta al método comparativo, estará sustentado en dos facetas, primero en la ubicación conceptual del patrimonio cultural inmaterial. Una vez definido, entender el alcance de la protección jurídica que se le otorga, desde los instrumentos internacionales hasta la normativa local; con ello, se distinguirá entre los alcances positivos de la protección, dado que si bien pueden existir sistemas de protección que promuevan una promoción, también existen los que contemplan una salvaguarda, y es precisamente en este punto donde se analizó si dentro de los medios legales de salvaguarda que recaen sobre este tipo de

patrimonio, pueden encajar dentro de los medios legales que protegen a los derechos intelectuales, y sobre qué casos específicos se pueden aplicar.

Así pues, damos por terminada esta breve introducción para dar paso a la investigación en sí.

Capítulo I.

La Necesidad de un Derecho Cultural.

I. Panorama Actual.

La situación contemporánea de México se vislumbra hacia una evolución jurídica constante, la especialización en el derecho favorece que diversas ramas jurídicas se consoliden y tomen fortaleza en su campo de aplicación, competencia y sobre todo autonomía, sin embargo, por otro lado provoca que algunas ramas del derecho sean mayormente atendidas que otras, alcanzando una profundidad teórica de mayor amplitud, ejemplo de ello es el sistema de justicia penal, que recibió una transformación completa abarcando tanto el proceso en general como cada uno de los procedimientos que lo comprenden; transformación que requirió de un sin número de especialistas trabajando juntos con un objetivo en concreto; sostener un nuevo derecho procesal penal. Tenemos por otro lado, ramas del derecho que, aunque ya han alcanzado su autonomía, no reciben la misma atención y se puede decir que en cuanto a su avance jurídico han quedado de alguna manera relegadas, tal es el caso del derecho cultural.

Pese a que los ámbitos culturales son una preocupación primordial en las agendas de acción política nacional, lo que refiere a una efectiva normatividad en materia de cultura se ha quedado en cierto declive, a esa relegación que referimos, esto no es solo dentro del campo legislativo, urgencia latente que hacen evidente desde hace tiempo estudiosos de la cultura como García Canclini (2013, p. 18) y Lourdes Arizpe (2006, p. 11), señalando por una parte el desconocimiento de la población con relación a las leyes socioculturales y su repercusión dentro del espectro de la colectividad; y por otra parte, la falta de capacitación en los legisladores al momento de elaborar dichos instrumentos normativos, que se enfoquen de manera directa sobre la realidad de los acontecimientos culturales. Asimismo, es necesario asumir un compromiso con la cultura y no solamente tenerla en cuenta como obligación del estado, sino más bien generar una conciencia crítica como un derecho fundamental colectivo respecto a su acceso, protección, difusión y salvaguarda.

Esta relegación también se encuentra presente en la teoría. Si bien es cierto que existen libros en materia de derecho cultural, la realidad es que son muy escasos siendo pocos

los juristas que se adentran a un estudio teórico, metodológico y conceptual del tema, dentro de los cuales encontramos autores como Cottom (2010, 2015) y Dorantes (2000), quienes han expuesto la situación del derecho cultural desde diversos ámbitos como la legislación, las políticas públicas y los derechos humanos; incluso uno de los textos académicos más relevantes es el de Raúl Ávila Ortiz (2000), que representó durante casi una década el principal referente en materia de estudios jurídicos culturales.

Ante lo expuesto, es evidente que la sociedad avanza y con el continuo avance social, las problemáticas en materia de cultura se acrecientan. La globalización que crea una sociedad de la información, acarrea consigo diferentes situaciones que representan adversidades culturales tales como un turismo abrasador sin limitaciones que pone en peligro sitios y monumentos históricos, el abandono de los centros históricos los cuales se hunden en procesos de boutiquización, la despoblación de asentamientos humanos de grupos indígenas que con su partida, se llevan consigo sus usos y costumbres perdiendo procesos de creación en las artesanías y utensilios tradicionales, así como la elaboración de ritos y tradiciones inmateriales de valor incalculable. A partir de lo anterior, podemos afirmar que la evolución de las problemáticas culturales crece con mayor rapidez a las soluciones jurídicas, es en este punto focal que aparece urgente la necesidad de un derecho cultural positivo y aplicable con una operatividad viable y efectiva.

En la actualidad, irónicamente entre los estudiosos del derecho se habla acerca de una *cultura jurídica*, que simboliza aquella disciplina normativa que comprende los sistemas de valores, los conceptos y los principios doctrinales de un sistema jurídico (Mathew & Kakarala, 2007, p. 3); entonces pues, por qué no introducir el extenso núcleo de la cultura a este tipo de conceptos más simbólicamente jurídicos, siendo que el presente trabajo de investigación, pretende representar un estudio teórico – conceptual que auxilie a responder la siguiente interrogante: ¿Por qué es necesario un derecho cultural?

Para dar respuesta a ello, se comenzará dilucidando el cómo se ve el derecho dentro de todo el engranaje cultural, cuáles son las consideraciones que se tienen respecto de ello. Hablamos pues de la perspectiva con que se manifiesta dentro de este mundo, para así pasar a la naturaleza jurídica del derecho cultural, donde abordaremos la manera en la que esta rama del conocimiento defiende y establece su autonomía como consolidación del estudio

legal independiente, y capaz de concentrar dentro de sí los conocimientos suficientes que permitan un abordaje teórico, para llegar a la última parte, donde una vez delineados los elementos previamente mencionados, se dará parte de los retos que la sociedad mexicana contemporánea afronta con relación derecho cultural. Es aquí donde se manifestará de manera más clara, por qué es necesario, finalizado este estudio el objetivo será ir creando los escalones que generen con ello una *cultura jurídica en materia cultural*.

II. El Derecho desde la perspectiva cultural:

Hablar de cultura representa un reto y más al tratar de reflejarlo en otro espectro como es el jurídico. Antes que nada, es necesario aclarar que se comprende a la cultura como un elemento de mayor amplitud a lo que simboliza el derecho, es que los mismos sistemas y funciones jurídicas tienen su origen en diversos enfoques culturales evolutivos y, por tanto, no se ve a la cultura como un factor de especialización hacia el derecho. Con esto queremos decir que el derecho no subsume a la cultura, a diferencia de, por ejemplo, la regulación de la administración pública, que se convierte en derecho administrativos, o las normas relativas a los comerciantes en el ejercicio de su profesión y a los actos de comercio legalmente calificados como tales, que se convierten en derecho mercantil; sino que funciona a la inversa, pues se tratará al derecho como un elemento más de la compleja red simbólica que compete a la cultura.

En *Los Rostros de la Cultura*, Brehm & Barbosa señalan que la cultura es la manera de responder a las preguntas de la vida (2010, p. 9), en dicha obra se trabaja con la cultura desde diferentes perspectivas como cultura y sociedad, cultura y escritura, cultura y estética como ese elemento integrador, y aunque no se dedicó un capítulo que tratara sobre la cultura y el derecho, ese trabajo representa la dinámica con la que se abordará este apartado; teniendo como el derecho se visualiza desde la perspectiva cultural, ya que el derecho es un producto histórico a la vez de social, pero sobre todo, es un fenómeno cultural (García Cívico, 2018), toda vez que la forma en que se estructura a hechos que se sostienen en valores de índole histórico – culturales, su misma transformación es más que nada un proceso evolutivo en donde se conjuga todo esté bagaje social.

Para comprender este punto nos remitiremos a tres autores que proponen diferentes teorías para comprender como se enlazan la cultura y el derecho. Más que teorías jurídicas hablamos de teorías *iusfilosóficas*, de las cuales se presenta un esbozo que nos auxilie a llegar a este entendimiento.

a) El derecho como fenómeno de cultura.

Comencemos con el derecho como fenómeno de cultura, tema tratado por Enrique Martínez Paz en su obra *Sistema de Filosofía del Derecho* elaborada en 1935¹. Obra que ya cuenta con cierta antigüedad pero que pese a ello representa un buen punto de arranque para ir desglosando la manera en que se aproxima la cultura al derecho.

Martínez Paz sostiene que el derecho positivo, es decir, el que se encuentra plasmado en los ordenamientos jurídicos reconocidos y con validez aplicativa, está constituido por: “La representación intelectual que cada sociedad se forma de esas relaciones, según el juicio de valor eminentemente relativo, propio de cada cultura.” (1940, p. 202), lo que conlleva a que el factor principal donde recae el derecho sea la sociedad misma y la manera en la que lo visibiliza, el derecho por lo tanto tiene una naturaleza psíquica social.

Lo que lleva al autor a considerar que la génesis del derecho es concebida a través de dos postulados: 1) como un producto de la vida social; 2) como una creación cultural, pero ¿cómo es que conviven estos dos factores? Pues bien, respecto al primero de ellos, el autor sostiene que: “Toda sociedad presupone la existencia de un derecho, y todo derecho no existe sino en una sociedad” (1940, p. 203). Esto quiere decir que la ligadura entre sociedad y derecho es implícita pues dentro de las arcas sociales es donde el derecho tiene su desenvolvura, pero a la vez que se desenvuelve dentro de ella finca su existencia como origen y como movimiento, la creación de la sociedad acarrea la creación de un derecho para sostener sus fundamentaciones de legalidad, de normatividad y de juridicidad. En resumen, se trata de establecer formas de comportamiento reguladas con el fin de alcanzar una convivencia armónica; pero este primer precepto observa al ente del derecho desde una

¹ Aunque para la presente investigación se trabajó con la tercera edición, Martínez Paz, E. (1940). *Sistema de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Argentina, *Ed. El ateneo*.

pluralidad, toda vez que lo enfoca hacia la sociedad, independientemente de la concepción con que se quiera analizar, por sociedad entendemos a más de una persona, por sociedad entendemos a una pluralidad.

Así pues, para ir delimitando la pluralidad de la sociedad esta se constituye de individuos, y estos individuos a criterio de Martínez Paz no tienen una existencia real sino en el seno de la sociedad; dice: “Él forma la sociedad y la sociedad lo crea a su vez” (1940, p. 217). Por esto los individuos conforman ese estrato social, y dentro de este mismo estrato se desenvuelven un sinnúmero de factores que ayudan a formar al individuo, entre ellos, el derecho que funge como eje de convivencia social, que bien pudiera tomarse incluso como una primera ley natural. Entonces así alcanzamos a entender este primer postulado, donde el derecho es un producto social, ya que se origina en la sociedad de forma innata, concretando que el individuo, en tanto parte de la sociedad, crea el derecho, atendiendo al sistema de valores y creencias que se desenvuelven dentro de la misma, lo cual es el primer eslabón para aproximarnos al segundo postulado.

De esta forma, el segundo postulado atiende a que el derecho tiene su génesis 2) como una creación cultural, esto es así puesto que la vida colectiva se conforma de representaciones de vida según Martínez Paz. La sustancia del derecho está implícita en toda sociedad humana, y eso quedó asentado en la primera parte. Son estas representaciones de vida las que también coadyuvan en el origen del derecho, dice el autor que: “El derecho saca su propia sustancia material, histórica de representaciones de vida, que se desenvuelven bajo todos los aspectos sociales como manifestaciones de la cultura” (1940, p. 204). Por lo cual el individuo que se encuentra inmerso en la sociedad recibe impactos mientras desarrolla su vida, esos impactos se dan también producto de la cultura en que se desenvuelve la vida y que nos impulsan a perseguir aquello socialmente estimable.

Pero, ¿Cómo suceden estos impactos o estas representaciones de vida? La respuesta dentro de esta primera teoría viene de cierta manera implícita al conjugar los dos postulados, es decir, el producto social y la creación cultural. En ellos es donde se reflejan las representaciones de la vida. Como tales se tratan de dinámicas que implican avances evolutivos. Simbolizan pues movimiento y este movimiento se da a través del *tiempo*,

elemento o postulado que de cierta manera se da por sentado dentro de esta teoría pero que tomaremos en cuenta para profundizar un poco más.

Dice la teoría que: “Esa sustancia social concreta se forma al mismo tiempo que se crea la sociedad.” (1940, p. 217). Por sustancia social entendemos al producto social que aporta al derecho. Entonces el tiempo es un factor que también influye en el proceso de creación de las representaciones ya que también sostiene que la sociedad: “Tiene capacidad para crear representaciones, imágenes de la vida social que varían de uno a otro pueblo, de una a otra época, pero que nunca faltan” (1940, p. 218). Por ello, es que tenemos al tiempo como otro valor preponderante, en síntesis, las representaciones de la vida se dan dentro de cada individuo como un sistema de creencias o valoraciones. Este sistema está inmerso dentro de la sociedad y son los mismos individuos los que a su vez conforman la sociedad, consolidando de manera conjunta una vida social que se caracteriza por ser en cada instante una cultura. Pero todo esto transcurre gracias al tiempo que le da secuencialidad y permite que todo este tipo de fenómenos se vayan originando.

El propósito del presente apartado es ofrecer un acercamiento, por breve que sea, a la teoría *iusfilosófica* de Martínez Paz, así que nos avocamos únicamente a la génesis del derecho como fenómeno cultural para construirlo, sin embargo, dicha teoría es demasiado extensa y merece por sí solo un estudio completo y profundo pero que al no ser el propósito de la presente investigación acotaremos hasta esta parte, para pasar a la siguiente teoría.

b) El análisis cultural del derecho.

La siguiente teoría se trata de *El análisis cultural del derecho*, esta es una creación *iusfilosófica* del autor Paul Kahn². Ella parte de la premisa que vivimos en un mundo de significados que heredamos y construimos, todo esto mediante el factor de la *imaginación*, situación que *in situ* parece compleja, pero es necesario adentrarnos a su pensamiento para entender de qué trata un análisis cultural del derecho. Partamos pues que en esta teoría la

² La teoría fue presentada desde 1999, no obstante, para el presente trabajo nos auxiliamos de la siguiente edición publicada en español, Kahn, Paul (2001), *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona, Gedisa.

imaginación es plural ya que construye múltiples formas de experimentar el mundo y su significado. El derecho se encuentra dentro del imaginario, pero el análisis cultural del derecho no piensa que la cultura sea la causa del derecho, sino que el derecho es una cultura por sí misma, como lo sería, por ejemplo, la ciencia o la ingeniería. A su vez, cada una de estas culturas tienen la característica de ser totalizadoras y mediante esta función puedan darle sentido a todos los elementos que aparezcan dentro de sí, llegando a analizar si cualquier acto es o no jurídico o en parte jurídico viéndolo desde el punto de la cultura del derecho. Entonces, podemos afirmar que para esta teoría tengamos la *imaginación* a la que nos referimos contiene dos factores es plural y es totalizadora.

Pero ¿dónde se da esta *imaginación*? Volvemos a enfocarnos a los sujetos, ya que es dentro de ellos donde se construye el derecho como cultura. Encontramos así dos elementos que son la razón y la voluntad los cuales deben tener como objetivo perfeccionar el orden jurídico que se hereda. Sostiene Kahn que: “La razón y la voluntad trabajan conjuntas para crear un reducto casi inexpugnable para el estado de derecho como nuestro más profundo compromiso cultural” (2001, p. 24). Ambos elementos trabajan de la mano para alcanzar el estado de derecho, llevan por sí una construcción de la cultura jurídica, ya que observar al derecho es como observar la materialización de nuestra propia voluntad, tomándolo en sentido colectivo. La razón juega el rol de delimitar el sentido de la voluntad guiándola fuera de factores que puedan mermar su labor social, se debe lograr, desde este punto de vista, una conciliación entre la razón y la voluntad. Es decir, que la voluntad popular de su consentimiento a la articulación de la razón ya que el derecho es proceso de autoconstrucción.

Por lo tanto, la forma de determinar la razón colectiva es a través de la razón. Esto no implica una especie de lucha simbólica sino un proceso de valorización constante que auxilie en su articulación, por lo cual Kahn referenciando a Dworkin, sostiene que: “...el derecho se presenta como una cuestión de interpretación y esta interpretación está comprometida con la comprensión del derecho que mejor exprese el funcionamiento de la razón” (2001, p. 34). Entonces, dentro del individuo voluntad y razón *imaginan* el estado de derecho, que es precisamente el segundo paso en la teoría de Kahn.

Imaginando al estado de derecho es estudiar la cultura del mismo, esto a través de irradiar un constructo que se sitúe simultáneamente tanto en un sentido interior como

exterior. Para ello es menester analizar lo que Kahn denomina como: *la estética del derecho*, que se avoca a estudiar dos elementos siendo el tiempo y el espacio; ya que esta teoría toma al estado de derecho como una organización de instituciones, prácticas, personas y objetos que se encuentran en un tiempo y espacio determinados. Así, dentro de la visión *estética* del derecho el tiempo se toma como historia y el espacio como territorio.

Comenzar con una disciplina cultural del derecho, empieza con una descripción de la forma del tiempo y el espacio bajo los cuales el estado de derecho funciona; derivado de ello, este estudio tendrá una doble dimensión tanto vertical como horizontal. Kahn siguiendo a Foucault habla de una *genealogía* y una *arquitectura*, dice pues: “La primera rastrea la historia de los conceptos; la segunda traza un mapa de la estructura actual de las creencias” (2001, p. 60). Desentrañar el aspecto histórico, su evolución y como ciertas creencias se mantienen y llegan a consolidarse dentro de diferentes enfoques temporales es un tipo visión estructural muy común en la obra de Foucault. Al respecto, podemos ver este tipo de ejercicios reflejados en obras como: *El nacimiento de la clínica* (2016), la cual versa sobre los enfoques clínicos desde la profesión del médico, su alcance y profesionalización; o en *Vigilar y Castigar: El nacimiento de la prisión* (2015), la cual lleva esta estructuración al sistema penitenciario. Resulta interesante como Kahn traslada esta visión estructuralista al derecho, aunque como tal no elabora un estudio estructural al estilo de Foucault, sí retoma varios puntos y formas de esta corriente, como es la descripción genealógica del tiempo y el espacio mencionados anteriormente.

Para Kahn, el análisis cultural del derecho tiene como elementos primordiales el tiempo o historia y el espacio o territorio. Es dentro de estos componentes donde el derecho encuentra su materialización, que hacen posible el siguiente elemento: *el acontecimiento jurídico*. Este es producto de la imaginación delimitada estructuralmente tanto espacial como temporalmente; el acontecimiento se presenta como una instancia de una regla ya establecida. Por ejemplo, no es lo mismo tener una propiedad y tener una propiedad jurídicamente con el respectivo instrumento que lo acredite, entonces, de acuerdo con el autor: “el acontecimiento puede ser comprendido como parte del dominio de las posibles opciones ya establecidas por las reglas legales” (2001, p. 100). Así lo que se estudia como tal, retomando el ejemplo, no sería el instrumento que acredita la propiedad jurídicamente, sino la manera en la que la

imaginación jurídica desplaza a la acción, es decir, el cómo, cuándo y porqué se estableció que ese hipotético instrumento simboliza la validez legal dentro del gran cúmulo de creencias que han sido heredadas. En otras palabras, el acontecimiento para la *imaginación* es una función práctica por sí misma, y a su vez una función de las creencias que sostienen lo que representa dicha práctica en un espacio y tiempo específico.

Finalmente, tenemos que todo acontecimiento jurídico sucede en un espacio y tiempo determinados, pero, ¿Cuál es el medio que propicia la creación del acontecimiento? En esta teoría es el *sujeto*, el cual para Kahn se presenta en tres formas:

- a. El sujeto que es fuente dotado de derecho: el pueblo soberano.
- b. El sujeto que es objeto de regulación jurídica: el ciudadano.
- c. El sujeto que percibe y articula el derecho: el juez.

Todos estos sujetos se relacionan entre sí y son constitutivos del accionar del derecho. Recordemos que el derecho es herencia, y esta herencia se traslada de sujeto en sujeto en todos estos tipos. En el análisis cultural del derecho esta herencia viene impregnada de remanentes anteriores que consolidan la estructura actual de la imaginación, sea ello desde la concepción del pueblo soberano, del ciudadano o del juez. Viéndolo desde esta perspectiva, los sujetos que son sometidos al derecho no nacen, sino que son creados, entre ellos se presenta una pedagogía jurídica, la cual, para Kahn: “Se extiende a través de la cultura, incluyendo todas aquellas prácticas e instituciones en las que la creencia en el derecho se forma y se refuerza... necesitamos estudiar los ritos preponderantes de transformación a través de las cuales una imagen ideal del sujeto sometido al derecho se construye” (2001, p. 114).

Por lo tanto, entre los tipos de sujetos se presentan los acontecimientos jurídicos, que llevan a consolidar las instituciones y prácticas con base en las creencias heredadas, es aquí donde se presentan los remanentes anteriores. Tomemos como caso el derecho romano, del cual provienen diversas instituciones que aún se conservan en la actualidad, por ejemplo, el matrimonio. Pero también existen instituciones que ya no se preservan como la esclavitud. Entonces, siguiendo con la figura del matrimonio romano y el que se usa actualmente, no es del todo igual, pero conserva rasgos de similitud. Es aquí donde se presentan los remanentes, en cambio la figura de la esclavitud está en desuso por diversos acontecimientos jurídicos

que lo llevaron a ello. Aquí no se presenta como tal un remanente sino un agotamiento paradigmático del cual hablaremos a continuación.

En resumen y para cerrar este apartado, el análisis cultural del derecho es una teoría, pero una teoría que al mismo tiempo analiza la *teoría del derecho* como una construcción de la imaginación y eje de funcionamiento del accionar jurídico en la sociedad. Por ello, más que ser un análisis cultural del derecho podemos referirlo como un *análisis estructural de la cultura jurídica* en el estado de derecho, el cual se forma con base en los elementos de tiempo o historia y espacio o territorio especificados y delimitados. Dentro de los cuales existen diferentes tipos de sujetos con relación al derecho, como lo son jueces, ciudadanos o el pueblo soberano.

Estos sujetos, al relacionarse propician que ocurran diferentes acontecimientos jurídicos cargados de remanentes anteriores que ayudan a posicionarlos desde otro tiempo y otro espacio, son una herencia, lo cual lleva a forjar instituciones y prácticas jurídicas que también serán sujetas de cambio. Ya que si los remanentes, por un lado, ayudan a posicionar los paradigmas, por otro lado, propician la construcción de acontecimientos que fincan otro tipo de imaginación, esto se debe al encontrar fallas o incompatibilidad dentro del recurso conceptual del derecho y su praxis que consecuentemente lleva a debilitarlos. El paradigma cambia cuando hay una especie de agotamiento de los recursos conceptuales, por ello los paradigmas históricamente determinados sobreviven como remanentes de posicionamiento ya que permanecen aceptados entre los sujetos. Si un paradigma ya no es aceptado se agota, lo cual propicia que consecuentemente sea superado y ya no se siga heredando. Es una clase de lucha simbólica, entre los remanentes de posicionamiento y el agotamiento paradigmático para imaginar el estado de derecho.

Así pues, es un brevísimo sumario de la teoría del análisis cultural del derecho de Paul Kahn, la cual más allá ver la forma concreta del derecho en la construcción de leyes, las instituciones jurídicas o las delimitaciones del derecho respecto a la cultura, se enfoca en un trasfondo del derecho como una propia cultura en la cual existen diferentes elementos que actúan mediante una forma de red simbólica donde las creencias se heredan y construyen la práctica. Las instituciones en general el estado de derecho a través de la *imaginación*, tomada en un sentido de ejercicio de pensamiento.

c) La constitución como ciencia de la cultura.

El tercer postulado que se analiza es la *Teoría de la Constitución como ciencia de la Cultura* propuesta a través de la obra de Peter Häberle, la cual estudia los problemas constitucionales desde una visión antropológica. De acuerdo con el autor: “Las normas constitucionales surgen y se entienden como procesos culturales y se explican a través de los textos y contextos” (Häberle & Kotzur, 2013, p. 105). Entendemos que al referir textos y contextos es una referencia al tiempo y al espacio-social, por un lado, el texto en este caso el texto constitucional se debe dar en un tiempo determinado y el contexto es la situación que se vive en dicho tiempo dentro de la sociedad. Por ello, como bien refiere González Rivas en alusión a la premisa de Häberle: “La constitución de un pueblo es la imagen de una sociedad concebida como idónea en un tiempo y lugar determinados” (González Rivas, 2012, p. 166). Al mencionar que la constitución es la imagen de una sociedad, infiere el reflejo de la sociedad que es sino de la que aspira a ser.

Por lo cual, desde la perspectiva teórica de Häberle para la construcción de la constitución es necesario utilizar además de las herramientas jurídicas, las que otras ciencias y artes proporcionan. Hablamos pues de un eje conjunción multidimensional, por ello es que la perspectiva cultural permite apreciar a la constitución *cristalizada* pues se analiza el sustento de los textos que le dan cuerpo, cimentación y suelo cultural (Valadés, 2006, p. 44). Esto implica un estudio de fondo hacia el texto constitucional, donde se pueda apreciar el ámbito material y funcional del cual surgen, así como los elementos de cada constitución en lo particular, para compararlos con el arquetipo del estado constitucional del cual hablaremos más adelante.

Para concebir al estado constitucional, Häberle propone un elemento fundamental la verdad, en específico: “un foro para la búsqueda de la verdad” (2006, p. 119) Por lo cual, en la disciplina que estudia y construye al estado constitucional debe permearse la búsqueda de la verdad. Dicha búsqueda debe estar basada en el pluralismo y en las libertades fundamentales que se tienen como derechos culturales básicos, es decir, derechos a la libertad cultural. Estos derechos, a criterio de Häberle, permiten que la verdad opere por medio de tres ejes principales: ciencia, arte y religión. La forma en la cual estructura la búsqueda de la verdad es extensa, así como meritoria de un trabajo especializado en dicha formulación del

autor, sin embargo, a manera de síntesis lo que Häberle propone es una *Mesa Redonda de las verdades*. La cual debe siempre estar abierta y permitir que las propuestas honestas y razonables sean escuchadas para producir con ello una *verdad colectiva aceptada*, que tenga especial atención por el tiempo y espacio, su visión es el de una *concepción democrática de la verdad* (Häberle, 2006, p. 128). De este posicionamiento, que aceptamos puede ser sujeto a revisión o crítica, lo que nos atrae es la manifestación de apertura social y multidisciplinar, en el sentido de convertir en permisible de una manera fáctica el hecho de tener acercamiento a la estructura y consolidación de la constitución, una labor que se cree reservada para la función jurídica.

Producto de este acercamiento se tendría como resultado lo que Häberle denomina: *El tipo Estado Constitucional*, el cual se compone de elementos ideales y reales. De acuerdo con el autor estos elementos se encuentran en el arquetipo constitucional y se obtienen a raíz de conjuntar los elementos comunes de las diversas constituciones. Hablamos entonces de una especie de proyecto a gran escala, en donde, independientemente de las culturas de las naciones, se aporte y se compare a fin de consolidar, en palabras de González Rivas: *Una cultura constitucional universal* (2012, p. 173) Para alcanzar *el tipo Estado Constitucional* que propone Häberle, es necesario un proceso constante de comparación constitucional en donde se evalúen los contenidos, formas y procedimientos que sean fruto de las múltiples naciones y de procesos históricos diversos, para así extraer los elementos de la cultura constitucional universal formando con ello el tipo de estado constitucional deseable.

Tenemos, por lo tanto, que una parte sustancial de este estudio es el ejercicio de la comparación. Incluso en 2002 el autor afirma en una entrevista realizada por H. Kuriki de la Sociedad Japonesa de Investigación que: *Comparar constituciones equivale a una comparación de culturas*.³ Desde los textos jurídicos, su práctica hasta el mismo contexto cultural en donde se desenvuelve. Derivado de ello, conforme a García Cívico basado en la teoría de Häberle, la constitución se traduce como un doble proceso cultural (2018, p. 23), dicho proceso tiene las siguientes naturalezas:

³ Fragmento extraído de la siguiente recopilación Valadés, Diego (2006), *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, Op. cit. p. 127.

1. Naturaleza temporal, que presenta una dualidad, por un lado, diacrónica que se refleja en la experiencia histórica y, por otro, sincrónica a través del proceso constituyente de las constituciones.
2. Naturaleza espacial, que se obtiene al identificar los elementos que diferentes actos constitutivos han aportado al estado constitucional, es de cierta, manera desgranar los patrones culturales de cada sociedad, que les dio origen y porque repercuten en la constitución.

Tiempo y espacio, una vez más se coluden, es esta ocasión para auxiliar directamente a la creación de la constitución. Aunado a ello también el factor de la sociedad, pues es ahí donde guardan sentido los sucesos que se suscitan para tener trascendencia jurídica, por ello, las conexiones entre el derecho y la cultura son profundas, históricas e inmanentes y a su exploración hay que darle particularidad atención.

Para concluir este apartado, que únicamente representa un esbozo de la propuesta teórica de Häberle, se resalta el sentido de la construcción científica de la constitución teniendo como base primordial la dimensión cultural. Es importante esta teoría ya que, una constitución es el reflejo de una sociedad siendo su máximo instrumento legal positivo. Sin embargo, también es un producto cultural donde los factores de tiempo, espacio y sociedad fluyen y se adaptan para darle formación concretando un modelo. Que, a su vez, al momento de compararse con otras constituciones u otras culturas presentan el arquetipo de elementos comunes. La propuesta de Häberle pretende reflejar esos elementos comunes y alcanzar una cultura constitucional universal que represente, de cierta forma, el perfeccionamiento de todas las constituciones.

III. Del Derecho Cultural Mexicano:

En el primer apartado pudimos dilucidar entre aquellas corrientes en las que la cultura presenta una perspectiva jurídica. Ahora es turno de ubicarnos directamente en el contexto de México, para desgranar el asentamiento del derecho cultural. Como ya observamos el derecho y la cultura tienen íntimas conexiones más allá de una sola ramificación jurídica, derivado de ello advertimos que no existe una corriente que subsuma a la otra. Es decir, no

por hablar de derecho cultural significa que ahí se enfrasque su limitación, y se vea al sentido jurídico como dominante volviendo a la cultura un tecnicismo jurídico. Sino que, en este apartado lo abordaremos desde un sentido de actuación positiva, prestando atención a la especialización del derecho cultural, analizando los criterios y características que lo conforman, hilando así su construcción teórica como rama del derecho en el contexto de la sociedad mexicana sin descuidar la dimensión cultural.

a) Naturaleza Jurídica del Derecho Cultural:

Hablar de naturaleza jurídica de cierta forma es referir la esencia de la rama del derecho sobre la que se esté hablando. Si bien existen ramas del derecho que no presentan complejidad al momento de definir su naturaleza jurídica, no es el caso del derecho cultural, toda vez que representa una rama multifacética por lo que expondremos a continuación.

El derecho cultural mexicano obtiene su sustento desde diversos ámbitos, por lo cual se irán hilando dichos ámbitos desde su espectro de competencia. Siendo así, el primero de ellos, como lo estipula Carmona Tinoco (2003, p. 35) sería el derecho internacional, ya que se reconoce como una prerrogativa enmarcada en distintos tratados internacionales, con lo cual alcanza el estatus de un derecho fundamental. Sin embargo, hablar de un derecho fundamental tiene un significado interesante, ya que derechos fundamentales son iguales a derechos humanos positivos. Esto quiere decir, que se encuentran dentro del marco constitucional.

Hallarse dentro de este marco, significa que tiene bases constitucionales. En palabras de Ávila Ortiz: “Es sustento de la constitución misma y objeto de regulación por parte de esta última” (2000a, p. 41). Con ello alcanzamos el siguiente ámbito de su naturaleza jurídica: se trata de un derecho constitucional. Por un lado, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, en donde los derechos humanos contenidos en tratados internacionales alcanzan el grado de

igualdad constitucional; por otro, la materia cultural ya cuenta con reconocimiento expreso en nuestra Carta Magna, por ejemplo en los artículos 2 y 4.⁴

Ahora bien, al encontrarse en el entramado constitucional quiere decir que debe tener vías para su acción y aplicación, por lo cual, tanto Ávila Ortiz (2000) como Cacho Pérez (2018) sostienen que el derecho cultural emana de cierta forma del derecho administrativo. También concuerdan en que cada vez se trata de una rama que alcanza una especialización, lo cual conllevaría a desligarse del derecho administrativo. Sin embargo, reconocemos que, independientemente de esta separación, el derecho cultural tendría rasgos de derecho administrativo en cuanto su funcionamiento institucional interno cuando menos.

Inclusive, al dilucidar en la tradicional distinción entre derecho público y privado, el derecho cultural contaría con una naturaleza mixta, ya que desde los dos supuestos obtendría formas para su funcionamiento. Por ejemplo, desde el derecho público tendría la ya mencionada relación con el derecho administrativo, en cuanto a su protección podríamos hablar de consecuencias de derecho penal; desde el derecho privado también tendría conexiones, sea con el derecho intelectual al momento de emitir registros, o bien con el derecho económico cuando se trata de eventos de índole lucrativa.

En síntesis y para cerrar este apartado, retomando el concepto de una naturaleza jurídica multifacética, el derecho cultural mexicano sería un derecho fundamental reconocido tanto en los tratados internacionales como en la constitución, teniendo una vía de acción mixta, es decir, desde el derecho privado como derecho el público, por ello, contaría con diversas ramas del derecho que lo proveerían de andamiaje jurídico para su funcionamiento como el derecho administrativo, económico, penal, intelectual, entre otras.

Con lo referido anteriormente, nos encontramos ante una rama del derecho que, pese a encontrarse dispersa, poco a poco encuentra especialización e independencia. Este avance lo logra a raíz de ir fincando una autonomía jurídica, siendo este el punto que trataremos a continuación.

⁴ Con relación al artículo 2 es donde se enmarca la composición pluricultural de la nación mexicana; en lo referente al artículo 4 se estipula el derecho de acceso y disfrute de la cultura, véase: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

b) Autonomía del Derecho Cultural:

La autonomía de una rama del derecho es fundamental para alcanzar un estatus jurídico propio, con ello reafirma que su aplicación, funcionamiento y abordaje no presenta dependencia con relación a otras ramas del derecho. En el caso del derecho cultural esta autonomía se logra poco a poco, siendo un ejemplo de ello, es la inquietud que ponían de manifiesto Dorantes (2001) y Ávila (2000), sobre que el derecho cultural debía alcanzar representación expresa en la constitución, situación que ya se ha alcanzado.

En este apartado, analizaremos el entramado que le da contexto al derecho cultural y los supuestos sobre los cuales se debe abordar el tema de su autonomía. Para comenzar, Cacho Pérez sostiene que para considerar autónoma una nueva rama del derecho, debe contener las siguientes pautas generales:

- “La rama debe estar sistematizada” (2018, p. 61).

El autor refiere a que se debe entender como un conjunto ordenado de normas. Fenómeno que en México el derecho cultural ha ido alcanzando, a diferencia de inicios de la década de los 2000, en donde se encontraba disgregado actualmente ya tiene una consolidación más estable. Tanto por haber alcanzado el grado constitucional, como por haberse emitido una ley propia en la materia, siendo la Ley General de Cultura y Derechos Culturales publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de junio de 2017, permitiendo así una integración e interpretación más efectiva.

- “La rama debe tener un objeto determinado de estudio” (2018, p. 61)

Situación que se presenta de forma gradual, en cierta medida el objeto de estudio debería versar sobre la vinculación expresa entre derecho y cultura. A criterio de Ávila Ortiz esta vinculación se presenta mediante dos vías: “En un sentido corre el análisis jurídico de la cultura y en otro el análisis cultural del derecho” (2000a, p. 41). La primera vía vería como las manifestaciones culturales son materia de regulación jurídica y la segunda vía abordaría como la cultura influye en la creación de un entramado legal. Por lo tanto, sería en el primer sentido donde encontraríamos el objeto de estudio, siendo la regulación jurídica de las manifestaciones culturales.

- “La rama debe definir y delimitar su contenido” (2018, p. 61).

Tanto en la teoría como en la normativa son tres los contenidos que se repiten de manera constante, siendo: a) Establecer el acceso y la participación idónea de la sociedad en las manifestaciones culturales; b) Promover el goce y disfrute pleno de las manifestaciones culturales; y c) Propiciar el desarrollo de la actividad cultural y artística de la sociedad, así como garantizar la protección de los derechos intelectuales que de ella emanen. Nos permitimos anexar: d) Fomentar la gestión cultural como mecanismo para garantizar el acercamiento de la sociedad a las manifestaciones culturales.

Estas pautas generales son aplicables a todas las ramas del derecho, por ello, nos hemos dado a la tarea de enfocarlas al derecho cultural a tenor de consolidar su autonomía. Por lo cual, el siguiente paso teórico sería definir aquellos pilares que le dan sustento a esta rama del derecho, hablamos de los principios. A criterio de Cacho Pérez, mismo que compartimos, los principios generales del derecho cultural son los siguientes:

- a) “Es de utilidad pública.
- b) El interés público debe prevalecer sobre el interés privado.
- c) Preserva, fomenta y difunde la creación cultural y artística” (2018, p. 62).

Con relación al primer principio, anexamos que también debe tomarse en cuenta la convivencia social. Respecto al segundo principio, consideramos que no debe omitirse, ni dejarse de lado al interés privado, sino que trabajan de manera conjunta. Finalmente, en cuanto al tercer principio, debe tomarse en cuenta la gestión apropiada de dichas acciones a fin de alcanzar los objetivos que se planteen.

Establecidas las pautas que sirven de guía al derecho cultural como rama y los principios que regulan su actuar, el paso a seguir para definir su autonomía será hablar de sus características. Este punto es de vital importancia para identificar de qué tipo serán las prerrogativas que emanen, así como sus limitaciones. Para ayudarnos a establecer este apartado, nos apoyamos en Dorantes Díaz, quien establece las siguientes características:

1. Es un derecho difuso: “Entendiendo por estos a aquellos que pertenecen a todos y cada uno de los que conforman una colectividad humana” (2013, p. 854).

Situación que aplica al derecho cultural en el sentido de que el interés de su alcance es inclusivo y totalizador, se difunde de tal manera que no deja fuera de sí a nadie.

2. Es un derecho colectivo: “Entendiendo como tal el que tienen una pluralidad de personas en un bien idóneo para satisfacer una necesidad común” (2013, p. 855).

En este caso serían las manifestaciones culturales propiciando su acceso, disfrute, difusión, promoción, protección y gestión. Sin embargo, esta característica es la que supone mayores dificultades prácticas como: ¿quién es el titular?, ¿cómo se lleva a cabo su ejercicio?; situaciones que con el continuo devenir jurídico se irán solucionando y que ahondar en ellas representaría un problema que sobrepasa los fines del presente trabajo.

3. Es un derecho de tercera generación: “Nacen por la necesidad de imponer límites a la disponibilidad de los recursos en favor de su conservación para futuras generaciones” (2013, p. 855 y 856).

Su pretensión estaría basada en la conservación de las manifestaciones culturales tangibles e intangibles en el sentido de que estas deben ser accesibles por los individuos alcanzando con ello una mejora en su calidad de vida y, por ende, constituir su dignidad humana.

Como ya se ha hilado, el derecho cultural en México es una rama que ha alcanzado el objetivo de autonomía de manera paulatina. Para dicho objetivo, Ávila Ortiz proponía la teoría autonómica, la cual está compuesta de algunos parámetros necesarios para saber si el derecho cultural llenaba o no ciertos requisitos. En este punto, plasmaremos dichos parámetros para analizarlos, los cuales versan en dividir las facetas de la autonomía de la siguiente manera:

- a) “Autonomía Didáctica” (2000, p. 80).

Cómo puntualizamos en el apartado de la naturaleza jurídica, el derecho cultural se veía emanado por el derecho administrativo. Esto conllevaba que en las universidades el derecho cultural se tenga absorbido, por así decirlo, en los cursos de derecho administrativo. Alcanzar una autonomía didáctica implicaría desligarlo de esta absorción y observarlo como una materia independiente en los centros de enseñanza, situación que no del todo, pero si se ha visto reflejada; por ejemplo, en la Universidad de Guanajuato, dentro del plan académico

de la Licenciatura en Derecho con la asignatura de Legislación del Patrimonio Cultural, y en la Licenciatura en Cultura y Arte con la materia de Análisis de Políticas e Instituciones Culturales.

b) “Autonomía Científica” (2000, p. 84).

Esta faceta de la autonomía se afianza en la exigencia en la cual deben existir principios y fines jurídicos propios de la materia, así como un objeto particular de estudio. El derecho cultural llena estos requisitos como ya plasmamos anteriormente, tanto en el apartado de pautas generales como de principios.

c) “Autonomía Jurídica” (2000, p. 87).

Tiene relación con el punto anterior ya que versa sobre la trascendencia de los principios y fines jurídicos de la rama, implicando también su aplicación práctica dentro del desenvolvimiento social. Este punto, también lo vemos satisfecho ya que tanto el acceso, participación, goce, disfrute, creación, protección, promoción, etc., se ha plasmado dentro del entramado legal que rodea el derecho cultural en México significando con ello un dinamismo jurídico ligado a las manifestaciones culturales tangibles e intangibles.

Se ha desglosado el panorama de la autonomía del derecho cultural. Cómo se pudo observar, hay algunas partes en las que aún quedan pendientes y otras que se presentan más sólidas. Inmerso en dicho panorama, queda también otro punto sobre el cual aún no dilucidamos, nos referimos al concepto del derecho cultural, situación que a continuación se detalla.

c) Concepto de Derecho Cultural:

En esto punto nos centraremos en dos objetivos. El primero de ellos será concentrar un recopilatorio del concepto, que engloba al derecho cultural desde el punto de vista de diversos teóricos; y el segundo, será elaborar una propuesta propia del concepto de derecho cultural.

Comenzaremos con el autor que ha sido uno de los principales referentes en la construcción de este apartado: Ávila Ortiz. Él ha trabajado diversos tópicos en relación al tema del derecho cultural. Sobre el concepto, plasmaremos dos de sus propuestas, la primera

de ellas en el año 2000, la cual dice: “El derecho cultural es un subsistema jurídico normativo que tiene un objeto directo y otro indirecto: por un lado, regula relaciones del mundo de la cultura objetiva, dinámica, cuantificable y enajenable; por el otro, se extiende a la cultura subjetiva, estática, inmensurable y no enajenable. El derecho cultural, además, es ciencia que estudia, sistematiza y explica las hipótesis jurídicas culturales y sus vinculaciones con esas realidades histórico-sociales normadas” (2000, p. 50).

La segunda definición, la aporta dos años más tarde, en la cual menciona: “Por derecho cultural debe entenderse el subsistema de normas jurídicas que regula actividades relativas a la educación, la universidad, la ciencia y la tecnología, los derechos de autor, el patrimonio cultural, la promoción cultural y de las artes, los medios de comunicación, el derecho indígena, la promoción de las culturas populares y los símbolos nacionales. También, derecho cultural es la disciplina académica que se encarga de estudiar dicho subsistema de normas jurídicas” (Ávila Ortiz, 2002, p. 4 y 5).

Podemos observar cierta discrepancia en ambos conceptos a pesar de provenir del mismo autor. El primero, tiene un enfoque sustantivo, al referir sobre los objetos de estudio y la actualización de las hipótesis jurídicas; el segundo, presenta una relación de bases adjetivas. Con ello no estamos demeritando el trabajo del autor, por el contrario, es sumamente valioso, lo que sí queda demostrado es la gran diversidad que representa el derecho cultural.

A continuación, plasmaremos la percepción de Carmona Tinoco, quien no la refiere como un concepto como tal, sino que enlista una serie de deberes respecto al derecho a la cultura. Sin embargo, lo tomaremos como una conceptualización ya que presenta un contenido bastante completo. Dice el autor: “... se traducen en la necesidad de contar con leyes específicas, generar prácticas administrativas, criterios judiciales, políticas públicas y aplicación de recursos, entre otras, dirigidos a lograr la efectividad plena de la participación de las personas en lo individual y de manera colectiva, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, en las actividades culturales y artísticas de la nación, mismas que a su vez deben ser fomentadas y protegidas al igual que sus productos o resultados” (2003, p. 38). En esta definición se aprecia el conjunto de elementos necesarios para el

desenvolvimiento del derecho cultural y las acciones que este despliega, así como la obligación de fomento y protección.

Por último, la definición que aporta Dorantes, es la siguiente: “El derecho a la cultura se divide en tres tipos generales de derechos culturales: a) el derecho a la creación; b) el derecho a la protección y difusión del patrimonio cultural; y c) el derecho al acceso a los bienes y servicios culturales” (2013, p. 857). Aunado a que esta definición es la más reciente, se dejó al final por una situación bastante peculiar. A diferencia de las anteriores presenta una división tipológica entre el derecho a la cultura y los derechos culturales, es decir, refiere a un núcleo y sus partes. Sin embargo, este tema se tratará en el siguiente apartado.

Para finalizar, nuestra propuesta con relación al concepto de derecho cultural sería la siguiente: es aquella rama del derecho encargada de la regulación de las manifestaciones culturales tangibles e intangibles, así como de las prerrogativas que de ella emanen tanto individuales como colectivas, debe procurar la creación, fomento, difusión, promoción y gestión de dichas manifestaciones de la manera más idónea; de igual forma establecer las vías necesarias para su preservación y protección, teniendo siempre en cuenta la pertinencia y el beneficio social a efectos de garantizar el máximo aprovechamiento, goce y disfrute de la cultura.

d) Derecho Cultural y Derechos Culturales:

Retomando a Dorantes Díaz quien pone de manifiesto la situación tipológica del derecho y los derechos culturales. Aunque menciona que, de cierta forma, es indistinta dicha categorización, consideramos que nos da pauta para abordar la temática de dicha división.

A nuestro criterio, segmentar el derecho cultural resulta importante para fines prácticos, ya que de esta manera tenemos por una parte el referente de un derecho cultural que sería nuclear, enfocando dentro de sí la generalidad del enfoque jurídico de la cultura; y, por otro lado, los derechos culturales, en donde encontramos las acciones derivadas de las prerrogativas que emanan del núcleo, podríamos decir que se trata de las partes.

Haciendo un parangón con Jaime Guasp (1968), quien al hablar sobre de la teoría general del proceso, refiere que el proceso es tomado como el continente y los procedimientos

como el contenido. Al enfocar este ejercicio con relación a nuestro tema, tendríamos que el derecho cultural es el continente y los derechos culturales son el contenido. Tomando esto en consideración, en seguida plasmaremos una serie de derechos culturales. Cabe aclarar que esta lista no es definitiva, ni exclusiva, pero es un buen ejercicio para visualizar todo el contenido que representa:

1. Acceso a la cultura.
2. Creación de las manifestaciones culturales.
3. Identidad cultural.
4. Protección de la producción intelectual.
5. Conexos a la producción intelectual.
6. Disfrute y goce de las manifestaciones y del patrimonio cultural.
7. Expresión cultural.
8. Tradiciones y prácticas culturales de pueblos indígenas.
9. Garantizar la educación.
10. Promoción cultural y artística.
11. Protección y salvaguarda del patrimonio cultural.
12. Fomento de las manifestaciones culturales y del patrimonio cultural.
13. Gestión cultural idónea.
14. Libertad artística y fomento al arte.
15. Preservación de la diversidad y libertad cultural.
16. Administración cultural.
17. Participación en la vida cultural.
18. Garantizar la igualdad y la no discriminación.
19. Respeto a la propia cultura y a las otras culturas.
20. Garantizar, promover y respetar los derechos culturales en general.

Como mencionamos, existen varios derechos que pueden encuadrar en este apartado inclusive algunos derivados de los ya plasmados. No obstante ahondar en ello implicaría una labor que sobrepasa los fines del presente trabajo, no obstante, si es necesario presentar este panorama para efectos de crear consciencia sobre el gran campo jurídico que representan.

IV. Retos Actuales del Derecho Cultural en México.

El profesor polaco Janusz Symonides (1998) menciona que los derechos culturales son una categoría descuidada de los derechos humanos, y es a partir de este razonamiento que se construye el presente apartado de conclusiones. Esto se debe a que hablar de descuido significa no poner interés o atención en un tema, lo que a su vez implica que queda trabajo pendiente por realizar.

Son esos pendientes donde basaremos nuestras reflexiones finales, por lo cual, esta investigación pretende concluir presentando un panorama sobre dónde se debe actuar, es decir, ¿cuáles son esos retos que afronta el derecho cultural en México? A nuestro criterio son los siguientes:

a) En favor de una democracia cultural:

Primeramente, deben existir diversos medios para propagar la cultura entre toda la población, siendo vías idóneas y extensivas. Pensar en una multiplicidad de vías para hacer llegar la cultura, es tener en cuenta diversas formas de acercamiento y participación entre la sociedad. Esta labor debería ser una función del estado, la cual, no implicaría una exclusividad total, pero sí tener un carácter importante.

El estado contaría con una proyección pública de la cultura, así como un constante apoyo institucional para alentar a la incursión de la población en las actividades culturales sin limitaciones. Presentaría los medios idóneos para que los usuarios tengan experiencias de calidad suficiente que les permita el goce y disfrute de la cultura en su máxima expresión. La incursión con la cultura, no solo se enfocaría en colocar con cercanía las manifestaciones culturales, sino que, además de ello, la población cuente con los medios de desciframiento suficientes para tener mayor entendimiento, mediante la educación y la continua capacitación generando públicos críticos. Así los sujetos serán libres de elegir y discernir sobre las expresiones culturales a su alcance. Buscando de esta manera una participación activa, un público sensitivo y libre que disfrute la cultura a sabiendas que la tiene a su alcance.

Para ello se necesitaría una transformación institucional o incluso una génesis de instituciones administrativo – culturales, es aquí donde el derecho tendría una de sus mayores

retos, pues fincaría con mayor fuerza una autonomía al concretar la estructuración institucional en función del derecho administrativo con una esencia de derecho cultural puro. Ambas ramas se auxiliarían trabajando a la par de un objetivo en común, crear una institución administrativa gubernamental con una mirada de difusión y acceso cultural democratizado.

b) Generar consciencia cultural:

Con esta conclusión nos referimos más que nada a la repercusión que tendrá en la sociedad una adecuada democracia en la materia. Generar una consciencia cultural estaría más allá de que el usuario se sepa poseedor de cultura a la vez de transmisor de la misma, sino que genere una sociedad reflexiva que se sienta parte de la realidad cultural que se encuentra a su alrededor que de ella tome, acerque, critique, cree, modifique, construya, disfrute, etc., lo que considere pertinente para que satisfaga sus necesidades culturales y posea el crecimiento y enriquecimiento suficiente.

Lo más importante que tenga siempre presente la noción de que la cultura está en todas partes, que él forma parte de la misma, así como su entorno. Esto conllevaría a una dirección de re-valorización dentro del colectivo que coloque a la cultura como una prioridad, no solo del estado, ni de la sociedad sino en lo individual. A largo plazo, se generaría un sentido de protección, cuidado y conservación más profundo, que sobrepase los momentos de ocio o de esparcimiento y que trastoque los pilares académicos y profesionales. Volver a las personas conscientes que la cultura es un elemento esencial para su desarrollo.

c) Profesionalización interdisciplinaria:

Tener satisfechas las necesidades culturales de la mano de una consciencia cultural bien fincada, serían los factores que desembocarían en la creación de profesionistas preparados para afrontar los nuevos retos culturales en todo momento. No nos referimos a solamente especialistas en este tipo de estudios, sino que dentro del desenvolvimiento de cualquier profesión se tome en consideración a las cuestiones culturales.

Profesionistas que tomen en cuenta la cultura y que se preocupen por ella dentro de sus áreas específicas concretaría una expansión necesaria del conocimiento, afianzaría como consecuencia la transmisión, acceso, difusión, etc., de las manifestaciones culturales. La cultura se valdría de un sinnúmero de ramas que la auxiliarían a posicionarse con firmeza. Para ello, se contaría con profesionistas críticos puesto que al ser conocedores de su importancia social y su papel dentro del estado tratarían de maximizarla constantemente.

En específico, para el derecho este tipo de acciones robustecerían el sentido de autonomía, consolidando al derecho cultural como una de las ramas más importantes. Ahora en cuestión legislativa, daría pauta a que los instrumentos normativos en la materia sean creados con puntos de vista conocedores y especializados, dando como resultado leyes con aplicabilidad efectiva y viabilidad pertinente, fruto del trabajo de legisladores que han tenido acercamiento y conocimiento de las cuestiones culturales. Se velaría por la prevención de problemáticas y el constante progreso en beneficio de una sociedad con consciencia cultural.

d) Hacia una regulación adjetiva jurídico – cultural:

Si hablamos de legisladores conscientes de las necesidades culturales y capacitados para afrontarlas dentro de sus funciones profesionales. Es momento de abocarnos al instrumento normativo en sí, pensar más allá de solamente en leyes sustantivas en las que se establezcan derechos y obligaciones y se redunde en conceptos. Sino comenzar a labrar una ley adjetiva, suficientemente independiente. Donde se regule su el ejercicio de estos derechos y se establezca un proceso adecuado que posibilite el efectivo ejercicio de las prerrogativas culturales.

Una ley instrumental propia en materia cultura es uno de los mayores eslabones pendientes. Puesto que, debe fijar los requisitos destinados a componer los conflictos que, en su caso, se den con relación a la observancia de las normas sustantivas y dilucidar en las disposiciones referentes a los sujetos procesales que se consideren inmiscuidos. Trabajar sobre este vacío no sería una cuestión sencilla sino se cuentan con los medios de interpretación suficientes para entender las necesidades culturales y como abordarlas con un sentido de beneficio colectivo.

Centrar esfuerzos en la creación de una ley o código de carácter procesal donde se establezca la particularidad de los procedimientos, es decir, se plasmen los pasos a seguir ante el ejercicio de los derechos, la resolución de controversias y las meras cuestiones administrativas que emanen del accionar del derecho cultural. Sería visto como rectificar su posicionamiento dentro del entramado jurídico, reafirmaría su importancia y dejaría en evidencia su necesidad.

Las cuestiones planteadas a manera de retos en estas conclusiones, deben ser tomadas precisamente como necesidades que quedan pendientes en el derecho cultural. Debemos visualizarlas a futuro, como aquellos escalones que den pauta al inicio de un engranaje jurídico propio, es decir, que la conexión entre todos estos retos y su progresivo cumplimiento conlleven a una cultura jurídica. En donde, las nuevas tecnologías ayuden a la difusión y el acceso de la cultura, se democratice la cultura para alcanzar una participación activa de la población, se reflexione sobre el sentido de las expresiones culturales al alcance de toda la sociedad para profesionalizar los campos del conocimiento y tomar siempre en cuenta las consecuencias culturales.

Todo esto armaría una red simbólica tan fuerte, reflejada hasta en la creación de los instrumentos jurídico – culturales tanto sustantivos como adjetivos, que hablaríamos precisamente de una *cultura jurídica en materia cultural* es ahí donde se encuadra su mayor necesidad, que la cultura lleve a progresar a la sociedad mexicana y que el derecho sirva como uno de los medios para ello.

Capítulo II.

El Origen de la Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Inmaterial.

I. Construcción Normativa.

No solo en México sino a nivel mundial, existen diferentes instrumentos normativos que fueron fincando las bases para proteger el patrimonio cultural inmaterial. No obstante, tales instrumentos no identificaron de primera instancia lo que dicho tipo de patrimonio implicaba, varios de ellos, apuntaban a una generalidad del patrimonio cultural siendo indistintos en delimitar la diferencia entre tangibles e intangibles.

Con esto queremos decir, que los temas y las problemáticas en materia cultural han sido tareas latentes para los legisladores en todos los niveles jurisdiccionales. Toda vez que, desde hace al menos 5 décadas, se han elaborado instrumentos jurídicos con miras a la protección, salvaguarda, cuidado y promoción del patrimonio cultural. Estos instrumentos han encontrado una evolución con el paso del tiempo, se han ido modificando y adaptando para dar respuesta a nuevos retos sobre la forma idónea de proteger el patrimonio cultural.

Un ejemplo de dicha evolución y adaptación de los instrumentos normativos, lo vemos en lo tocante a los intangibles. Es que este tipo de patrimonio, que podemos afirmar por motivos que plasmaremos más adelante, fue ignorado en primera instancia al momento de crear las convenciones o tratados. Sin embargo, su importancia, así como la necesidad de salvaguarda han dado origen a que sea tomado en cuenta, inclusive a tener instrumentos dedicados a sus necesidades propiamente.

Semejante avance en la especificación de la normativa es lo que trataremos en este capítulo, es decir, plasmaremos cómo es que se ha dado el origen de la protección jurídica del patrimonio cultural, para luego examinar sobre el cómo se ha dado su transformación y adaptación en lo que respecta a los intangibles. Antes que nada, es necesario advertir que los instrumentos jurídicos con los que trataremos más adelante no son una selección exclusiva, ni mucho menos definitiva sobre el patrimonio cultural intangible y las prerrogativas que emana, sino que se trata de una selección de los que consideramos los más relevantes y aplicables para nuestra investigación.

Ahora bien, la forma de trabajar el siguiente capítulo será la siguiente, dividiremos los instrumentos a tratar según la jurisdicción a la que pertenezcan, siendo internacionales, federales, estatales o municipales, y también dándoles un orden cronológico de expedición. Una vez hecho esto, daremos comentarios sobre los artículos que contienen, resaltando los que sean aplicables para nuestro caso de estudio. Conforme dichos comentarios vayan avanzando, se irán hilando las condiciones para que quede de manifiesto una evolución de la normativa que enfoque su atención al patrimonio cultural inmaterial.

Una última advertencia antes de entrar de lleno al presente capítulo, se trata de la utilización del lenguaje. A lo largo del contenido de este texto se utilizará de forma indistinta la palabra inmaterial e intangible, dado a que según la RAE la primera de ellas significa solamente lo que no es material⁵ y la segunda refiere a la que no debe o no puede tocarse⁶. Encontramos pues, muy similares las definiciones para inclinarnos por el uso único de una o de otra, situación que parece pasar también con los legisladores pues dentro de la normativa con la que trabajaremos pasa lo mismo, de ahí nuestra decisión de utilizar ambos conceptos.

Hecha esta última aclaración comencemos a trabajar con el plano internacional en lo que respecta al patrimonio cultural inmaterial.

II. Instrumentos Internacionales.

El plano internacional será el primero con el que trabajaremos dado a que es el que aporta la mayor cantidad de instrumentos distintos a la presente investigación. Aunado a ello, dichos instrumentos provienen de diversos organismos como pueden ser la Organización de las Naciones Unidas (ONU de aquí en adelante), un órgano especializado que se desprende de ella, como es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO de aquí en adelante), y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI de aquí en adelante). Entonces pues comencemos con el primer instrumento.

⁵ Real Academia Española (2020), *Diccionario de la Lengua Española* consulta de la palabra: Inmaterial. Recuperado de: <https://dle.rae.es/inmaterial?m=form>

⁶ Real Academia Española (2020), *Diccionario de la Lengua Española* consulta de la palabra: Intangible. Recuperado de: <https://dle.rae.es/intangible?m=form>

a. Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado.

Se trata de un documento expedido por la UNESCO en La Haya, Países Bajos, el 14 de mayo de 1954. En la etapa en que los países europeos comenzaban un período de reconstrucción y a su vez se mantenía una tensión latente entre Estados Unidos y la antigua Unión Soviética por la Guerra Fría.

Los estragos del conflicto armado habían sido resentidos en todos los ámbitos por los países participantes y los bienes culturales no se salvarían de sufrir graves daños. Ciudades como Berlín, Londres o París, por mencionar algunas, sufrieron pérdidas irreversibles e irreparables. Ello generaba entre los organismos internacionales preocupación, en el entendido de que los daños ocasionados a los bienes culturales, independientemente del pueblo del que traten, representan un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad. Así pues, se da el cimiento al menos desde el apartado jurídico internacional de que el patrimonio cultural tiene una gran importancia. Toma relevancia la necesidad de instaurar acciones para contar una protección internacional.

Así nace el presente instrumento, el cual en su artículo 1 incisos a), b) y c) comienza definiendo los bienes culturales, dice pues lo siguiente:

a) Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;

b) Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.;

c) Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán “centros monumentales”.

Con relación a nuestro tema advertimos que dentro de las definiciones que aporta la convención, no se hace mención sobre los intangibles. Inclusive deja un poco de lado a los bienes muebles y se enfoca primordialmente a los inmuebles, entendemos que por lo apremiante de la época la necesidad principal deberían ser los inmuebles, por ello, hace hincapié en los edificios y los centros monumentales. Sin embargo, es necesario comenzar con este instrumento ya que simboliza un primer antecedente para la protección jurídica del patrimonio cultural en general. Se considera que es a raíz de la creación de esta convención que se comienza a dilucidar en más necesidades, así como en su consecuente especificación.

Es en el artículo 2 de esta convención donde se colocan las miras sobre las que recaerá la protección que se debe dar a los bienes culturales, en específico menciona que será la salvaguarda y el respeto. Es entendible que se enfoque en ambos supuestos, ya que, por una parte, durante los conflictos armados anteriores, los bienes culturales en su mayoría inmuebles habían sido objetivos principales de ataques, por otro lado, estos mismos ataques producían irreparables pérdidas para toda la humanidad, entonces se hacía necesario colocar límites durante los conflictos militares.

Entonces, ¿Cómo se iba a propiciar dicha salvaguarda y respeto? Conforme a lo estipulado en el artículo 6, se debía proceder a identificar los bienes culturales colocándoles un signo distintivo que los diferencie de otros bienes. Es así como nace el emblema azul o escudo azul de la UNESCO, utilizado como un primer sistema de catalogación de los bienes culturales. Las características del emblema azul se establecen en el artículo 16 numeral 1 y 2, cuyo contenido se reproduce a continuación:

1. El emblema de la Convención consiste en un escudo en punta, partido en aspa, de color azul ultramar y blanco (el escudo contiene un cuadrado azul ultramar, uno de cuyos vértices ocupa la parte inferior del escudo, y un triángulo también azul ultramar en la parte superior, en los flancos se hallan sendos triángulos blancos limitados por las áreas azul ultramar y los bordes laterales del escudo).

2. El emblema se empleará aislado o repetido tres veces en formación de triángulo (un escudo en la parte inferior), de acuerdo con las circunstancias enumeradas en el artículo 17.

Para entender mejor la descripción del emblema azul, colocamos su figura representativa, en seguida:



Emblema o escudo azul de la UNESCO para la identificación de bienes culturales
(Elaboración propia)

Pero ¿Cuándo y cómo podría utilizarse el emblema? La respuesta la encontramos en el artículo 17, el cual se subdivide en dos numerales. En lo que respecta al numeral 1 se refiere a la utilización del emblema repetido tres veces, que se utilizará para los siguientes supuestos:

1. El emblema repetido tres veces sólo podrá emplearse para identificar:

- a) los bienes culturales inmuebles que gocen de protección especial;*
- b) los transportes de bienes culturales en las condiciones previstas en los artículos 12 y 13;*
- c) los refugios improvisados en las condiciones previstas en el Reglamento para la aplicación de la Convención.*

Lo relacionado al numeral 2 hace referencia los usos del escudo azul de forma aislada, los cuales serán los siguientes:

2. El emblema aislado sólo podrá emplearse para definir:

- a) los bienes culturales que no gozan de protección especial;*
- b) las personas encargadas de las funciones de vigilancia; según las disposiciones del Reglamento para la aplicación de la Convención;*
- c) el personal perteneciente a los servicios de protección de los bienes culturales;*
- d) las tarjetas de identidad previstas en el Reglamento de aplicación de la Convención.*

El uso del emblema azul representa entonces una forma de dar a notar los bienes culturales, los cuales por el hecho de portarlo gozaban de una protección jurídica especial. Sin embargo, tampoco se trataba de utilizar el escudo en absolutamente todos los bienes

muebles e inmuebles para hacer sujetos de protección, por ello, fue necesario delimitar su utilización, esta delimitación la encontramos no en la convención como tal sino en su reglamento.

Es pues, el *Reglamento para la Aplicación de la Convención para Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado*, el cual nos habla en su artículo 12 que se deberá establecer un registro internacional de bienes culturales bajo protección especial. Si bien, ni la convención, ni el reglamento establecen que pautas deberán seguirse con certeza, el hecho de ir pensando en un registro internacional nos abre las puertas a que la protección jurídica del patrimonio comenzaba a ser real y a la vez, al encontrarse dentro de instrumentos normativos actuales se volvía positiva, comenzaba a gestarse un ejercicio de catalogación del patrimonio.

En esta convención encontramos, como dijimos al inicio un primer antecedente y no solo eso, podríamos decir que un inicio para la constante evolución y adaptación que dicho campo del derecho ha presentado.

b. Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.

El siguiente instrumento con el que trabajaremos es la *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*, el cual fue emitido por la UNESCO en París el 21 de noviembre de 1972. Casi 20 años después de la anterior convención, hacemos este comentario ya que como veremos más adelante el tiempo de expedición entre instrumentos se fue disminuyendo.

Lo primero que llama la atención de esta convención es el enfoque que aplica, desde el título, respecto al patrimonio dividiéndolo en mundial, cultural y natural. Dicha división llama a ser mencionada dado que se comienzan a crear especificaciones y particularizaciones del patrimonio, es en cierta forma, un ejercicio de definición y delimitación.

Esta convención tiene su origen en las constantes amenazas de destrucción que recaían sobre el patrimonio cultural y ahora natural. Se hace mención de las causas naturales de deterioro como el simple paso del tiempo, pero también, a la evolución de la vida social y

económica que lo agravan con fenómenos de alteración y destrucción. Por la fecha, podemos acatar que aún seguía una tensión por la guerra fría, y salvo por la guerra de Vietnam, los conflictos internacionales en cierta forma habían cesado. Lo que daba pauta a que al patrimonio lo rodearan otros peligros que ya no derivaban necesariamente de un conflicto armado entre naciones.

Estos peligros podrían ser un turismo desmedido y sin precauciones, una destrucción de zonas naturales con fines comerciales e incluso el no prestarle importancia por parte de los pobladores locales al patrimonio de sus ciudades. Estas acciones, entre otras causaban deterioros o la desaparición de este tipo de bienes, lo cual activo las alertas para la comunidad internacional pues perder estos bienes constituye un empobrecimiento del patrimonio de todos los pueblos del mundo. Así, ante la amplitud y la gravedad de los nuevos peligros se hace un llamado a la colectividad internacional para participar en la protección del patrimonio a través de esta convención.

Antes de entrar de lleno al contenido de esta convención, hacemos la mención de que únicamente resaltaremos lo relativo al patrimonio cultural. Si bien, nos parece un gran acierto y avance el hecho de tomar en cuenta al patrimonio natural, no es tema de nuestra investigación y tratar algo tan importante de forma superficial no sería justo, ya que merece una investigación dedicada solamente a ese tema.

Ahora bien, esta convención comienza dando una definición de lo que considera patrimonio cultural. Tal definición la encontramos en el artículo 1, que dice:

A los efectos de la presente Convención se considerará "patrimonio cultural":

- los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,

- los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,

- los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

Destacamos de las definiciones aportadas nuevamente la exclusión explícita de los intangibles, pero a su vez entendemos que un proceso de especificación lleva su tiempo. Esta convención es importante por el antecedente que representa, no como tal en una especificación temática sino como punto de partida para los ámbitos de protección jurídica.

Es precisamente un tema dentro de esta convención, el poner de manifiesto las condiciones necesarias para garantizar una protección y una conservación eficaz del patrimonio cultural, con el objetivo de revalorizar de forma activa su significado entre las personas. Por ello, en su artículo 5, establece las acciones que deberán procurar los Estados Parte para lograr dicho cometido, si bien tales acciones vienen desglosadas de forma extensa en los incisos del artículo mencionado, para efectos de la presente investigación lo expresaremos de forma sintetizada, respetando el orden de incisos con la acción que propone. Entonces quedarían de la siguiente manera:

- a) Adoptar una política general para atribuir al patrimonio cultural una función en la vida colectiva y a integrar su protección en la planificación general.
- b) Instruir en su territorio uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural.
- c) Desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención.
- d) Adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar el patrimonio.
- e) Creación de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural.

Para nuestro tema es importante destacar el inciso d), pues nos habla directamente de una aplicación jurídica con relación al patrimonio. Se da a notar la necesidad de protección que el derecho puede proveerle, estamos hablando de una función interdisciplinaria. Y también, hay que señalar que esta convención proporciona lo que se entenderá por protección internacional, así pues, en su artículo 7, expone lo siguiente:

Para los fines de la presente Convención, se entenderá por protección internacional del patrimonio mundial cultural y natural el establecimiento de un sistema de cooperación y

asistencia internacional destinado a secundar a los Estados Partes en la Convención en los esfuerzos que desplieguen para conservar e identificar ese patrimonio.

Resaltamos que este artículo por lo siguiente, al hablar de que cada país va a adoptar las medidas jurídicas adecuadas y a su vez proporcionar una definición de lo que será la protección internacional, nos refiere a que esta convención da pauta a que la protección del patrimonio cultural debía realizarse tanto de forma interna, es decir, al interior del Estado Parte, como de forma externa, mediante un sistema de cooperación internacional.

Se daban las bases para proteger al patrimonio cultural, pero ¿Qué se debía proteger? Para definir tal pregunta, el artículo 11 establecía acciones urgentes que cada Estado Parte debía realizar para comenzar con esta catalogación, destacamos los siguientes numerales de forma resumida:

1. Presentar un inventario de los bienes del patrimonio cultural y natural en su territorio.
2. Con base en los inventarios presentados, se crearía la Lista del Patrimonio Mundial que incluiría los bienes del patrimonio cultural que se considere poseen un valor universal excepcional.
4. Crear la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro, en la cual figuren bienes del patrimonio mundial cuya protección exija grandes trabajos de conservación.

Se comenzaba pues con un ejercicio de catalogación más específico, a diferencia de la convención tratada anteriormente, en esta se incluían más bienes y se aplicaba una diferenciación con base en su situación de vulnerabilidad. Como ya apuntamos, este antecedente sirve para, por un lado, detectar nuevos peligros del patrimonio, y por otro, para comenzar a especificar de forma más precisa. Si bien no se tocan de forma expresa los intangibles, aún el hecho de que se aplicarán criterios de diferenciación del patrimonio es un punto clave para la transformación de los instrumentos.

c. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El siguiente cuerpo legal con el que trabajaremos es el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, el cual fue emitido por la Asamblea General

de las Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, pero que por cuestiones legislativas entraría en vigor hasta 10 años después, el 3 de enero de 1976.

Traemos a tema este convenio debido a que ya se habló del patrimonio y de las condiciones jurídicas que devienen del mismo. Se comienza a esclarecer una necesidad de protección y la necesidad de su especificación, pero también es prudente mencionar que las personas somos las que valorizamos el patrimonio cultural. En nuestro estatus de personas también somos creadores de aquellos bienes que serán considerados patrimonio.

Tenemos prerrogativas que se desprenden directamente de nuestra dignidad inherente como personas, todos debemos poder gozarlos con libertad y en su máxima expresión para poder sacar el mayor provecho y aprovechamiento de nuestras condiciones; nos referimos a explotar completamente las habilidades y capacidades de las personas. Por ello, es por lo que esta convención es importante, ya que su enfoque principal son las personas y los derechos que tenemos con relación a la cultura.

Al igual que con la convención anterior, hacemos la aclaración que únicamente abordaremos los temas relacionados con derechos culturales, entendemos la importancia que revisten los derechos económicos y sociales, pero no son materia de la presente investigación.

Este pacto contiene 31 artículos, pero lo tocante a los derechos culturales lo encontramos en su artículo 15, cuyo contenido se reproduce a continuación:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

Nos encontramos ante un instrumento que reconoce los aspectos culturales, pero no como un tema alejado, es decir, como si al referirnos al patrimonio cultural habláramos de una masa amorfa que por alguna razón es sujeta de protección jurídica, inclusive que tal protección debíamos brindarla nosotros. Lo interesante de este Pacto es que ahora utiliza dichos elementos, pero enfocándolos a las personas, haciendo notar que no solo tenemos obligaciones con el patrimonio cultural, sino que también tenemos derechos y podemos obtener muchos beneficios de hacerlos valer.

Destacamos el inciso a) del numeral 1 para este fin, pues participar activamente de la vida cultural da pauta a explotar el potencial humano y sacar el máximo provecho de nuestras condiciones. También sobresale el numeral 2, pues nos habla de la acción gubernamental y cómo, de cierta forma, se deben proveer las condiciones para que todos podamos obtener beneficios de la cultura.

Pero el punto que más destacamos es el inciso c) del numeral 1, ya que nos habla de beneficiarnos de la protección de los intereses morales y materiales de los que seamos autores, esto se avoca a la capacidad creadora de las personas. Reluce con relación a nuestro tema porque el proceso de creación en sí es un intangible, aunque no se mencione de forma directa si invoca una protección a este tipo de actividades humanas, las creaciones del intelecto humano son llamadas propiedad intelectual y son sujetas a una protección jurídica específica. Sin embargo, para hablar con mayor claridad de este tema debemos pasar al siguiente instrumento por analizar.

d. Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas.

El *Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas* es un ordenamiento normativo de suma relevancia para nuestro tema, ya que aporta una definición de aquello que encuadra como una obra literaria o artística. Antes que nada, damos los generales, este convenio fue elaborado por la OMPI tuvo su primera expedición en 1886,

posteriormente, fue modificado en reiteradas ocasiones hasta llegar al documento actual. Por ello, trabajaremos con la última enmienda, realizada en París el 28 de septiembre de 1979.

El incentivo que dio origen al Convenio de Berna fue el mutuo deseo internacional de proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras artísticas y literarias. Representa una forma de dar cierto blindaje a los creadores y a la vez de incentivar los procesos creativos; recordemos que se necesita del ingenio, la iniciativa y la creatividad humana para que se materialicen las ideas y finalmente se produzca el patrimonio, mismo que con el tiempo se convertirá en patrimonio cultural.

Pero ¿Qué es lo que se entiende por obras artísticas y literarias? Este convenio conforme a su artículo 2 estipula un listado con más de 20 tipos diferentes de obras que encajan en este supuesto, entre las que encontramos libros, obras coreográficas, esculturas, grabados, punturas, dibujos, etc. Pero de forma general señala que comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión.

Esa frase que colocamos al final del párrafo anterior sobre las formas de expresión, representa propiamente el acto de creación de las personas como parte de la propiedad intelectual y génesis del derecho de autor. Es innegable que son las personas las creadoras de las obras artísticas y literarias, pero para que este cuerpo normativo otorgue protección es necesario definir quién es ese autor, es decir, que sea identificado e identificable. Entonces, ¿Qué sucede cuando no se puede identificar al autor o autores de las obras?

Para responder este cuestionamiento, el artículo 15 señala como hacer valer los derechos protegidos y en su numeral 4) inciso a), establece como hacerlos valer en el caso de obras con autor desconocido, el texto dice de la siguiente manera:

4) Para algunas obras no publicadas de autor desconocido:

a) Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor, pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión.

Es muy importante mencionar este artículo, ya que, aunque pueda pasar desapercibido o bien parecer una obviedad lo que enuncia, es su condición adaptativa lo que nos da un gran aporte. El hecho de que se prevea una condición de protección cuando un autor no sea identificado abre las puertas para dilucidar entre tantas creaciones de las cuales el paso del tiempo ha borrado a las personas creadores sin su debido mérito. Estas creaciones que perduran y evolucionan son procesos de creación en donde muchas veces repercuten las manifestaciones intangibles.

Pensemos en una danza, en un proceso artesanal, en una ceremonia ritual, es obvio que por su tradición antepasada no sería posible identificar quien o quienes fueron los creadores de tales manifestaciones, pero sí sabemos dónde se llevan a cabo, cómo se llevan a cabo y cuándo se llevan a cabo. Así pues, conforme a lo que estipula el artículo podemos suponer que se trata de obras nacionales y por ello es necesario protegerlas. Si bien, el encontrarnos con una disposición de esta índole no es suficiente para decir que ya se ha brindado una protección efectiva a los intangibles, puesto que existen otros artículos que chocarían con tal interpretación como la fijación en un soporte material según el numeral 2) del artículo 2, si podemos afirmar que abre las puertas a la interpretación y que como los textos jurídicos analizados anteriormente, representa otro antecedente o bien un escalón para conseguir el objetivo, para seguir dando pasos a ese objetivo debemos comenzar con el siguiente instrumento.

e. Recomendación para la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular.

Nuestro postulado parte de que muchos de los intangibles devienen de procesos tradicionales que conllevan cierta antigüedad, no basta con identificar a los autores para decir que con eso sería suficiente para que se les brinde protección. Es necesario dar un análisis sobre cuál es la importancia de las tradiciones, para ello, nos apoyamos en la *Recomendación para la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular*, un documento normativo emitido por la UNESCO en París el 17 de octubre de 1989.

Este documento expresa que la cultura tradicional y popular forma parte del patrimonio universal de la humanidad que contiene una carga social, económica y política. Se considera

como una cultura viva y por ello, es que se reconoce que tiene una extrema fragilidad, en particular lo correspondiente a las tradiciones orales y el peligro que representaría su pérdida.

Entonces, ya quedó establecida la necesidad de que incitó la creación de esta recomendación, pero ¿Qué es la cultura tradicional y popular? Esta duda, tiene su respuesta en el artículo A del instrumento, cuyo contenido reproducimos a continuación:

La cultura tradicional y popular es el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.

Vemos como nuestro principal objeto de estudio se ve representado en este artículo, el enfoque da es el necesario para comenzar a hablar de intangibles. Si bien, no es un concepto definitivo el que se aporta, sí es un acercamiento a todo lo que puede englobar. Lo principal es que refiere a la creación de los individuos y a la vez lo vincula con la identidad cultural, es decir, que no cualquier tipo de creación puede catalogarse como cultural tradicional, sino que debe contener ese factor simbólico de representación de la identidad.

La recomendación señala 5 acciones urgentes que los estados parte deben realizar para evitar la pérdida de este tipo de patrimonio. La primera de ellas está en el artículo B y se trata de la identificación, para lograrla se deben realizar las siguientes tareas, las cuales resumimos de la siguiente manera:

- a) Preparar un inventario nacional de las instituciones interesadas en el tema.
- b) Crear un sistema de identificación y registro o mejorar los ya existentes.
- c) Estimular la creación de una tipología normalizada de la cultura tradicional y popular.

En esta primera acción vemos la labor de catalogación, lo que lo diferencia de los otros instrumentos es que en esta ocasión se trata de intangibles de forma particularizada.

La segunda de las acciones es la de la conservación, la cual se encuentra en el artículo C, y refiere a la documentación de este tipo tradiciones con el objetivo de poder disponer de

un repositorio para entender el proceso de modificación que han sufrido, para lograrlo se deben realizar las siguientes tareas que sintetizamos así:

- a) Establecer servicios nacionales de archivos de la cultura tradicional y popular.
- b) Establecer un archivo nacional central.
- c) Crear museos o secciones en los museos de la cultura tradicional y popular.
- d) Privilegiar las formas de presentar las culturas tradicionales y populares.
- e) Armonizar los métodos de acopio y archivo.
- f) Capacitar a los documentalistas, archivistas, recopiladores, entre otros.
- g) Suministrar los medios para confeccionar copias de seguridad de los recopilatorios.

En esta segunda tarea, se observa cómo se establece la acción de conservación como si fuera una acción del estado o la administración pública, como si este fuera el encargado de propiciar los medios para su correcta ejecución, no obstante, diferimos un poco en esta aportación pues la labor de conservación no solo depende del gobierno, también la sociedad civil tiene una función indispensable.

La tercera tarea la encontramos en el artículo D que se refiere a la salvaguardia, esta tarea nace debido a la influencia que la cultura industrializada, difundida a través los medios de comunicación de masas produce en la cultura tradicional y popular haciendo que pierda vigor. Para lograr la salvaguardia, los estados deben llevar a cabo las siguientes medidas, mismas que resumimos de la siguiente manera:

- a) Elaborar e introducir en los programas de estudio escolares y extraescolares, la enseñanza y el estudio de la cultura tradicional y popular.
- b) Garantizar el derecho de acceso de las diversas comunidades y apoyar la labor de documentación e investigación.
- c) Establecer un consejo nacional de la cultura tradicional y popular.
- d) Prestar apoyo moral y financiero a los individuos e instituciones que estudien, fomenten o posean elementos de la cultura tradicional y popular.
- e) Fomentar la investigación científica con relativa a la salvaguardia de la cultura tradicional y popular.

Para esta tarea observamos como lo que se pretende es demostrar que la cultura tradicional y popular puede encontrar cierto respaldo por parte de los agentes estatales, que su importancia es lo suficiente como para crear instituciones y recursos propios para ella.

La penúltima de las acciones es la de la difusión. Esta es necesaria para sensibilizar a la población respecto a la importancia de la cultura tradicional y popular como elemento de la identidad cultural. Con ello se busca que se tome conciencia del valor que posee y la necesidad de conservarla, entonces las tareas para favorecer una difusión efectiva las encontramos en el artículo E, siendo de forma esquematizada las siguientes:

- a) Fomentar la organización de ferias, festivales, exposiciones, coloquios, talleres, congresos, etc.
- b) Estimular la mayor difusión del material de la cultura tradicional y popular en la prensa, televisión, radio y otros medios de comunicación.
- c) Estimular la creación de empleos de jornada completa para especialistas de la cultura tradicional y popular.
- d) Apoyar los servicios existentes y crear nuevos para la producción de materiales educativos de la cultura tradicional y popular.
- e) Facilitar informaciones adecuadas sobre la cultura tradicional y popular.
- f) Facilitar la celebración de reuniones e intercambios.
- g) Alentar a la comunidad internacional a adoptar un código de ética apropiado en lo relativo a los contactos con las culturas tradicionales y el respeto debido.

Reconocemos que la difusión es una tarea apremiante y sumamente necesaria para lograr la salvaguarda. El hecho de hacer llegar a las personas las expresiones de este tipo producirá en efecto de revalorización del patrimonio, con el cual se le otorgue la importancia que merece. Llevar la cultura popular y tradicional a todos los sectores de la población hará que se posicione como una tarea primordial social y no solo estatal.

La última de las tareas la encontramos en el artículo F, se refiere a la protección que establece que las creaciones intelectuales merecen una protección análoga con la finalidad de desarrollar, perpetuar y difundir este patrimonio y que no basta con incluir los aspectos de propiedad intelectual pues existen más prerrogativas que emanan, su contenido es extenso

pero debido a que trata completamente nuestro tema vale la pena reproducir sus categorías a continuación:

a) por lo que respecta a los aspectos de “propiedad intelectual” señálasen a la atención de las autoridades competentes los importantes trabajos de la Unesco y la OMPI sobre la propiedad intelectual, reconociendo al mismo tiempo que esos trabajos se refieren únicamente aun aspecto de la protección de la cultura tradicional y popular y que es urgente adoptar medidas específicas para salvaguardarla;

b) en lo que se refiere a los demás derechos implicados:

i) protegiesen a los informadores en su calidad de portadores de la tradición (protección de la vida privada y del carácter confidencial);

ii) protegiesen los intereses de los compiladores velando por que los materiales recogidos sean conservados en archivos, en buen estado y en forma racional;

iii) adoptasen las medidas necesarias para proteger los materiales recogidos contra su utilización abusiva, intencional o no;

iv) reconociesen a los servicios de archivo la responsabilidad de velar por la utilización de los materiales recogidos.

Es muy importante comentar este artículo porque conforme a lo que estipula el inciso a), vemos como se vincula tanto los valores de la cultura tradicional y popular con las acciones de la creación humana, vinculo que es prácticamente inherente. También resalta el auxilio que se genera entre instituciones, siendo la OMPI y la UNESCO, para brindar la mayor protección jurídica. Para este primer inciso, lo que se protege como tal, es el producto de aquellas creaciones, pero como ya hemos mencionado, dicha protección no es suficiente. Entonces, la tarea pendiente es lo que se establece en el siguiente inciso, que analizamos a continuación.

Así pues, en el inciso b) establece otros derechos que también se deben defender con relación a la cultura tradicional y popular, estas prerrogativas refieren más al sentido de preservación de las personas portadoras de la tradición. Es decir, se debe prestar atención tanto al producto como al proceso creativo que le da origen y a su vez que las personas que lo realizan tengan las condiciones necesarias para llevarlo a cabo conforme a su propia cultura.

Con esto cerramos el análisis de esta recomendación que aporta elementos muy destacables para la investigación aunado a ello es la primera en mencionar de forma directa la protección de las expresiones intangibles.

f. Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural:

El próximo instrumento materia de análisis es la *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, emitido por la organización que se encuentra en su nombre el 2 de noviembre de 2001, siendo el primer documento normativo de la década de los 2000 en tocar estos temas.

Esta declaración considera a la cultura como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias. Destaca que es una definición que a manera general incluye tanto tangibles como intangibles, fenómeno que se comienza a ver dentro de estos documentos.

Se trata de una declaración pequeña pues tan solo contiene 12 artículos, pero todos ellos cargados de contenido que merecen ser comentados. Para fines de la presente investigación, analizamos los siguientes.

Para comenzar el artículo 1 nos señala a la diversidad cultural como un patrimonio común de la humanidad, esto se debe a las diversas formas que la cultura adquiere a través del tiempo y el espacio, y que cumplen con una función de identidad de los grupos y sociedades.

El artículo 2 toca el tema del pluralismo cultural, debido a que nuestras sociedades son cada vez más diversificadas, pensamiento que se entiende por hablar de una década más reciente. Entonces, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y de voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas. Esto en correlación con el artículo 6, que no habla de procurar que todas las culturas puedan expresarse y darse a conocer, por lo tanto, la diversidad cultural debe ser accesible para todos.

El artículo 7 es uno de los más importantes, por ello, reproducimos su contenido en seguida:

Toda creación tiene sus orígenes en las tradiciones culturales, pero se desarrolla plenamente en contacto con otras culturas. Ésta es la razón por la cual el patrimonio, en todas sus formas, debe ser preservado, realzado y transmitido a las generaciones futuras como testimonio de la experiencia y de las aspiraciones humanas, a fin de nutrir la creatividad en toda su diversidad e inspirar un verdadero diálogo entre las culturas.

Nos refiere precisamente a que la fuente del patrimonio cultural es la creatividad de las personas, por ello, debe ser preservado y hacerlo llegar a las futuras generaciones. Para lograr tal cometido propone dos postulados. El primero aparece en el artículo 8 que refiere a los bienes y servicios culturales para que se dé una justa consideración a los autores, por ser portadores de la identidad, valores y el sentido, entonces sus creaciones serán consideradas en un estrato superior más allá de mercancías o bienes de consumo.

El segundo, se encuentra en el artículo 9 por el que se establece que con base a las políticas culturales se deben crear las condiciones propicias para la producción y difusión de bienes culturales, además del auxilio de las empresas culturales para lograr ese cometido logrando un desarrollo local y mundial.

Observamos que estos últimos postulados reafirman nuestro punto, en el sentido de que no es suficiente un reconocimiento a los autores, sino que además se deben prestar las condiciones para el idóneo desarrollo que fomente los procesos de creación como expresión intangible. Inclusive, que los bienes generados a partir de dicho proceso creativo contienen una carga simbólica superior que los lleva a categorizarse no como bienes del mercado común sino como bienes o servicios culturales.

g. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial:

Continuamos nuestro proceso de análisis con la *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* expedido por la UNESCO en París el 17 de octubre de 2003, ya estamos hablando de fechas más recientes y vemos como se ha adaptado la creación de nuevos instrumentos jurídicos. Este en particular, denota la importancia que tiene el

patrimonio cultural inmaterial como generador de la diversidad cultural y garante del desarrollo sostenible.

Asimismo, reconoce una interdependencia existente entre el patrimonio cultural inmaterial y material como también que todavía no se dispone de un instrumento multilateral de carácter vinculante destinado a salvaguardar este patrimonio. Si bien, los instrumentos anteriores daban vestigios o tocaban el tema superficial o particularmente, no estaban creados alrededor de él como objetivo principal. Por este motivo es que toma relevancia esta convención.

Ahora bien, se establecen las finalidades de su creación desde el artículo 1, siendo las siguientes:

- a) la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial;*
- b) el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate;*
- c) la sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco;*
- d) la cooperación y asistencia internacionales.*

De forma resumida vemos que son 4 las directrices que se deben tener en cuenta la salvaguardia, el respeto, la sensibilización y la cooperación internacional, dichos tópicos han sido mencionados a lo largo de los anteriores cuerpos normativos, pero es la primera vez que su utilización se enfoca únicamente al patrimonio cultural inmaterial.

Entonces, esta convención tan particularizada ¿Qué es lo que entiende por patrimonio cultural inmaterial? La definición la proporciona en el artículo 2, numeral 1 que también vamos a reproducir:

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

respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

Se aprecia una definición más completa de lo que es el patrimonio cultural inmaterial teniendo en cuenta la creación de los intangibles y a su vez su característica de ser transmitido de generación en generación. Esto genera una puesta en valor dada su interacción con la naturaleza y la historia, volvemos a las cargas simbólicas que en este caso representan el sentimiento de identidad por las personas o grupos que le dan origen, la diversidad cultural por la variedad de manifestaciones que existen, la creatividad humana como motor que incentiva el ingenio y la invención y la memoria para seguir reproduciendo este patrimonio con sus significados.

Para los efectos de entender los ámbitos en los que se manifiesta este patrimonio, el numeral 2 del mismo artículo establece los siguientes que resumimos:

- a) Tradiciones y expresiones orales.
- b) Artes del espectáculo.
- c) Usos sociales, rituales y actos festivos.
- d) Conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo.
- e) Técnicas artesanales tradicionales.

Estos ámbitos nos parecen efectivos, inclusive que funcionan como generalidad pues abarcan muchas opciones que pueden encajar en los supuestos. También es correcto el cómo se privilegia la acción humana y no el producto de ella, pues si bien, todos estos ámbitos tendrían soportes materiales como los vestuarios, parafernalia e indumentaria en los incisos a), b) y c) o los objetos que se deriven de su ejecución en los incisos d) y e) esta convención se enfoca al proceso de creación, a lo que no se puede tocar de forma material, siendo un gran acierto a su favor.

Ahora, el título de este documento incluye la palabra salvaguardia, misma que hemos encontrado repetida en otros instrumentos, pero la diferencia es que conforme a esta convención lo que se entiende por salvaguardia, lo encontramos igualmente en el artículo 2 numeral 3, que dice lo siguiente:

3. Se entiende por “salvaguardia” las medidas encaminadas a garantizar la viabilidad del patrimonio cultural inmaterial, comprendidas la identificación, documentación, investigación, preservación, protección, promoción, valorización, transmisión -básicamente a través de la enseñanza formal y no formal- y revitalización de este patrimonio en sus distintos aspectos

Un punto vital por destacar es que en la definición aportada vemos como la labor de salvaguardia ya no viene enfocada solo a un ente proveniente del estado, sino que de forma implícita también se hace referencia a que dicha tarea será compartida por la sociedad. Por ejemplo, al mencionarse la función de la educación o bien la revitalización del patrimonio que lleva a procesos de revalorización, es como si el estado se debiera encargar de colocar los cimiento en estos temas para que la sociedad coseche el conocimiento y la lleve a un perfeccionamiento en la materia.

Siendo así ¿Cuáles serán esas medidas de salvaguardia? La primera se establece conforme al artículo 12 y es la creación de inventarios de identificación, sin embargo, este punto lo tocaremos de forma detallada más adelante debido a su relación con otros artículos.

Entonces las medidas de salvaguardia que propone, las encontramos contenidas en el artículo 13, las plasmamos de la siguiente manera:

- a) Adoptar una política general encaminada a realzar el patrimonio cultural inmaterial en la sociedad.
- b) Designar o crear organismos competentes para la salvaguardia.
- c) Fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos, así como metodologías e investigación para la salvaguardia.
- d) Adoptar las medidas de orden jurídicos, técnico, administrativo y financiero adecuadas para:
 - i. La creación o el fortalecimiento de instituciones de formación en gestión del patrimonio cultural inmaterial.
 - ii. Garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial.
 - iii. Crear instituciones de documentación y facilitar el acceso.

Estas medidas, aunque en apariencia parecen tareas estatales, cumplen con una función de desarrollo social muy pertinente. Su correcta ejecución haría que dentro de la población se comience a tener conocimiento sobre este tema y su importancia.

Otra de las medidas muy importantes para esta convención, la establece en el artículo 14 y es lo relacionado con la educación y la sensibilización de la sociedad, para ello vale la pena reproducir la propuesta:

- a) asegurar el reconocimiento, el respeto y la valorización del patrimonio cultural inmaterial en la sociedad, en particular mediante:
 - i) programas educativos, de sensibilización y de difusión de información dirigidos al público, y en especial a los jóvenes;
 - ii) programas educativos y de formación específicos en las comunidades y grupos interesados;
 - iii) actividades de fortalecimiento de capacidades en materia de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, y especialmente de gestión y de investigación científica; y
 - iv) medios no formales de transmisión del saber;
- b) mantener al público informado de las amenazas que pesan sobre ese patrimonio y de las actividades realizadas en cumplimiento de la presente Convención;
- c) promover la educación sobre la protección de espacios naturales y lugares importantes para la memoria colectiva, cuya existencia es indispensable para que el patrimonio cultural inmaterial pueda expresarse.

Comentamos de esto que la educación es un factor de suma importancia pues es la vía oficial donde se transmite el conocimiento, asegurar por este medio el respeto y la valorización del patrimonio cultural inmaterial es una clave para asegurar su preservación. Dicha transmisión se debe dar por medio de los programas educativos como mencionan los incisos i) y ii) del inciso a) pero resalta más el inciso iv) donde se plasman los medios no formales, esto quiere decir que la tarea debe estar latente en todos los ámbitos, claro está que cuando se lleva a la práctica es complicado, pero considerarlo desde la normativa son los primeros pasos.

Otra medida, es la que se plasma en el artículo 15 y trata de la participación con las comunidades, grupos e individuos que crean, mantienen y transmiten ese patrimonio. A fin de cuentas, ellos son los portadores de la tradición y se necesita trabajar a la par para lograr su preservación, es necesario crear vínculos de comunicación efectivo entre ambos sectores.

Además, un vínculo con la sociedad que no es propiamente portadora de ese patrimonio, pero sí consumidora para que la valorización se extienda.

En este punto retomamos la medida que establece el artículo 12 con relación a los inventarios, es que una vez realizada esta tarea de identificación nos servirá de antecedente para las dos últimas medidas que comentaremos. La primera de ellas, la encontramos en el artículo 16, donde se señala la tarea de crear la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad, en ella, se debe tomar en cuenta la importancia y la pertinencia de las manifestaciones que se encuentren al interior de los territorios para que se comience una función de clasificación y registro.

La segunda se encuentra plasmada en el artículo 17 pero está relacionada con la anterior. Se trata de que una vez hechos los inventarios y creada la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad, se deben seleccionar dentro de ella, aquellas manifestaciones o expresiones que se encuentren en mayor riesgo de perderse, para así crear la Lista del Patrimonio Cultural Inmaterial que Requiere Medidas Urgentes de Salvaguardia, esto para generar una intervención rápida que procure su rescate.

Vemos como esta convención es muy concreta y completa al mencionar como se debe tratar con el patrimonio cultural inmaterial, es un gran avance para los fines de nuestra investigación ya que aporte los puntos cúspide en el sentido de la protección. En apariencia podríamos cerrar el apartado de instrumentos internacionales con este cuerpo normativo, pero aún queda uno por analizar.

h. Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales:

El último de los textos por analizar es la *Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, de nueva cuenta emitida por la UNESCO en París el 21 de octubre de 2005. Se trata de un instrumento que constituye una llamada para valorar y preservar el patrimonio común en provecho de todos.

Parte del reconocimiento de que la cultura adquiere diversas formas a través del espacio y el tiempo, y que esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de

las identidades y expresiones culturales de los pueblos. Los conocimientos tradicionales son una fuente amplísima de riqueza tanto material como inmaterial, por tal motivo, es necesario adoptar las medidas para proteger su diversidad especialmente ante los casos que pueden correr peligro de extinción.

Un punto que sobresale de esta convención es la especial atención que da a los derechos de propiedad intelectual para sostener a quienes participan en la creatividad cultural, puesto que, al producir estos bienes y servicios o actividades, se accionan los factores culturales y económicos, en su función de portadores de identidades, valores y significados, por ello, como mencionamos anteriormente su valor va más allá del comercial.

Los objetivos de esta convención se encuentran en el artículo 1, a manera resumida son los siguientes:

- a) Proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales.
- b) Crear las condiciones para que las culturas puedan prosperar.
- c) Fomentar el dialogo entre las culturas a fin de garantizar intercambios.
- d) Fomentar la interculturalidad.
- e) Promover el respeto de la diversidad de las expresiones culturales.
- f) Reafirmar la importancia del vínculo existente entre cultura y desarrollo.
- g) Reconocer la índole específica de las actividades y los bienes y servicios culturales.
- h) Adoptar y aplicar las políticas y medidas necesarias para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales.
- i) Fortalecer la cooperación y solidaridad internacionales.

Estos objetivos son muy completos y aunque parecieran muy similares a la anterior convención, en esta ocasión no se enfocan necesariamente en expresiones tradicionales, esto influye en el hecho de que la constante creación de intangibles puede también darse en el presente. Vemos como se enfocan todas las características ya enunciadas, como el promover el incentivo creador, el respeto necesario para que se sigan creando, las políticas públicas como el accionar estatal, entre otras.

Esta convención, conforme a su artículo 2, se rige bajo los siguientes principios rectores, los cuales únicamente mencionaremos:

1. Principio de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales.
2. Principio de soberanía.
3. Principio de igualdad de dignidad y respeto de todas las culturas.
4. Principio de solidaridad y cooperación internacionales.
5. Principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo.
6. Principio de desarrollo sostenible.
7. Principio de acceso equitativo.
8. Principio de apertura y equilibrio.

Aunque no se niega la importancia de todos ellos, para fines de la presente investigación y para el punto en el que nos encontramos, destacamos el 5 pues nos habla de ese vínculo en los factores, que no es suficiente que se tengan las condiciones propicias para el desarrollo cultural si no se tienen las económicas para sacar el mayor provecho de ello. Estamos hablando en cierta medida de la recompensa que debe tener el proceso creativo. El otro principio es el 6, toda vez que la protección, la promoción y el mantenimiento de la diversidad cultural son una condición esencial para un desarrollo sostenible en beneficio de las generaciones futuras y actuales.

A nuestro criterio uno de los artículos más importantes de esta convención es el 4, pues se encuentra cargado de contenido ya que contiene 8 numerales. Todos ellos son definiciones, para los fines de nuestro trabajo vamos a reproducir las siguientes:

1. Diversidad cultural: La “diversidad cultural” se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades.

2. Contenido cultural: El “contenido cultural” se refiere al sentido simbólico, la dimensión artística y los valores culturales que emanan de las identidades culturales o las expresan.

3. Expresiones culturales Las “expresiones culturales” son las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural.

6. Políticas y medidas culturales: Las “políticas y medidas culturales” se refieren a las políticas y medidas relativas a la cultura, ya sean éstas locales, nacionales, regionales o internacionales, que están centradas en la cultura como tal, o cuya finalidad es ejercer un efecto directo en las expresiones culturales de las personas, grupos o sociedades, en particular la creación, producción, difusión y distribución de las actividades y los bienes y servicios culturales y el acceso a ellos.

7. Protección: La “protección” significa la adopción de medidas encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales. “Proteger” significa adoptar tales medidas.

Escogimos estos conceptos ya que expresan las necesidades de esta convención, la diversidad ejemplifica toda esa variedad existente en las expresiones, el contenido a la carga simbólica que contienen, las expresiones son la representación de los intangibles y la actividad creadora, las políticas es esa labor gubernamental de acción y finalmente la protección, nuestro objeto de estudio, tiene una guía encaminada a la salvaguardia y enriquecimiento. Esas dos palabras deben ser las directrices que toda protección debe permear, por un lado, la salvaguardia que asegure su preservación y evite su extinción, y el enriquecimiento que propicie que se valore la diversidad y fomente la actividad creadora.

Dos de las tareas fundamentales para este cuerpo normativo son la promoción y la protección. Lo que respecta a las medidas para la promoción las encontramos en el artículo 7, que en su inciso a) establece que se deberá incitar a las personas a crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y en su inciso b) se fija el tener acceso a dichas manifestaciones y a las de los otros. Básicamente estas medidas refieren el hecho de una libre circulación de las expresiones culturales con los medios adecuados para ello.

Lo tocante a las medidas para proteger las expresiones culturales, lo encontramos en el artículo 8 numerales 1 y 2, los cuales de forma resumida refieren que se deberán adoptar cuantas medidas se consideren necesarias para protegerlas y preservarlas más aún cuando se presenten condiciones que las pongan en riesgo de extinción o son objeto de una grave amenaza.

Para cumplir lo que estipulan tales medidas, la convención señala que se deben llevar a cabo las siguientes acciones, más que nada se trata de propuestas, por ello, realizamos el

siguiente cuadro esquemático colocando cual es dicha propuesta, el artículo en que se encuentra y una breve explicación:

Artículo	Propuesta	Explicación
9	Intercambio de información y transparencia	Refiere a proporcionar la información apropiada acerca de las medidas implementadas
10	Educación y sensibilización al público	Propiciar y promover la importancia que tienen la diversidad de expresiones culturales y alentar la creatividad para fortalecer las capacidades de ellas mediante el sistema educativo.
11	Participación de la sociedad civil	Reconocer el papel fundamental de la sociedad civil y alentar su promoción entre ella además de general vínculos.
12	Promoción de la cooperación internacional	Fortalecer la cooperación bilateral para crear políticas públicas, capacidades estratégicas, asociaciones y el uso de nuevas tecnologías para fomentar y proteger la diversidad cultural.
13	Integración de la cultura para el desarrollo	Inmiscuir a la cultura en todos los niveles a fin de crear condiciones propicias para el desarrollo sostenible.

(Fuente: Elaboración propia con base en la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.)

Como vemos, son vastas las tareas que se están o deben estar realizando para una protección de las diversidades culturales, este último instrumento nos da las bases para entender como se observa en el plano internacional la protección de los intangibles, a lo largo de este recorrido normativo hemos visto una evolución y adaptación de nuestro concepto. Desde ser dejado de lado, nombrarse implícitamente, nombrarse explícitamente y hasta llegar a generarse convenciones propias, llegar a ello nos da muestra de que su importancia ha ido creciendo.

Ahora bien, con esto cerramos el apartado de análisis del plano internacional lo que nos lleva a comenzar con el plano nacional.

III. Instrumentos Nacionales.

Es momento de pasar a nuestro país para entender de qué forma se ve reflejado el plano internacional. De cierta forma no existen tantos documentos propios debido a que, por un lado, los convenios internacionales suscritos por México hacen las veces de ley en nuestro territorio y se encuentran a nivel constitucional, por otro lado, los pocos instrumentos que existen para nuestro tema de investigación tienen muchos aciertos.

a. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Antes de entrar con las leyes, necesitamos revisar nuestra Carta Magna, ya que derivado de las prerrogativas que de ella emanan es que se generan las leyes federales. Entonces, lo relativo a la cultura lo encontramos en el artículo 4 párrafo 12, cuyo contenido se reproduce a continuación:

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. 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 participación a cualquier manifestación cultural.

Vemos como desde la constitución se emana un derecho a la cultura y a los derechos culturales, es importante señalar que se prevé que sea en todas sus manifestaciones y expresiones, con relación a nuestro tema eso incluye a los intangibles. De igual forma, se menciona lo concerniente al proceso creativo en este caso como libertad creativa, con estas dos frases se abarcan nuestros objetivos principales siendo por un lado el proceso de creación y el producto de tal proceso.

No obstante, la constitución enuncia el derecho a la cultura de una forma general. Para poder conocer como dicha prerrogativa tiene un desenvolvimiento, al menos en cuanto alcance positivo, debemos entrar a las leyes en específico, sobre todo las que hablen con relaciones al patrimonio cultural inmaterial.

b. Ley Federal del Derecho de Autor:

La primera ley con la que trabajaremos es la *Ley Federal del Derecho de Autor*, la cual fue expedida el 24 de diciembre de 1996 y su última reforma la tuvo el 1 de julio de 2020, es importante señalar este dato dado a que dicha reforma fue enfocada a nuestro tema. El objeto de esta ley es la salvaguarda y la promoción del acervo cultural de la nación, brindando una protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes.

El título VII de la legislación en comento, de nombre *De los Derechos de Autor sobre los Símbolos Patrios y de las expresiones de las Culturas Populares*, en su capítulo III es donde contiene lo respectivo a las expresiones de las culturas populares y las culturas tradicionales. Por ello, comenzaremos a comentar a partir de ese capítulo, ya que fue precisamente en él donde se implementó la reforma antes mencionada.

La forma en la que esta ley protege este tipo de expresiones se establece en el artículo 157, el cual reproducimos a continuación:

Artículo 157.- La presente Ley protege las obras literarias, artísticas, de arte popular y artesanal, primigenias, colectivas y derivadas de las culturas populares o de las expresiones de las culturas tradicionales, de la composición pluricultural que conforman al Estado Mexicano, en las que se manifiestan elementos de la cultura e identidad de los pueblos y comunidades a que se refiere el artículo 2o. Constitucional, a quienes esta Ley reconoce la titularidad de los derechos.

Si bien refiere a varios tipos de obras, lo importante es que refiere que pueden ser colectivas y derivadas de las expresiones de las culturas tradicionales, muchas veces tales expresiones más que de pertenecer a una persona identificada han sido utilizadas a lo largo del tiempo de forma indistinta por una comunidad, tanto así que se sienten identificados con ellas.

El uso extendido de esta clase expresiones debe ser protegido, es que muchas veces las expresiones tradicionales se usan sin permiso o consentimiento de las comunidades a las que pertenecen, por lo cual el artículo 158 establece lo siguiente:

Artículo 158.- Las obras a las que se refiere el artículo anterior, estarán protegidas por la presente Ley contra su explotación sin la autorización por escrito del pueblo o comunidad titular

y contra su deformación, hecha con objeto de causar demérito a la misma o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o pueblo al cual pertenece.

Es que precisamente el abuso desmedido sobre este tipo de obras puede causar una deformación de su origen, se debe entender que, en el caso de los intangibles como danzas o rituales, su ejecución va en un plano de respeto más allá que el del simple espectáculo. Para las comunidades a las que pertenecen estas manifestaciones, el llevar a cabo una ejecución conlleva expresar una parte de su identidad y de su origen, sacarlas de este entorno sin su consentimiento es una falta de respeto a su cosmovisión.

Por lo cual, cuando se pretenda utilizar alguna de estas obras o expresiones, se debe atender lo que menciona el artículo 160, el cual dice:

Artículo 160.- En toda fijación, representación, publicación, comunicación, utilización en cualquier forma o puesta a disposición con fines de lucro; de una obra literaria y artística, de arte popular y artesanal o de las expresiones culturales tradicionales, cuando exista duda de la comunidad o pueblo a quien deba solicitarse la autorización escrita para uso o explotación, la parte interesada solicitará a la Secretaría de Cultura una consulta para identificar al titular. La consulta deberá ser realizada con el acompañamiento del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, en su calidad de órgano técnico.

Una vez identificada la comunidad a la que corresponda la expresión de que se trate, la Secretaría de Cultura le notificará al interesado para efecto del trámite de la autorización correspondiente. En caso de no haber titular identificado, la propia Secretaría de Cultura, con opinión técnica de la autoridad correspondiente, podrá autorizar la solicitud.

Lo cual quiere decir que estas expresiones sí pueden explotarse, pero con la debida autorización de los portadores de la tradición. Aquí vemos ejemplificado para que sería necesario llevar una labor de identificación con la cual se pueda ubicar con certeza los pueblos de donde emanan las manifestaciones tradicionales.

Esta ley es un primer acercamiento a nuestro cuerpo normativo nacional, la *Ley Federal del Derecho de Autor* es una norma encaminada a los creadores más que nada. También debemos enfocarnos a los derechos culturales, por ello pasamos a la siguiente ley nacional.

c. Ley General de Cultura y Derechos Culturales:

La siguiente ley que analizaremos es la *Ley General de Cultura y Derechos Culturales*, misma que fue expedida el 19 de junio de 2017, con el objetivo de promover y proteger estas prerrogativas, así como incentivar el acceso a los bienes y servicios culturales.

El objeto de la ley se encuentra señalado en el artículo 2 dividido en varias fracciones, para nuestra investigación es importante resaltar las siguientes:

I. Reconocer los derechos culturales de las personas que habitan el territorio de los Estados Unidos Mexicanos;

II. Establecer los mecanismos de acceso y participación de las personas y comunidades a las manifestaciones culturales;

III. Promover y respetar la continuidad y el conocimiento de la cultura del país en todas sus manifestaciones y expresiones;

IV. Garantizar el disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en materia cultural;

V. Promover, respetar, proteger y asegurar el ejercicio de los derechos culturales;

Escogimos estas fracciones ya que representan de mejor manera la forma en que se desenvolverá esta ley, en especial la II y la V, pues nos hablan de un acceso a las manifestaciones particulares y a su vez de su protección. Si bien este artículo marca directrices de acción también debemos saber cuál es el concepto que se pretende proteger.

Para ello, esta ley señala lo que son las manifestaciones culturales en el artículo 3, dando el siguiente concepto:

Artículo 3.- Las manifestaciones culturales a que se refiere esta Ley son los elementos materiales e inmateriales pretéritos y actuales, inherentes a la historia, arte, tradiciones, prácticas y conocimientos que identifican a grupos, pueblos y comunidades que integran la nación, elementos que las personas, de manera individual o colectiva, reconocen como propios por el valor y significado que les aporta en términos de su identidad, formación, integridad y dignidad cultural, y a las que tienen el pleno derecho de acceder, participar, practicar y disfrutar de manera activa y creativa.

Este concepto es completo pues señala claramente que las manifestaciones se dividen en elementos materiales e inmateriales, de igual forma es adecuada la temporalidad que

marca de pretéritos y actuales. Su mayor acierto es el factor de identificación que señala pues para considerarse manifestaciones de este tipo deben cumplir con las características de valor y significado para los pueblos que los reproducen, así como en sus líneas finales donde se incita el acceso a ellas y se fomenta la función creativa.

Pero ¿De qué forma se cumplirá el objeto de esta ley? Conforme a lo que dice el artículo 4 se debe generar una política nacional en materia de cultura. Esta política contendrá según el artículo 5, las acciones de promoción en la cooperación con los participantes, el desarrollo y la difusión de las culturas de los pueblos indígenas y el establecimiento de vinculaciones con el sector educativo, turístico, económico, entra otros. Observamos cómo se vinculan diversos sectores con relación al desarrollo cultural, ya que las manifestaciones culturales y su preservación, además de ser patrimonio vivo, son un beneficio para todos de ahí su importancia.

La política cultural en México se guiará por los siguientes principios, todos ellos, señalados en el artículo 7 y sus fracciones, que estipulan:

Artículo 7.- La política cultural del Estado mexicano, a través de sus órdenes de gobierno, atenderá a los siguientes principios:

- I. Respeto a la libertad creativa y a las manifestaciones culturales;*
- II. Igualdad de las culturas;*
- III. Reconocimiento de la diversidad cultural del país;*
- IV. Reconocimiento de la identidad y dignidad de las personas;*
- V. Libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas y sus comunidades; y*
- VI. Igualdad de género.*

Todos estos principios representan su debida importancia, pero para la presente investigación es importante comentar el III. Esta fracción, resalta que no solo existe un tipo de manifestaciones, sino que existen varios tipos y debe marcarse una diferenciación entre ellos. En nuestro territorio la diversidad de manifestaciones es muy vasta, entender que no todas pueden encuadrarse de la misma manera, es un aliciente para crear sistemas de protección especializados como es el caso de las manifestaciones intangibles.

Con relación a las personas, en México todos sus habitantes tienen derechos culturales. Para efectos de esta ley se reconocen diez, establecidos estos en el artículo 11. Cada uno de

estos derechos significa un caso de estudio propio, para fines del presente trabajo daremos un análisis de la fracción II, la cual se reproduce:

II. Procurar el acceso al conocimiento y a la información del patrimonio material e inmaterial de las culturas que se han desarrollado y desarrollan en el territorio nacional y de la cultura de otras comunidades, pueblos y naciones;

Como ya mencionamos, esa diferenciación entre los tipos patrimonio es una acción que debe ser preponderante. Por el texto de esta fracción se podría pensar que se está repitiendo lo relativo al acceso, no obstante, se refiere al acceso al conocimiento y a la información esto es un proceso educativo que desde la ley se enmarca. Se trata de una tarea en conjunto, por una parte, el estado como buen compilador deberá tener la información más acertada y la sociedad acercarse a ella para conocer y saber los tipos de patrimonio que existen en nuestro territorio. Acciones de este tipo llevan a revalorizar las expresiones culturales y a sensibilizar al público, un conocimiento y acercamiento efectivo genera respeto y con ello asegura su salvaguardia.

Para garantizar este y los demás derechos culturales, se deben promover varios aspectos, los cuales se enmarcan en el artículo 12, para ejemplificarlo de la mejor manera realizamos un resumen de su contenido en el siguiente cuadro esquemático:

Artículo 12.	
Fracción:	Contenido:
I	La cohesión social, la paz y la convivencia armónica de sus habitantes.
II	El acceso libre a las bibliotecas.
III	La lectura y la divulgación de la cultura.
IV	La celebración de convenios con instituciones privadas.
V	Realización de eventos artísticos y culturales gratuitos.
VI	El fomento de las expresiones y creaciones artísticas y culturales.
VII	La promoción de la cultura nacional en el extranjero
VIII	El aprovechamiento de la infraestructura cultural.
IX	La educación, formación de audiencias y la investigación cultural y artística
X	El acceso universal a la cultura.
XI	La inclusión de las personas y grupos.

(Fuente: Elaboración propia con base en la Ley General de Cultura y Derechos Culturales.)

Todos estos aspectos simbolizan una gran tarea para el estado mexicano si pretende generar un desarrollo cultural efectivo, no se puede prescindir de ninguno por el contrario se podrían aumentar para incluir algún centro de formación de gestores o especialistas culturales. No obstante, es un buen arranque que en la normativa ya se encuentren tales especificaciones, si bien estos aspectos aparecen de forma general y pueden aplicar para cualquier tipo de patrimonio, su contenido se complementa en los artículos 15 y 16.

Estos dos últimos artículos que mencionaremos son de los más atinados a nuestro tema ya que ese trabajo de diferenciación y especificación se ve alcanzado en su contenido. Para ello los reproduciremos de manera continua:

Artículo 15.- La Federación, las entidades federativas, los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México, en el ámbito de su competencia, desarrollarán acciones para investigar, conservar, proteger, fomentar, formar, enriquecer y difundir el patrimonio cultural inmaterial, favoreciendo la dignificación y respeto de las manifestaciones de las culturas originarias, mediante su investigación, difusión, estudio y conocimiento.

Artículo 16.- Las entidades federativas, en el ámbito de su competencia, podrán regular el resguardo del patrimonio cultural inmaterial e incentivar la participación de las organizaciones de la sociedad civil y pueblos originarios.

Los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México promoverán, en el ámbito de sus atribuciones, acciones para salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial.

En ellos se ve claramente que el designio está destinado a los inmateriales, es decir, que además de los aspectos enunciados anteriormente es necesario elaborar acciones propias para este tipo de patrimonio. Semejante encargo se señala en estos dos artículos, en lo que indica sobre favorecer la dignificación y el respeto son dos de los factores necesarios para protegerlos, nuevamente se da una tarea que atañe a todos los sectores.

Con este comentario, terminamos con esta ley, pero aún queda un instrumento nacional por analizar.

d. Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas:

La Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas será la última que analizaremos en el plano nacional, como su nombre bien indica es una norma que emana de la necesidad de creación y dirección de un instituto. Es el cuerpo normativo más reciente con el que trabajaremos pues fue expedido el 4 de diciembre de 2018.

La calidad del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas dentro del territorio es que será un organismo descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y lo más importante autonomía según lo que indica el artículo 1 de esta ley.

Lo que significa que este instituto tendrá muchas funciones, las cuales se establecen en el artículo 4, sin embargo, para efectos de nuestro tema hay una con la que trabajaremos en específico, se trata de la fracción XXXVIII, la cual plasmamos a continuación:

XXXVIII. Promover y adoptar las medidas, en conjunto con los pueblos indígenas y afromexicano, para la preservación, protección, revitalización y transmisión a las futuras generaciones de su patrimonio cultural, material e inmaterial; sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales, así como, todos los elementos que constituyen la cultura e identidad de dichos pueblos;

La señalamos y guardamos este comentario para este momento porque las labores de protección se realizan desde diversos ámbitos incluido el institucional. En lo que respecta la Ley Federal del Derecho autor encontramos al Institucional del Derecho que será el encargado de hacerla valer, lo que respecta la Ley General de Cultura y Derechos Culturales se llevará a cabo por medio de la Secretaría de Cultura, en ambos casos su función con relación a los intangibles se marca dentro de su cuerpo normativo y guía de su actuar. Finalmente, el Instituto Nacional de los Pueblo Indígenas tiene esta obligación que se genera directamente de sus atribuciones a diferencia de las otras instituciones.

Si bien, es corto el comentario de esta última ley no le resta importancia pues señala la existencia de un instituto para cumplir con el desarrollo cultural. Sin embargo, la labor de

coadyuvancia siempre va más allá y no se termina en las instancias federales, por ello, es momento de tratar con lo que el Estado de Guanajuato tiene que aportar.

IV. Instrumentos Estatales.

El estado de Guanajuato también tiene una contribución en cuanto a la protección del patrimonio cultural inmaterial, es que como lo vimos a lo largo de las leyes federales, muchas veces los objetivos o tareas tenían una competencia compartida o designada a los estados. Por ello, la necesidad de crear leyes propias en la materia, para el caso de Guanajuato trabajaremos con 2 leyes con aplicación estatal. Comentamos que no dejaremos de lado lo que compete a los municipios, pero ese tema lo trataremos más adelante.

a. Ley del Patrimonio Cultural del Estado de Guanajuato:

La primera de las leyes que analizaremos es la *Ley del Patrimonio Cultural del Estado de Guanajuato*, la cual fue publicada el 1 de agosto de 2006 y tuvo su última reforma el 7 de junio de 2013.

El objeto de esta ley viene señalado en las fracciones del artículo 1, las cuales se reproducen en seguida:

- I. La protección, conservación y restauración del patrimonio cultural del Estado;*
- II. Generar las condiciones para la promoción, fortalecimiento, identificación y catalogación del patrimonio cultural del Estado; y*
- III. Establecer las bases para la investigación y difusión del patrimonio cultural del Estado.*

Vemos especificadas tres tareas principales, mismas que ya han sido mencionadas en las leyes federales. Primero, la parte de la protección, conservación y restauración que son tareas esenciales para la preservación, segundo, la identificación y catalogación para poder marcar la diferenciación y ubicación del patrimonio cultural en el estado y hacerlo más accesible al público, y al final, la investigación y difusión, una vez que se ha recopilado la información es necesario que todos tengan acceso a ella para que se genere el proceso de revalorización.

Se proporcionan varios conceptos, los cuales es importante reproducirlos para entender cómo entiende esta normativa nuestro tema. Los conceptos se encuentran en el artículo 3 en las siguientes fracciones:

IV. Patrimonio cultural del Estado: toda manifestación del quehacer humano y del medio natural que tenga para los habitantes del estado, por su valor y significado, relevancia histórica, artística, etnológica, tradicional, arquitectónica, urbana, científica, tecnológica, lingüística e intelectual;

V. Patrimonio cultural intangible: el conjunto de conocimientos y representaciones culturales, tradiciones, usos, costumbres, sistema de significados, formas de expresión simbólica y lingüística, que son la base conceptual y primigenia de las manifestaciones materiales de tradición popular de los distintos grupos culturales y étnicos de la población guanajuatense;

VII. Puesta en valor: la labor de concientizar a la población de la importancia que tienen los monumentos, espacios abiertos y zonas de patrimonio cultural urbano y arquitectónico, en la reconstrucción del conocimiento de su historia y en la integración de su identidad social.

Lo que más llama la atención de las definiciones aportadas es que no se queda con la división primaria dentro de patrimonio cultural del Estado, sino que aporta una definición propia al patrimonio cultural intangible, retoma todos esos factores que la hacen relevante como la expresión simbólica y originaria de la tradición popular. Colocamos también la definición de puesta en valor pues utiliza el verbo concientizar, básicamente en eso se basan los procesos de revalorización que ya hemos mencionado.

La diferenciación no se limita al concepto aportado, sino que el Capítulo IV entero se lo dedica al Patrimonio Cultural Intangible. El artículo 26 nos relata el ámbito de protección que recae sobre él, por ello, vamos a plasmar su contenido:

Artículo 26. El patrimonio cultural intangible del Estado de Guanajuato tiene como ámbito de protección el conjunto de conocimientos y representaciones culturales, tradiciones, usos, costumbres, sistema de significados, formas de expresión simbólica y lingüística, que con el paso del tiempo han adquirido relevante valor etnológico, antropológico, artístico o histórico, como integradores de una identidad cultural de las comunidades y grupos étnicos de la entidad, tales como los idiomas, lenguas y dialectos; fiestas, celebraciones, ceremonias y ritos; las ferias, la gastronomía e indumentaria; las expresiones artísticas; la memoria histórica y las tradiciones orales; las tecnologías y los conocimientos propios; las formas tradicionales de organización, las culturas populares y cualesquiera otra manifestación intangible de la identidad cultural.

Este artículo es el único que resalta un ámbito de protección totalmente focalizado al patrimonio cultural intangible, básicamente enumera todas las manifestaciones que pueden encuadrar dentro. Si bien, para ello también se necesita la previa tarea de identificación y catalogación, una vez realizada se podrán ubicar con claridad.

Entonces si esas son las manifestaciones sujetas a protección en el Estado, ¿Cuáles son los derechos de las personas respecto al patrimonio cultural intangible? La respuesta, se encuentra en el artículo 27, mismo que reproducimos a continuación:

I. Aprender, acrecentar, renovar, preservar, proteger, defender y transmitir los valores culturales de su comunidad;

II. Asociarse y colaborar en la vida cultural del Estado, de sus municipios y de sus comunidades; a disfrutar de las artes y a participar en el progreso científico y de los beneficios que de él resulten;

III. Expresar sus valores culturales de identidad, sin más limitación que la impuesta por las leyes;

IV. Colaborar con su comunidad en la recuperación, estudio, protección, conservación, aprovechamiento, difusión y promoción de los valores que den testimonio de la cultura del Estado y sus municipios y sean parte integrante de su identidad comunitaria; y

V. Asociarse para la protección, preservación y valoración de los bienes culturales intangibles que den testimonio de los valores integrantes de su identidad comunitaria.

Estos derechos son uno de los mayores avances en la especificación normativa del tema que estamos tratando, pues diferencia de forma directa que son aplicables únicamente en cuanto al patrimonio inmaterial. Si bien podrían parecer repetitivos el hecho de señalarlos es por la labor legislativa, tenemos que analizar el trasfondo de su creación puesto que se añade un catálogo de prerrogativas específicas e inherentes, suceso que no se había manifestado en ninguno de los anteriores instrumentos analizados a nivel nacional y a nivel internacional solamente en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

Pero si queremos hablar de derechos culturales es momento de pasar a la ley enfocada totalmente a ellos, y último instrumento a nivel estatal.

b. Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato:

A nivel estado la última de las leyes que analizaremos es la *Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato*, misma que fue expedida el 20 de abril de 2018 y se reformó el 22 de julio de 2020, si hablamos cronológicamente, este es el instrumento de más reciente creación con el que trabajaremos, su origen está destinado al fomento, promoción y protección de los derechos culturales.

Las finalidades de la presente ley, las encontramos en el artículo 2, como ya hemos hecho antes solamente colocaremos las que a nuestro criterio son aplicables con nuestro tema de investigación, siendo las siguientes fracciones:

V. Promover y respetar la continuidad y el conocimiento de la cultura del estado en todas sus manifestaciones y expresiones;

VI. Garantizar el disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en materia cultural;

En estas fracciones vemos la diversidad de las expresiones y manifestaciones culturales, el hecho de no cerrarse a un tipo y entender que tales bienes y servicios pueden ser diferenciados. En cuanto a su función como derechos, las acciones que señalan las fracciones son las pertinentes para su desarrollo, de igual forma debemos tener en cuenta los artículos que estamos comentando, son el apartado sustantivo de la ley, por ello, para llevar a cabo su funcionamiento es necesario el accionar del estado.

Este accionar lo hará a través de una política cultural, para entender a que nos referimos con esto el artículo 3 fracción VI, contiene la siguiente definición:

VI. Políticas culturales: Al conjunto de prácticas sociales, conscientes y deliberadas, de intervención y no intervención, que tienen por objeto satisfacer ciertas necesidades de la población y de la comunidad, mediante el empleo óptimo de todos los recursos materiales y humanos, de que dispone una sociedad en un momento determinado, que busca reconocer la identidad como Estado y como Nación.

En esta ocasión, la política cultural viene indicada como una labor conjunta. Nos encontramos ante un quehacer totalitario, no solo como parte de la actividad estatal sino como una repercusión en la población, se entiende que es una relación de causas y efectos, donde las guías de la política cultural van encaminadas a tener un asentamiento social.

Pero ¿Cómo se llevará a cabo esta política cultural? Las finalidades de la política cultural en el Estado de Guanajuato vienen señaladas en el artículo 5, de igual forma destacamos las más relevantes a nuestro tema, siendo las siguientes:

- III. Implementar estrategias y acciones que contemplen a las diferentes corrientes culturales;*
- V. Fomentar el respeto a los derechos de autor y a la propiedad intelectual;*
- VI. Preservar, promocionar, difundir e investigar la diversidad cultural local, regional y nacional, para mantener nuestra identidad y fortaleza como Estado y como Nación;*
- X. Crear los mecanismos que garanticen la conservación, investigación y difusión de la cultura local y de las manifestaciones culturales de los grupos indígenas en el Estado.*

Dentro de estas finalidades encontramos todas esas características que ya hemos mencionado como la diversidad en la fracción III, la recompensa al proceso creativo de las personas en la fracción V, la función de salvaguardia en la fracción VI y con relación a la última de las fracciones guardamos el comentario para más adelante.

Si bien estas y muchas otras son las finalidades de la política cultural, ¿Cuáles son los derechos culturales? Estos derechos vienen señalados en el artículo 7 y para efectos de nuestra investigación, resaltamos los siguientes:

- II. Procurar el acceso al conocimiento y a la información del patrimonio tangible e intangible de las culturas que se han desarrollado y desarrollan en el territorio nacional, en el Estado y de la cultura de otras comunidades, pueblos y naciones;*
- VI. Disfrutar de las manifestaciones culturales de su preferencia;*
- VIII. Disfrutar de la protección por parte del Estado de los intereses morales y patrimoniales que les correspondan por razón de sus derechos de propiedad intelectual, así como de las producciones artísticas, literarias o culturales de las que sean autores, de conformidad con la legislación aplicable en la materia; la obra plástica y escultórica de los creadores, estará protegida y reconocida exclusivamente en los términos de la Ley Federal del Derecho de Autor;*

En la primera de las fracciones aquí enunciadas nos establece la diversidad cultural y factor diferenciador entre tangibles e intangibles, con relación a la siguiente fracción es donde se apremia el acercamiento a las manifestaciones culturales para poder generar esa conciencia sobre ellas, finalmente la que más llamó nuestra atención es la fracción VIII pues en ella vemos esclarecida que una de las vías de protección para el patrimonio cultural será

la propiedad intelectual. Si bien, llama al auxilio de otras instituciones para garantizar este derecho, no lo deja de lado aquí vemos un punto de conexión muy importante entre la protección jurídica del patrimonio cultural intangible y la propiedad intelectual, pero esta discusión es materia de otro capítulo de esta investigación.

Para cerrar el análisis de esta ley, hacemos un comentario de la fracción X del artículo 5 con relación a los grupos indígenas, pues nos parece interesante que esta ley dedique un apartado completo a la cultura local e indígena, donde se fomente la investigación para conocer y difundir sus manifestaciones y expresiones.

Las acciones para llevar a cabo estos objetivos se encuentran en el artículo 37, aquí si reproducimos todas pues nos parecen muy completas, siendo las siguientes:

- I. Reconocer a los grupos indígenas, el derecho a la cultura y a sus manifestaciones;*
- II. Respetar sus costumbres, tradiciones y formas de vida;*
- III. Promover su desarrollo, con apego a su idiosincrasia;*
- IV. Procurar asistencia técnica y asesoría para el desarrollo de sus actividades culturales;*
- V. Estimular su inventiva artesanal y artística;*
- VI. Fomentar la promoción de artesanías y su industria;*
- VII. Promover muestras de la cultura indígena y local, a nivel internacional, nacional, estatal y municipal; y*
- VIII. Establecer reconocimientos y estímulos para personas y grupos que se hayan distinguido en la preservación, promoción, difusión e investigación de la cultura indígena y local.*

Estas acciones nos llevan a repensar las conexiones del patrimonio cultural inmaterial, recordemos que muchas de las expresiones que aquí se encuentran devienen de pueblos y comunidades indígenas. Es ese origen, por el cual traemos a colación este último tema pues la ley dedica un apartado a su fomento y desarrollo, como si de forma implícita reconociera esa valorativa y la incentivara, suceso que no se vio en ningún otro instrumento. Saber de dónde vienen las expresiones y manifestaciones, y desde tal epicentro seguirlas trabajando son acciones que no solo alientan a la promoción y al fomento sino también a la salvaguardia y a la preservación, estos factores en conjunto nos generan una protección más efectiva aún pues se tienen todos los vestigios necesarios para crear una sensibilidad con tanto con el público como con los portadores de la tradición.

Pues bien, con este comentario cerrados el plano estatal en Guanajuato aún hay trabajo por hacer, es claro que existen cuentas pendientes y la cultura siempre ha sido uno de los ramos más sacrificados para la administración pública y los gobiernos en general. Sin embargo, la sustancia normativa positiva que se tiene es un buen repertorio para seguir subiendo escalones en lo que a las formas idóneas de protección se refiere. Además de todo, vemos con el análisis de esta ley como nos encontramos ante un instrumento normativo más completo, que no supone, ni deja de lado nada por el contrario propone y hace inferencia sobre lo que se requiere y se necesita, puede ser por su temporalidad o bien porque se ha generado entre los legisladores una verdadera conciencia jurídica de la cultura y el cómo debe ser tratada.

V. Esbozo Municipal.

Para concluir este segundo capítulo, vamos a dar un esbozo de la legislación que se encuentra en los municipios de Guanajuato. No nos pareció prudente realizar un análisis de cada uno de los reglamentos que se encuentran cada ciudad debido a su extensión, en Guanajuato existen 46 municipios y revisar cada uno de ellos volvería este trabajo demasiado largo y se perdería el objetivo. Otro motivo, es que muchos de los reglamentos son muy similares ya que la forma en que se desarrolla la actividad cultural de los municipios es a través de las Casas de la Cultura o de los Institutos Municipales de Cultura, que son instituciones dedicadas a la creación, fomento y promoción de actividades artísticas y culturales de índole municipal.

Entonces la forma en la que trabajaremos este apartado será creando un cuadro esquemático, donde coloquemos a los municipios de Guanajuato, si cuenta con algún instituto encargado de la cultura, si esta tiene reglamento y si en dado caso existe algún artículo relacionado con los intangibles, nuestro esquema quedaría de la siguiente manera:

Municipio:	Institución:	Normativa:	Artículo relacionado:
Abasolo	Casa de la Cultura de Abasolo	Reglamento para la Casa de la Cultura de Abasolo, Gto.	5 fracción VI
Acámbaro	Instituto Municipal de Cultura de Acámbaro	Reglamento del Instituto Municipal de Cultura de Acámbaro, Gto.	3 fracciones III y X y 29 fracción II

Apaseo el Alto	Casa de la Cultura de Apaseo el Alto	Reglamento Municipal Sobre Monumentos Y Zonas Arqueológicas, Históricas, Así Como De Preservación y Fomento Del Patrimonio Cultural y de la Imagen de la Ciudad de Apaseo el Alto.	11
Apaseo el Grande	Casa de la Cultura Poeta Antonio Plaza	Reglamento Interno de la Casa de la Cultura Poeta Antonio Plaza	22 fracción IV
Atarjea	Casa de la Cultura Atarjea	Reglamento Interior del H. Ayuntamiento del Municipio de Atarjea, Guanajuato	Ninguno
Celaya	Instituto Municipal de Arte y Cultura de Celaya	Reglamento del Instituto Municipal de Arte y Cultura de Celaya, Gto.	3 fracción I, 4 fracción XVII y 26 fracción IV
Comonfort	Casa de la Cultura "Chamacuero"	Reglamento Interno Para la Prestación de los Servicios Municipales De La Coordinación De Casa De La Cultura "Chamacuero"	Ninguno
Coroneo	Casa de la Cultura de Coroneo	Reglamento de la Casa de la Cultura de Coroneo Gto.	3 fracción II
Cortazar	Casa de la Cultura de Cortazar	No existe	Ninguno
Cuerámara	Casa de la Cultura del Municipio de Cuerámara	Reglamento Interior de la Casa de la Cultura del Municipio de Cuerámara, Guanajuato	2 fracción II
Doctor Mora	Casa de la Cultura "Xochiquetzal" de Doctor Mora	Reglamento Interno de Casa de la Cultura "Xochiquetzal" de Doctor Mora	4
Dolores Hidalgo Cuna de la Independencia Nacional	Casa de la Cultura de Dolores Hidalgo	No existe	Ninguno
Guanajuato	Casa de la Cultura de Guanajuato	No existe	Ninguno
Huanímaro	Casa de la Cultura Bicentenario Huanímaro	No existe	Ninguno
Irapuato	Instituto Municipal de Cultura, Arte y Recreación de Irapuato	Reglamento del Organismo Público Descentralizado de la Administración Pública Municipal Denominado Instituto Municipal de Cultura, Arte y Recreación de Irapuato, Guanajuato.	Se menciona en el párrafo 16 de la exposición de motivos y el 5 fracción XVIII

Jaral del Progreso	Casa de la Cultura Para el Municipio de Jaral del Progreso	Reglamento para la Prestación de los Servicios Municipales de la Casa de la Cultura para el Municipio de Jaral del Progreso, Guanajuato.	2 fracción I
Jerécuaro	Casa de la Cultura de Jerécuaro	Reglamento de Casa de la Cultura de Jerécuaro, Gto.	4 fracción II
León	Instituto Cultural de León	Reglamento del Instituto Cultural de León	5 fracciones III y XI
Manuel Doblado	Casa de la Cultura Cd. Manuel Doblado	Reglamento de la Casa de Cultura Cd. Manuel Doblado, Gto.	8 fracción f
Moroleón	Casa de la Cultura de Moroleón	No existe	Ninguno
Ocampo	Casa de la Cultura de Ocampo	No existe	Ninguno
Pénjamo	Casa de la Cultura Plazuelas Pénjamo	No existe	Ninguno
Pueblo Nuevo	Casa de la Cultura de Pueblo Nuevo	No existe	Ninguno
Purísima del Rincón	Casa de la Cultura “Hermenegildo Bustos”	Reglamento de la Casa de la Cultura “Hermenegildo Bustos” en el Municipio de Purísima del Rincón, Guanajuato	5 fracción XII
Romita	Casa de la Cultura “Margarita Fernández López”	No existe	Ninguno
Salamanca	Casa de la Cultura del Municipio de Salamanca	Reglamento de la Casa de la Cultura del Municipio de Salamanca, Gto.	5 fracción I y 6 fracción I
Salvatierra	Casa de la Cultura de Salvatierra	Reglamento del Sistema Municipal de arte y Cultura de Salvatierra, Gto. “Fray Andrés de San Miguel”	4 fracción II
San Diego de la Unión	Casa de la Cultura de San Diego de la Unión	Reglamento de la Casa de la Cultura de San Diego de la Unión	Ninguno
San Felipe	Casa de la Cultura de San Felipe	No existe	Ninguno
San Francisco del Rincón	Casa de la Cultura de San Francisco del Rincón	No existe	Ninguno
San José Iturbide	Casa de la Cultura de San José Iturbide	No existe	Ninguno
San Miguel de Allende	Centro Cultural Ignacio Ramírez “El Nigromante”	No existe	Ninguno

San Luis de la Paz	Centro Cultural Ludovicense	No existe	Ninguno
Santa Catarina	Casa de la Cultura del Municipio de Santa Catarina	Reglamento para la Casa de la Cultura del Municipio de Santa Catarina, Guanajuato	8 fracción VI
Santa Cruz de Juventino Rosas	Casa de la Cultura del Municipio De Santa Cruz de Juventino Rosas	Reglamento de la Casa de la Cultura del Municipio De Santa Cruz de Juventino Rosas, Guanajuato.	1 fracción II
Santiago Maravatío	Casa de la Cultura “Fray Nicolás P. Navarrete”	Reglamento de Creación de la Casa de la Cultura “Fray Nicolás P. Navarrete” del Municipio de Santiago Maravatío, Guanajuato.	3 fracción III
Silao de la Victoria	Casa de la Cultura “Isauro Ronda Arreguín”	Reglamento para la Protección, Mejoramiento y Conservación de la Imagen Urbana y del Patrimonio Cultural del Municipio de Silao, Gto.	Ninguno
Tarandacua	Casa de la Cultura de Tarandacua	No existe	Ninguno
Tarimoro	Casa de la Cultura “Lucas de San Juan”	No existe	Ninguno
Tierra Blanca	Casa de la Cultura de Tierra Blanca	No existe	Ninguno
Uriangato	Casa de la Cultura de Uriangato	Reglamento Interior de la Casa de la Cultura de Uriangato	8 fracción I
Valle de Santiago	Casa de la Cultura del Municipio de Valle de Santiago	Reglamento de la Casa de la Cultura del Municipio de Valle de Santiago, Gto.	2 fracciones II y III
Victoria	Casa de la Cultura de Victoria	No existe	Ninguno
Villagrán	Casa de la Cultura de Villagrán	No existe	Ninguno
Xichú	Casa de la Cultura de Xichú	No existe	Ninguno
Yuriria	Casa de la Cultura Yuririapúndaro	No existe	Ninguno

(Fuente: Elaboración propia con base en la Normatividad Municipal, consultada de:
<http://normatividadestatalmunicipal.guanajuato.gob.mx/reglamentacion.php>)

Es importante cerrar con este apartado debido a que demuestra como dentro de los municipios se ha desarrollado el tema de la cultura, en especial lo relacionado con los intangibles. Como se observa en el cuadro muchos de los municipios ni siquiera poseen un

reglamento de sus casas de la cultura o centros culturales, esto debido a que su funcionamiento dependerá directamente del Ayuntamiento, en otros casos a pesar de tener reglamento no se menciona nada relacionado con intangibles.

Un fenómeno que llama la atención es que la parte norte del estado, a excepción de Santa Catarina, no cuentan con reglamentos a diferencia de la zona centro y sur donde la mayoría de los municipios tienen. Otro hecho que llama la atención es que en las ciudades de León, Celaya e Irapuato cuentan con Institutos especializados en temas de desarrollo cultural, cabe manifestar que estas ciudades son las que cuentan con mayores recursos e infraestructura, no obstante, el municipio de Acámbaro también posee un instituto de cultura, lo cual significa que se comienzan a dar pasos de expansión con la evolución cultura en otras ciudades.

Con este comentario cerramos el presente capítulo, donde pudimos observar como la generalidad de los instrumentos internacionales y su desarrollo repercute en todos los ámbitos de los países y sus ciudades y nuestro estado de Guanajuato, no es la excepción y comienza a generarse un desarrollo jurídico en materia cultural cada vez más amplio.

Capítulo III.

Enfoques Actuales del Patrimonio Cultural Inmaterial.

I. Enfoques Actuales.

En el capítulo anterior hemos realizado un recorrido sobre aquello que dio origen al patrimonio cultural inmaterial en el plano normativo. Vimos reflejado como se consolidó este patrimonio desde una concepción hasta volverse un derecho y de igual forma como adquirió relevancia jurídica. Es precisamente su situación dentro de la ley lo que ha atraído el desarrollo de postulados sobre su desenvolvimiento teórico.

Por lo cual, en este capítulo ahondaremos en dichos postulados, ya que nuestro interés es reflexionar sobre ¿Cómo se posiciona el patrimonio cultural inmaterial en diferentes concepciones? Un punto muy importante es comenzar a dilucidar su contenido jurídico, ya que no es lo mismo hablar de un trámite administrativo que el de uno civil, penal, mercantil, etc. Por ello, admitimos que el patrimonio cultural inmaterial atrae consigo un contenido jurídico particular, inclusive existen varios instrumentos normativos enfocados únicamente a su estudio y desarrollo.

Desde la teoría su postura podrá encontrarse dispersa, por ejemplo, si hablamos de derecho cultural, hay quienes lo encuadran como un derecho humano o fundamental (Champeil – Desplats, 2010), quienes lo sostienen dentro del engranaje administrativo en algunas de sus vertientes (Fregoso, 2017), y otros que defienden la eficacia de los delitos culturales a la luz del derecho penal (Macías, 2014). Nosotros, conforme a lo mencionado en el capítulo I sostenemos su autonomía. Reconocemos que al interior del derecho cultural encontramos al patrimonio cultural inmaterial en diversas acciones como promoción, protección, salvaguardia, etc. Es decir, lo fincamos como parte de las directrices que tiene el derecho cultural siendo uno de los tantos derechos culturales.

Por otro lado, al reconocer su autonomía también nos hacemos sabedores de que su contenido puede ser ambivalente. Con esto queremos decir, que pueden existir varias ramas del derecho involucradas en su estructura, ejemplos los que mencionamos supra líneas. Para nuestra investigación, consideramos que en lo tocante al patrimonio cultural inmaterial repercuten con mayor medida dos ramas en específico, el derecho cultural propiamente y el

derecho intelectual. Ya que sabemos que su resguardo, preservación, acceso y difusión siempre será relevante para el enriquecimiento y desarrollo cultural de toda la sociedad. Pero también estamos en el entendido de que los procesos de creación, la ideación y las formas en que se transmite este tipo de patrimonio es a través de las personas, mismas que son quienes portan la tradición, por ello, es menester que su creatividad tenga incentivos de propiedad intelectual.

Ahora bien, antes de adentrarnos de lleno en el tema haremos una advertencia, en lo referente a la utilización de las palabras derecho intelectual o propiedad intelectual existen diversos posicionamientos, muchos de ellos aún no se resuelven del todo. Por lo cual, para fines de nuestro trabajo utilizaremos ambos conceptos de forma indistinta, dándole el sentido conforme al desarrollo del texto.

Hecha la advertencia, es momento de entrar a nuestro primer enfoque que es ver al patrimonio cultural inmaterial como un derecho cultural.

II. Como derecho cultural:

Antes que nada, debemos reconocer que el derecho a la cultura es un sustrato amplio del mundo jurídico dentro del cual emanan una gran diversidad de derechos; analizar el patrimonio inmaterial como un derecho cultural será nuestra tarea en este apartado. Para comenzar, nos parece prudente la separación que demarca Vaquer (2020), respecto a las dimensiones del derecho a la cultura, afirmando que existen por lo menos tres dimensiones para visualizar desde la teoría este derecho, siendo por su sujeto, por su objeto y por su contenido.

Con relación a la primera dimensión, es decir, por su sujeto, Vaquer la subdivide quedando en que, por un lado, hablamos de un *derecho humano* ya que forma parte de la personalidad de las personas y, por otro lado, que nos encontramos ante un derecho humano que puede verse reflejado tanto de forma individual como colectiva. De acuerdo a su criterio son sujetos culturales tanto los individuos en lo particular como los pueblos en su conjunto, sostiene pues que “la contraposición entre individualismo y colectivismo pertenece al orden económico y no debería contaminar al orden cultural, porque la creatividad es una cualidad

individual ejercida y potenciada en la colectividad” (2020, p. 52 & 53). Encontramos que para Vaquer el flujo de la cultura se encuentra en todos los seres humanos, como bien menciona, el derecho a la cultura es un derecho de goce o de disfrute, en el cual todos forman parte.

Resulta interesante, como nos habla de la creatividad que emana de un sujeto en lo individual pero que esta se potencia en la colectividad. Es decir, cuando los frutos de los procesos creativos originales llegan a infundirse con los demás es que adquieren reconocimiento, utilidad y mayor beneficio tanto para el creador como para la sociedad en su totalidad. Dilucidando esta cuestión, ¿Podríamos afirmar que la facultad de crear es el objeto del derecho a la cultura?

Pues bien, para responder a esta interrogante, tenemos que hablar de la siguiente dimensión de este derecho, misma que de acuerdo con Vaquer, es por su objeto y dice que:

*... el derecho a la cultura se proyecta tanto sobre la cultura-personalidad (la creación cultural) como sobre la cultura-medio (el patrimonio cultural). Con esta dualidad no pretendo contraponer creación y patrimonio ni, por tanto, sostener una concepción inanimada ni cerrada del patrimonio. Más bien al contrario, pretendo insertarlos en una **relación integradora**. Entre el proceso creativo y el acervo generado por la creación hay, sin duda, una relación de retroalimentación en la que el patrimonio inspira la creación y vivifica y enriquece permanentemente al patrimonio (2020, p. 53)*

Entendemos entonces, que el objeto del derecho a la cultura es una posición vinculante entre la creación llevada a cabo por los seres humanos y el entorno, tanto en que se desarrolla la creación como en el que se plasma y ejecuta. Para el caso del patrimonio inmaterial estas relaciones presentan mucha fecundidad ya que sus manifestaciones se ejecutan mediante actividades y no como meras cosas, por lo tanto, su contenido está siendo recreado de manera constante por todos los pueblos. En síntesis, el derecho a la cultura tiene por objeto tanto a la creación y producción cultural, como al acervo acumulado por ella, ya sea nombrado por las instituciones como patrimonio cultural material o inmaterial y centrándose en soportes materiales o en manifestaciones intangibles.

La última dimensión, es por su contenido, si bien el autor no da una aproximación exacta de lo que se refiere, podemos concretar que cuando habla del contenido del derecho

cultural son todas aquellas prerrogativas que irradian del mismo. Por ejemplo, aquellas acciones que al tener relación con el espectro cultural adquieren el carácter de derecho, llegando a denominarse derechos culturales. Podríamos referirnos al acceso, la difusión, la salvaguardia, etc., cada una de estas acciones por sí sola o en su conjunto representan el contenido del derecho cultural.

Entender las dimensiones del derecho a la cultura, nos ayudará a escindir sobre el papel que desempeña el patrimonio cultural inmaterial, y cómo mediante su gestión influyen varios tipos de derechos y sujetos. Pero antes de comentar de lleno en estas cuestiones es necesario dar una definición sobre ¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?, misma que aportaremos, de acuerdo a nuestro criterio en el siguiente apartado.

a. ¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?

Para comenzar a hablar de este enfoque debemos ser claros en que tomaremos de referencia cuando hablamos de patrimonio cultural inmaterial. Por ello, aunque existen varios instrumentos normativos que dan alguna definición de este concepto, muchos de ellos se avocan a fines específicos y para nuestro tema de estudio resultan incompletos. Sin embargo, dentro de las definiciones que se plasman en las distintas normativas, la contenida en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial emitida por la UNESCO en 2003, es la que nos parece más acertada, la cual se encuentra en su artículo 2, numeral 1, misma que, aunque ya la hemos colocado en nuestro capítulo anterior, vale la pena volver a reproducirla para darle seguimiento, siendo la siguiente:

Se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas – junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los

imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.
(UNESCO, 2003).

Es necesario dar una visión institucional, para conocer los enfoques que tienen desde estas estructuras respecto hacia el patrimonio, aunque reconocemos que la definición de la UNESCO es acertada, existen vías de mejora. Por lo cual, dentro de la teoría, tomaremos la definición expuesta por Pérez Peña para complementar, aunque está enfocada a la cultura popular tradicional, representa un conjunto de lo que nosotros consideramos más relevante sobre el patrimonio cultural inmaterial, así pues, aunque extensa vale la pena reproducirla por completo, siendo la siguiente:

El conjunto de usos, representaciones, expresiones y manifestaciones, conocimientos y técnicas - junto con las habilidades para el manejo de los instrumentos, objetos, artefactos y el empleo de los espacios culturales que les son inherentes- generadas, creadas y preservadas en una sociedad o grupo humano específico con un condicionamiento histórico particular; se transmite y difunde de una generación a otra fundamentalmente por vía oral y por imitación. Constituye un proceso dinámico y cambiante, vivo. Los aspectos esenciales que la caracterizan son: historicidad, transmisión, creatividad colectiva, continuidad intergeneracional, empirismo, habilidad, destreza, vigencia por extensos períodos de tiempo. Sus formas comprenden fundamentalmente, el idioma y las expresiones orales, la literatura, la música, la danza, el teatro, los juegos, la mitología, los ritos, costumbres, la artesanía, los conocimientos relacionados con la naturaleza y el universo, los usos sociales y actos festivos. Contribuye sustancialmente a la promoción y el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.
(Pérez Peña, 2011, p. 220).

Las definiciones aportadas, nos parecen demasiado complementarias pues, a diferencia de otras definiciones en donde lo único que hacen es enlistar lo que contiene el patrimonio cultural inmaterial como si fuera una especie de desglose. Estas nos hablan de elementos, características y finalidades, a la par de dar a notar que la transmisión y la difusión es por medio de la interacción humana situación que pone de manifiesto la importancia que tienen las personas como eje central y conductual para la permanencia del patrimonio. Nos parece prudente comenzar con una definición que sirva como la guía de ideas del tema principal ya que, a continuación, pasaremos a enfocarnos con mayor precisión a su contenido constitutivo.

b. Elementos del Patrimonio Cultural Inmaterial:

Ya aportamos una definición, es momento de desgranar esa definición entendiendo su contenido conforme a los elementos que lo avocan. Para ayudarnos en este apartado, nos auxiliaremos del texto *¿Qué es el patrimonio cultural inmaterial?*, el cual consiste en una guía que elabora la UNESCO, señalando que el patrimonio cultural inmaterial contiene los siguientes elementos:

Es *1) Tradicional, contemporáneo y viviente al mismo tiempo* (2011, p.4), derivado de que su desarrollo y ejecución no está basada en herencia ancestral, sino que se recrea de manera constante en la actualidad a través de las personas que son portadoras de la tradición. Sus manifestaciones y experiencias convierten al patrimonio cultural inmaterial en una situación dinámica, capaz de transformarse de manera constante.

Se trata de un concepto *2) Integrador* (2011, p.4), en razón de que las tradiciones, usos y costumbres son irradiadas por una gran diversidad de grupos humanos. Su transmisión se da de generación en generación y es un puente de conexión entre el pasado y el presente. También se enfoca a la creación de vínculos entre las personas y entre las comunidades para expresar parte de su sentido de pertenencia e identidad.

Se constituye como un factor *3) representativo* (2011, p.5), en razón de que las personas en las que se desarrolla el patrimonio cultural inmaterial comparten rasgos comunes y similitudes culturales, a la par de que este se desenvuelve en un entorno conocido para todos ellos con lo cual se crean procesos de identidad. La transmisión que se da generación en generación también ayuda a la preservación de rasgos pasados con las modalidades del presente, generando constantes abstracciones que extrapolan su continuidad a la vez que infunden rasgos y características de manera constante en su desarrollo comunitario.

Finalmente, su desarrollo siempre se da *4) Basado en la comunidad* (2011, p.5), ya que sin el factor humano de por medio el patrimonio cultural inmaterial no existiría, su razón de ser esta en las personas y las comunidades que propician su desarrollo, transformación y transmisión. Por lo tanto, debe de gozar del reconocimiento de todos ellos ya que son los encargados en un primer momento de su creación, posteriormente de su recreación asimismo su mantenimiento depende de las concepciones que se sitúen en su imaginario colectivo.

Finalmente, la decisión entre aquello que se transmite y aquello que se deja de transmitir también se basa en un consenso para definir que merece la pena hacer llegar a las futuras generaciones.

Estos elementos nos ayudan a dar mayor comprensión a lo que representa el patrimonio cultural inmaterial. Su importancia no deriva solamente en la manifestación cultural que se genere, sino que para que dicha manifestación tenga su ejecución es necesario un gran acervo de conocimientos y técnicas que han sido transmitidas por varias generaciones. Repercute en este patrimonio un valor social, por todas aquellas cargas simbólicas que atrae consigo, así como un valor económico que se sostiene en el mantenimiento y exposición de las tradiciones y conocimientos pertenecientes a los grupos sociales, revistiendo un factor de importancia para el desarrollo de los países. Comprenderlo es mantener el diálogo entre diversas culturas y formas de vida que ayude a sostener su permanencia.

c. Los agentes del patrimonio cultural inmaterial:

El espectro jurídico que concierne al patrimonio cultural, en los últimos años ha tomado relevancia significativa con base en una toma de conciencia sobre su importancia simbólica y trascendental. Su ideología ha venido acompañada de un movimiento de derechos humanos generando mayor interés por el tema a la par de críticas que auspician su desarrollo teórico. No obstante, este desarrollo siempre ha tenido un lado preferente, siendo el enfoque que envuelve al apartado material el que se ha visto robustecido de manera constante, inclusive teniéndolo en cuenta desde tiempo antes de que se concibiera la idea de un patrimonio cultural inmaterial.

Sostiene Cecilia Londrés que “la concepción predominante del patrimonio cultural, basada en criterios de monumentalidad y excepcionalidad” (2004, p. 170). Siendo esta una línea que se mantuvo durante mucho tiempo, sin embargo, la misma autora advierte que estos criterios no sirven para valorar ciertas culturas y sus manifestaciones, en las cuales sus principales bienes son de carácter meramente inmaterial. Entendemos que pese al interés por

desarrollar el tema siempre han existido recovecos dentro de sus aristas, así como áreas preferentes que gozan de mayor desarrollo en sus apartados.

En razón de lo anterior, se ha dicho que el patrimonio cultural inmaterial es el *pariente pobre de la cultura* (Bedjaoui, 2004, p. 154), entendemos la reflexión ya que este desbalance fue muy evidente a principios de siglo. Sin embargo, poco a poco se ha logrado que el patrimonio inmaterial sea cada vez más tomado en cuenta, llegando a tener normas jurídicas diferenciadas del patrimonio material, ya que, a diferencia de este, nos encontramos ante un concepto que posee un dinamismo intrínseco. Como menciona Bedjaoui “el patrimonio cultural inmaterial, patrimonio vivo por excelencia, no podría ser inmovilizado ni, finalmente, atrapado en un molde jurídico que le privara de toda viveza y flexibilidad.” (2004, p. 157).

Entendemos el punto que expresa el autor, sobre todo en la parte del patrimonio vivo por excelencia, como también sostiene Lourdes Arizpe cuando dice que “podría afirmarse que la energía cultural ha circulado entre todos los grupos humanos desde el alba de los tiempos” (2004, p. 134). Reconoce que el patrimonio cultural inmaterial ha sido el fruto de una larga serie de experiencias históricas y de influencias de otras culturas, pudiendo compartir líneas de sentido entre los pueblos, llegando a concluir que “todos los logros humanos se derivan del patrimonio cultural inmaterial” (2004, p. 133), situación que tampoco se pone en tela de juicio, puesto que siempre se han necesitado de los procesos creativos como fuente de la innovación.

Sin embargo, diferimos en la mención de que se quede *atrapado* en un molde jurídico, ya que, si bien es cierto que se trata de un apartado que necesita cierta flexibilidad dado que *los pueblos están recreándola continuamente* (Zanten, 2004, p. 37). También el derecho, es fuente de cambios y adaptaciones de manera constante, debiendo afrontar aplicabilidad a los entornos, así como entender y resolver las problemáticas divergentes que se adentren en la actualidad. Por lo cual, somos conscientes de que, no se trata de enfrascar al patrimonio cultural inmaterial en un concepto de suma rigidez, pero que si existen elementos jurídicos que le son aplicables y así como la cultura se transforma también lo hace el derecho, logrando imbricarse de forma mutua.

La cultura debe auxiliarse del derecho y el derecho debe ser sostén de la cultura, sin embargo, ambos deben comprenderse para lograr sus objetivos de forma idónea. No se trata, de sobre pasar uno sobre el otro, como ya hemos mencionado, sino de una coadyuvancia, pero que sea realista y atienda de forma pertinente las necesidades de ambos haciendo una demarcación adecuada.

Un reto que enfrenta el panorama actual es ver a la concepción del patrimonio cultural inmaterial como una lista restrictiva como señalan algunos documentos normativos. Acciones de este tipo reducen su importancia estructural particular para enfocarse a una vertiente casuística específica. Richard Kurin, menciona que estas acciones:

...pasan por alto el aspecto más amplio, holístico, de la cultura: justamente la característica que hace que la cultura sea inmaterial. Me refiero a la intrincada y compleja trama de acciones sociales significativas que efectúan los individuos, los grupos y las instituciones... No es probable que acciones encaminadas a salvaguardar unidades de producción cultural inventariadas, materializadas, salvaguarden debidamente las pautas y los contextos culturales inmatrimales más amplios, profundos y difusos (2004, p. 79).

En primer lugar, rescatamos nuevamente el enfoque hacia las personas y sus interrelaciones como factor cultural preponderante. En segundo lugar, entendemos la preocupación que expresa el autor, ya que tales relaciones son muy difíciles de sujetar a un marco normativo, por la propia amplitud que representan y lo complicado de catalogarse si fuera el caso. Aunado a ello, los contextos culturales que emanan son amplios, profundos y difusos, representan problemáticas que pueden escapar de las acciones jurídicas en materia cultural, por ejemplo, no es posible obligar a un pueblo a que siga ejecutando alguna danza cuando ya no se tiene la creencia que le sirve de trasfondo; o bien, que siga produciendo alguna artesanía cuando ya no se cuentan como los conocimientos y materiales para darle continuidad. Nos unimos también al hecho de que los esquemas o listas representativas pueden ser de suma ayuda para reconocer, valorizar y registrar de forma inmóvil las expresiones culturales, por ejemplo, mediante un registro fotográfico o en video, pero difícilmente las salvarán. Pese a ello, las guías jurídicas si aportan un valor significativo para su protección.

Entendemos que, a diferencia del patrimonio material donde basta imponer restricciones de uso y acceso, llevar a cabo medidas de rescate o restauración e inclusive los

registros de catalogación son útiles en demasía. Para el modelo del patrimonio inmaterial se afrontan retos distintos y problemáticas propias que suelen ser más complejas. Una de ellas, es la relación con grupos humanos, lo cual siempre será un compromiso más delicado, siendo así *el* “reciente modelo intenta mantener una tradición viva frente a posibles amenazas, preservando las condiciones necesarias para su reproducción cultural, lo que implica que hay que valorar por igual a los portadores y transmisores de las tradiciones, y a los usos y entornos en los que éstas se dan” (Kirshenblatt – Gimblett, 2004, p. 53). Observamos pues que lo intrincado de trabajar con el patrimonio inmaterial es que además de las relaciones humanas, los entornos y usos están en juego, se trata de un entramado sumamente denso donde se inmiscuyen infinidad de factores para su consecución.

Uno de sus puntos clave para defender estas tradiciones y expresiones es que se tiene que desplazar la atención de la manifestación cultural en sí y enfocarse a los seres que la ejecutan, como dice la autora a los portadores y transmisores. Es decir, ubicarla en los seres humanos, sus conocimientos y sus técnicas. Antes de continuar con nuestro análisis, es prudente marcar la diferencia entre portadores y transmisores, para tener una mayor claridad del tipo de persona al que nos referimos. Cuando hablamos del portador cultural, según van Zanten: “Es el miembro de una comunidad que reconoce, reproduce, transmite, transforma, crea y constituye cierto tipo de cultura en y para una comunidad, y puede, asimismo, desempeñar uno o varios de los papeles siguientes: ejecutor, creador y custodio” (2004, p. 39). Entonces, cuando nos referimos al portador estamos hablando de una persona que, en el tiempo presente, conoce y ayuda en el desarrollo de las manifestaciones culturales, tratándose así del encargado de darles vida en la actualidad.

Por otro lado, cuando hablamos del transmisor cultural, parafraseando a Quintero & Trompiz (2013), es la persona que puede aportar o pudo aportar sus conocimientos, experiencias, valores, normas, tradiciones de las manifestaciones culturales a distintas generaciones contribuyendo a la formación moral y espiritual de distintos grupos. Son puentes de la memoria y la historia haciéndola llegar a sus descendientes o a grupos más jóvenes generando procesos de identidad. Siendo así, la persona transmisora es aquella que auxilia a que las manifestaciones culturales lleguen a otras generaciones, pero no solo como

un conocimiento más, sino como un proceso de valorización tan fuerte que se vuelve digno de reproducción.

Siendo así, sus principales diferencias estriban en que por un lado todos los transmisores son portadores, pero no todos los portadores llegan a convertirse en transmisores. Por ejemplo, puede haber grupos de danzantes que se cierran enseñar sus pasos y su estética a otras personas que no sean de su grupo, generando así una exclusividad en la que dicho acto solo se puede aprender: por linaje sanguíneo o bien de forma meritória radicalizada. Sería indudable que todos aquellos danzantes son portadores de una tradición milenaria, pero al verse herméticos, hecho que se respeta, no podrían considerarse transmisores. Otro punto focal de diferencia es que los portadores son eminentemente personas vivas, haciendo alusión a que el patrimonio inmaterial, es un patrimonio preponderantemente vivo, siendo estos los encargados de, valga la redundancia, darle vida a la manifestación o expresión cultural en los diferentes nichos para hacerlo. Mientras que los transmisores, pueden no ser necesariamente personas vivas, sino aquellas personas que, a través de sus conocimientos y experiencias, pero sobre todo de su esfuerzo lograron hacer que las técnicas, métodos y conocimientos llegaran a otras generaciones, y no solo eso, sino que estas nuevas generaciones lograran reproducirlos con éxito. Es decir, un transmisor también será aquella persona que logra convertir a otros en portadores, cumpliendo su cometido de seguir dándole vida al patrimonio cultural inmaterial.

Viéndolo de esta manera, debemos entender que los seres humanos no son un mero objeto de preservación cultural. Como menciona Kirshenblatt – Gimblett “No solo son portadores y transmisores de la cultura, ...sino también los agentes mismos del patrimonio” (2004, p. 60).

d. Concepción del patrimonio cultural inmaterial:

De acuerdo con algunos teóricos, el patrimonio cultural a manera general posee grados de diferenciación entre lo que se considera material y lo que se considera inmaterial, situación que se comparte, pero realizando algunas acepciones. El hecho de que el patrimonio posea estos grados de diferenciación debe ayudar a que su contenido tenga una autonomía y

tratamiento adecuado, pero esta acción de demarcación no debe servir para marcar grados de exclusión dentro del patrimonio. Nos adentraremos a estas ideas conforme al desarrollo del presente apartado.

Esta investigación se encuentra enfocada al patrimonio cultural inmaterial, por ello, las idealizaciones que se irán plasmando vienen enfocadas a tal, sin ignorar que en definitiva existen posturas particulares que se enfocan al patrimonio material. Para comenzar a adentrarnos en el tema, rescatamos la siguiente afirmación de Burgos, quien dice “la esencialidad inmaterialidad del valor o bien cultural, que provoca su emancipación y autonomía del objeto físico y su adherencia al sujeto colectivo, y su función social, que viene a justificar un particular tratamiento como bienes de interés público” (2020, p. 54). Analizando lo mencionado por Burgos, nos damos cuenta de que en apariencia aporta una concepción separatista respecto al patrimonio, pero en realidad a lo que avoca es a grados de diferenciación más no de separación. Situando que el factor de inmaterialidad justifica que su seguimiento sea especializado, más no hace una distinción concreta entre un tipo de patrimonio y otro, sino que su valorización le otorga cierta autonomía respecto a la materialidad, por ello, se hace menester de conjeturas diferentes.

Esta situación nos hace cuestionar la manera en la que el patrimonio cultural inmaterial se asienta en la realidad. Pareciera que se trata de una percepción clara puesto que referir que algo es inmaterial descartaría de forma automática aquellas cuestiones en donde se manifiesten objetos tangibles. La realidad es otra, inclusive la concepción es difusa tan es así que *el patrimonio cultural inmaterial se manifiesta a través de formas materiales* (Zanten, 2004, p. 39). Con esto, entendemos que el patrimonio inmaterial tiene un vínculo estrecho con las manifestaciones materiales que de sí emanan, no solamente se trata de una bifurcación que separe y coloque en términos de exclusividad sino de una complementación.

Así pues, existe la postura de que la noción de patrimonio cultural inmaterial es equívoca, ya que como menciona Vaquer “lo cierto es que el patrimonio cultural – todo él – es patrimonio de cultura y, por ende, es forma, no materia” (2005, p. 88). Con relación a esta postura, nos parece que recae en la exageración, pero con puntos acertados. A que nos referimos con esto, entendemos que el vínculo relacional entre el patrimonio material e inmaterial es inseparable, y que a su vez “todas las culturas y sociedades tienen sus raíces en

determinados medios y formas de ambos patrimonios, el material y el inmaterial” (Munjeri, 2004, p. 18). Si existen factores y características que aporten grados para diferenciar las manifestaciones o los bienes culturales en cuanto a su esencia material e inmaterial. Concordamos en que el patrimonio debe ser tratado de forma unívoca, y a la vez, no nos oponemos a la concentración del mismo. Pero debe ser prudente realizar de forma tangencial una demarcación interna, ya que poder alcanzar estos grados de diferenciación harían que a futuro la generación de herramientas y métodos especializados para su tratamiento fueran más efectivos.

Con base en este cuestionamiento, compartimos el postulado de Burgos nuevamente mediante el cual sostiene que: “Más que una cosa, el patrimonio se proyecta como un foco de significados – ideas y emociones -, que son necesariamente múltiples, en ocasiones inesperados o contradictorios, y desencadena prácticas y procesos que son colectivos, relacionales, performativos, experienciales, políticos” (2020, p. 35). Abstraemos que hablar de patrimonio cultural se trata de una categoría inestable y contingente, sobre la cual atraviesan un sinfín de discursos. Consideramos que, si bien realizar diferencias entre lo material e inmaterial no representa discursos antagónicos, si son necesarios. No se trata de colocar un tipo de patrimonio contra el otro sino de entender que su substancia está unida y que un mismo objeto o manifestación tiene vestigios de ambos tipos de patrimonio a la vez.

Coincidimos en que “la división entre patrimonio material, natural e inmaterial y la creación de listas separadas para cada uno de ellos es arbitraria” (Kirshenblatt – Gimblett, 2004, p. 62). Ya que los puntos de unión son inalienables, pero si debemos tener en cuenta, que, pese a toda esta locución, que desde la teoría acatamos y entendemos. Dentro de la práctica del ejercicio normativo del patrimonio cultural se ha tenido mayor consideración a los soportes materiales. Inclusive podemos admitir que el carácter de materialidad propició el desfase que ahora se tiene en cuenta al estudio de las manifestaciones intangibles.

Para robustecer este punto, retomamos a Vaquer, quien menciona que: “La materialidad de las manifestaciones culturales ha sido tradicionalmente, en efecto, el criterio delimitador de la legislación sobre patrimonio...en las obras del ingenio, la creación intelectual es autónoma de su soporte material, las trasciende pudiendo incorporarse a otros objetos materiales” (2005, p. 93 & 94). Con anterioridad, se tenía la perspectiva de que toda

creación o manifestación cultural debería tener un soporte sensible para ser sujeto de derecho. La evolución jurídica y crítica del concepto nos hizo evaluar esa necesidad sensible para compenetrarla no solo a objetos o situaciones afines a la materialidad, refiriendo a aquellas que predisponen de una periodicidad existencial permanente. Sino que tales creaciones pueden exteriorizarse en un gran número de formas, en ciertos tiempos y márgenes menos rígidos, por tanto, el patrimonio objeto de nuestra investigación, posee cualidades difusas, siendo que, está conformado por bienes que se manifiestan de forma diversa y variada.

Con ello, coincidimos en que una diferencia tajante entre patrimonio material e inmaterial, si puede resultar completamente arbitraria si su objetivo es proporcionar enlistados casuísticos o referenciales, que delimiten de forma exclusiva aquellas manifestaciones que disponen de unas u otras características. A su vez, damos por acertado el punto, de que el patrimonio es un todo muy diverso, en el cual podemos encontrar variaciones infinitas con relación a las creaciones y manifestaciones, y no se trata tampoco de encuadrarlos en moldes jurídicos específicos. Lo que sí, es que estamos completamente conscientes de que existen grados de diferenciación entre las manifestaciones, mismos que no las hacen contraponerse, sino que son coadyuvantes para decidir el tipo de tratamiento que deben tener, como ya lo mencionamos, no es lo mismo dar atención a un monumento que a una técnica de tejido, por dar un ejemplo.

Inclusive, retomando a la relación integradora de Vaquer, cuando refiere de forma particular al patrimonio cultural inmaterial que:

Dada la inmaterialidad de las obras del ingenio de que tratamos y su afectación perpetua al uso general, deberían especificarse las técnicas y atribuirse las potestades necesarias para su protección: su investigación, su documentación, su vigilancia con legitimación a la administración cultural para combatir su apropiación y/o ocultación al público y, sobre todo, la atribución a dicha administración de los medios idóneos para ponerlas a disposición del público en acceso libre y gratuito, haciendo efectivo el derecho de todos a la cultura (Vaquer, 2020, p. 62).

Particularmente, en esta aportación, observamos como a pesar de tratarse del mismo autor que unos párrafos arriba, defendía la concepción de que el patrimonio cultural es uno solo. Nos damos cuenta que acepta el tratamiento inmaterial como específico, teniendo directrices para su tratamiento de manera diferenciada. Sea derivado de la mayor atención

que ha tenido el patrimonio material o sea por detectar necesidades particularizadas, lo importante de la postura es que se aceptan de forma implícita los grados de diferenciación, demostrando en cierta medida su utilidad. Para aclarar, no negamos la relación integradora, por el contrario, nos parece pertinente y con una aplicabilidad válida, pero que a la par de la existencia de esta relación es prudente tener grados de diferenciación, mismos que deberán acoplarse a cada tipo de creación y manifestación para que gracias a ellos se puede definir de la mejor manera el tratamiento que se le va a dar. Finalmente, al analizar estas ideas, no es que estemos contraponiendo lo que ha manifestado el autor, pese a que la diferencia temporal entre una publicación y la otra es de más de 15 años, mucho menos evidenciar algún tipo de contradicción en su línea de ideas. Sino que lo verdaderamente resaltante es el hecho de la evolución adaptativa que ha tenido el patrimonio inmaterial, que si bien, por un lado, existen percepciones que parecen correctas, éstas pueden complementarse y volverse más sólidas, como es este caso.

La forma en la que se maneja la concepción del patrimonio cultural inmaterial ha sido una situación evolutiva y adaptativa pero que se ha revestido cada vez con mayor eficiencia teórica. Para el momento en el que se realiza esta investigación, la concepción que hemos trabajado es la que nos parece idónea, más no negamos que como todo concepto evolutivo, inclusive como mencionamos inestable y contingente, puede llevar a cambios en su estructura y adaptación en un futuro.

e. La situación en el Estado de Guanajuato del Patrimonio Cultural Inmaterial como Derecho Cultural:

Para cerrar este apartado es turno de vislumbrar la forma en que se concibe el patrimonio cultural inmaterial en el Estado de Guanajuato, las formas en las que se trabaja y se le da seguimiento. Nuestro objetivo versará en analizar las figuras institucionales que se encargan de trabajar el ámbito cultura a nivel estatal, así como indicar la normativa vigente, y en su caso, si existen planes en políticas públicas. Antes de comenzar se hace una nueva advertencia, el contenido con el cual se trabajó este apartado es meramente enunciativo, con lo cual queremos decir, que nuestra labor será de ubicación y compilación. Claro que se darán

opiniones, pero de ninguna manera sería labrar un plan o ruta de mejora, ya que una tarea de tal magnitud requeriría una profundización que sobrepasa nuestros objetivos de momento.

Hecha la advertencia, diremos que adecuaremos el presente apartado en 3 segmentos, el primero de ellos es referir de forma rápida y sucinta la normativa, dado que ya se habló de ese tema en el capítulo 2. Posteriormente, revisaremos el programa de gobierno para el Estado de Guanajuato como segundo segmento y para finalizar, analizaremos la estructura del Instituto Estatal de la Cultura del Estado de Guanajuato, ya que este es el organismo encargado de trabajar la cultura a nivel institucional.

Comencemos entonces, para el caso del Estado de Guanajuato existen dos ordenamientos que tocan el tema, el primero de ellos es la Ley del Patrimonio Cultural del Estado de Guanajuato publicada en el periódico oficial de Estado el 7 de junio de 2013. La cual es una ley que tiene por tareas principales la protección, conservación y restauración del patrimonio a modo general, también debe encargarse de generar las condiciones de promoción, fortalecimiento, catalogación e identificación, esto en el sentido de ayudar a ubicar con exactitud las manifestaciones culturales y a que ámbito pertenecen, sea tangible, intangible o natural. Finalmente, deberá establecer las directrices para una investigación y difusión adecuada que cree vías de acercamiento accesible con la población para su goce y disfrute. Esta ley, enmarca la definición que se tiene a nivel Estado, al menos dentro de las normas, de lo que se debe entender por patrimonio cultural intangible, la cual se encuentra en el artículo 3, fracción V y dice lo siguiente:

V. Patrimonio cultural intangible: el conjunto de conocimientos y representaciones culturales, tradiciones, usos, costumbres, sistema de significados, formas de expresión simbólica y lingüística, que son la base conceptual y primigenia de las manifestaciones materiales de tradición popular de los distintos grupos culturales y étnicos de la población guanajuatense;

Misma que consideramos adecuada en cuanto algunos contenidos y que delimita bien su alcance, también rescatamos que la hace entendible para la población con ello se facilita su comprensión como concepto. Reconocemos también la utilización de la base conceptual y primigenia, pues compaginamos que el patrimonio cultural intangible aunado al proceso de creación da ese cimiento. Aunque se cae en el recurso de las listas enunciativas, esta no es tan extensa e integra como en otras ocasiones.

La segunda de las leyes es la Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato promulgada en fecha 22 de julio de 2020. Su fundamento está basado en el fomento, promoción y protección de los derechos culturales, y como ya mencionamos las acciones que se desprenden con relación al patrimonio cultural inmaterial generan este tipo de derechos. Destacamos dos finalidades que tiene este instrumento, primer lugar, promover y respetar la continuidad y el conocimiento de la cultura en el estado, esto en razón de que se tiene la idea de preservación como un punto focal importante. En segundo lugar, garantizar a la población el disfrute de bienes y servicios en materia cultural por parte del estado, esta segunda finalidad, cobra relevancia ya que acciones de este tipo, aplicables a toda manifestación o expresión cultural, ejemplifican el sentido de los derechos culturales. Estamos ante una ley de substancia que se inclina por enmarcar, al menos dentro del ámbito legislativo, las rutas de acción para darle visibilidad a la cultura, así como a las prerrogativas que de ella emanan, pues recordemos que este ordenamiento está alineado con las disposiciones constitucionales, así como con la Ley General de Cultura y Derechos Culturales a nivel federal.

Tan es así, que es tocante en temas de políticas culturales, de definición de derechos culturales en sentido extenso, el accionar institucional y la visibilidad de grupos vulnerables, entre otros temas. Lo más significativo es la producción de una visión cultural en materia normativa que se adentre a la teoría de la misma y trate de aportar significados de acción y resolución, así como la prevención de situaciones de índole legal. Podríamos decir, que también le reviste un sentido de prevención, al menos para la resolución de controversias, sin llegar a ser una ley procesal. Así, cerramos el comentario con relación a las normativas que pretende ser un breve complemento reflexivo a lo estudiado en el capítulo anterior.

Pues bien, el segmento es propiamente el Programa del Gobierno 2018 – 2024 para el estado de Guanajuato⁷. Se trata de un documento institucional que establece las directrices de la administración del estado durante la gubernatura vigente. En su contenido encontramos los procesos de elaboración, la filosofía de la administración, su pretensión de proyectos y sus metas e indicadores por desarrollar. Como tal, nos encontramos ante un documento que

⁷ Para su consulta: <https://guanajuato.gob.mx/PDGv23.pdf>

traza el diagnóstico, la visión de desarrollo, los objetivos y los lineamientos de la política pública.

Para el caso específico, el Programa de Gobierno 2018 – 2024 labra su plan estratégico dividiéndolo en 6 ejes gubernamentales que contienen los temas más apremiantes para la administración en curso. Cada uno de esos ejes se subdivide a su vez en diferentes secciones, lo referente al tema cultural lo encontramos en el eje llamado *Educación de Calidad*, lo cual, consideramos un acierto por el sentido de correlatividad entre la educación y su implicación como un derecho cultural. Sin embargo, nos parece que merecía tener un apartado propio, la cultura y sus necesidades son un tema amplísimo que difícilmente podrá reducirse a una sola sección.

Ahora bien, la subsección que la corresponde es el numeral 3.2 que se denomina *Formación Integral y Humana*, aquí consideramos otro acierto debido a que el enriquecimiento cultural tiene como miras el florecimiento humano. El correcto ejercicio de los derechos cultural provocaría una sociedad que goza y disfruta de todo tipo de manifestaciones y expresiones con plena libertad, forjando así criterios de valorización y reconocimiento dentro de sí. Los planes culturales a manera global tienen como fundamento el progreso tanto individual como colectivo, la armonización de los sentidos con el hecho cultural son las semillas del florecimiento. Por ello, encontramos tal tema al interior de la formación humana sumamente relevante, pues demuestra que el accionar estatal es consciente de su necesidad.

El numeral 3.2. se vuelve a dividir, ahora sí, en su apartado 3.2.3. es donde encontramos lo concerniente directamente con la cultura. Inclusive esta incisión del numeral se denomina *Cultura*, su contenido lo reproduciremos de forma completa para poder realizar comentarios aunado a que es relativamente corto, siendo el siguiente:

3.2.3 Cultura

La diversidad geográfica en el estado ha permitido el desarrollo de una riqueza de conocimientos, tradiciones y lenguas en nuestro territorio que reflejan nuestra riqueza cultural.

En México existe una importante oferta de eventos culturales, sin embargo, a pesar de ello, en los resultados del Módulo sobre Eventos Culturales Seleccionados (Modocult), de 2016 a 2018,

reflejan que el 41.9 por ciento de la población de 18 años y más no asistió a algún evento cultural (INEGI, 2018).

Por otra parte, los resultados obtenidos en la Encuesta Nacional de Consumo Cultural, (ENCCUM) 2012, se menciona que el 12.0 por ciento de la población, asistió al menos en una ocasión a cursos y talleres culturales (INEGI, 2014).

Finalmente, con base en la información del Anuario Estadístico y Geográfico de Guanajuato 2017, existen 1 millón 584 mil 262 usuarios de bibliotecas públicas (INEGI, 2017); 30 mil 702 habitantes por biblioteca; 81 mil 445 habitantes por librería; 119 mil 674 habitantes por museo y 279 mil 239 habitantes por teatro. (Programa de Gobierno 2018 – 2024, p. 66).

Las vicisitudes que emanan de lo mencionado son evidentes. Si bien sí traza una problemática no señala la necesidad de cubrirla. Su enfoque es meramente una estadística sin contenido, ni acercamiento, mucho menos guía de acción. Es evidente, que por tratarse de un complemento político para la visión del estado su solución será crear indicadores y cubrirlos para hacer mención de que se alcanzan las metas y un progreso latente. No obstante, las implicaciones culturales tienen un trasfondo que va más allá y que no se puede solucionar con cuestiones estadísticas.

Es distinto, dar los medios para que se ejerzan sus derechos culturales que cerciorarse verdaderamente si se satisfacen las necesidades culturales de la población. Para explicar mejor este punto, con base en una estadística de metas se podría considerar que con construir más centros culturales o con incrementar el número de eventos se estarían cumpliendo las cuentas pendientes en temas culturales. Basándose en los datos arrojados por encuestas de asistencia o estudios de públicos, como función estatal se estaría cumpliendo con una parte de los derechos culturales, siendo el acceso o bien la promoción y su consecuente difusión. Sin embargo, el hecho de hacer más eventos o tener más centros culturales, ayuda, pero no soluciona la problemática cultural de toda la población, ni siquiera del total de la población asistente. Ya que no solo basta tener más eventos sino acercarlos a todos los públicos y no solo ello, también estos públicos deben contar con los elementos necesarios para su desciframiento y abstracción, situación que amerita un estudio de forma particularizada ya que se relaciona con temas de educación y políticas públicas. Inclusive que se prevea la inclusión de más población, es decir, no es lo mismo ofertar 100 eventos en un mismo centro cultural y que el público que acude a ellos sea un mismo constante, que ofertar 100 eventos

en distintos puntos de una ciudad y que diferentes públicos de cualquier estrato social acudan a ello, que se modulen los precios y que a su vez sean atractivos para que propicien cercanía con los sectores sociales. Estudiar este tipo de cuestiones que van más allá de la estadística, sería comenzar a dar la satisfacción de las necesidades culturales de la población respetando y velando en pro de sus derechos culturales.

Hecho el comentario anterior, debemos admitir que el programa de gobierno establece algunas estrategias y acciones para tratar de solventar las necesidades culturales. Nos hemos centrado a hablar del patrimonio cultural en general o incluso de la cultura en general, ya que este documento no hace mención explícita de los intangibles hasta este punto. Pues bien, es dentro de las estrategias y acciones donde se toca lo relativo al patrimonio cultural inmaterial, de forma concisa en el bloque E4, el cual tiene como finalidad el *Fomento de las Actividades Artísticas y Culturales*, desglosando sus principales acciones de la siguiente manera:

- *Incrementar la asistencia del público en eventos artísticos y culturales a través de la promoción y generación de procesos participativos e incluyentes.*
- *Mejorar la infraestructura cultural a través de la construcción, rehabilitación, restauración, conservación, equipamiento e investigación y rescate del patrimonio cultural material e inmaterial.*
- *Impulsar la formación y desarrollo artístico de la sociedad en general.*
- *Promover un nuevo modelo de gestión cultural siguiendo esquemas novedosos para gestionar orquestas infantiles Un esquema para crear orquestas infantiles a lo largo del estado.*
- *Fortalecer el federalismo y municipalización en el tema de cultura. (Programa de Gobierno 2018 – 2024, p. 75 & 76).*

Como se observa es dentro de la sección de estrategias que se plasma, al menos sobre el papel, como se debe actuar ante los imperantes culturales, destacamos el segundo punto por hablar directamente del patrimonio inmaterial. Se detecta que cada uno de los puntos traza una línea más estratégica de acción y no solo se basa en una estadística o en una meta por cumplir, se entiende que por la orientación de su contenido no solo tendrían como objetivo el cumplimiento en los temas culturales, sino que a su vez se busca satisfacer de forma fidedigna las necesidades.

Así pues, llegamos al último de los segmentos, referente a la postura institucional en el estado. Entonces, el organismo encargado de esta tarea es el Instituto Estatal de la Cultura del Estado de Guanajuato. El cual, es un organismo público descentralizado conforme a lo estipulado en el artículo 1 de su Reglamento Interior⁸, eso significa que se trata de un organismo creado conforme a la ley, al cual le corresponde la realización de actividades estratégicas o prioritarias, así como la prestación de un servicio público social. Dentro de su sitio web, el Instituto se autodenomina como:

*...promotor de la generación de procesos participativos e incluyentes que incrementen la formación artística, el acceso a la diversidad cultural, su elección y producción creativa; el conocimiento, aprecio y conservación del patrimonio, fortalecimiento de la identidad, el fomento de hábitos de lectura y el desarrollo de capacidades reflexivas frente a las manifestaciones artísticas locales y universales y sus múltiples tendencias. Comprometido con la difusión, promoción y divulgación del quehacer artístico y cultural.*⁹

Podemos encontrar una gran diversidad de actividades dentro de su descripción, entendemos que su función es tanto la realización de las actividades de fomento y cuidado cultural como la prestación de los servicios en dicha materia. También, detectamos factores de refuerzo en la identidad y de apoyo educativo, todos ellos prerrogativas también aplicables.

El Instituto Estatal de la Cultura funciona a través de 8 ejes estratégicos¹⁰, cada uno de ellos orientado a cubrir necesidades particulares. Los 8 ejes son:

1. Creación, producción y difusión de la cultura.
2. Fomento a la lectura.
3. Formación y desarrollo artístico.
4. Identidad y patrimonio.
5. Cultura para el desarrollo.
6. Infraestructura artística, cultural y arqueológica.

⁸ Para su consulta:

http://segob.guanajuato.gob.mx:8088/files/FRAC_1/REGLAMENTOS/REGLAMENTO_INTERIOR_DEL_INSTITUTO_ESTATAL_DE_LA_CULTURA_DEL_ESTADO_DE_GUANAJUATO_JUN_2013.pdf

⁹ Por medio de la descripción presentada en su sitio web. Se anexa el enlace de consulta: <http://cultura.guanajuato.gob.mx/index.php/conocenos/>

¹⁰ Para su consulta: <http://cultura.guanajuato.gob.mx/index.php/conocenos/>

7. Difusión del quehacer cultural.
8. Políticas, participación y articulación.

Cada uno de estos ejes por sí solo representa un tema amplísimo y de mucha investigación, su estudio sobrepasa los objetivos de la presente investigación. Por ello, no nos detendremos en el análisis de cada uno, sino que haremos mención sobre cuál de ellos trabaja lo relacionado con el patrimonio cultural inmaterial.

Siendo así, el eje encargado de este patrimonio es el 4. *Identidad y patrimonio*, mismo que dentro de sus objetivos establece lo siguiente:

Objetivo: Dotar de una metodología profesionalizada para el rescate, preservación y creación del patrimonio tangible e intangible, en un marco de interacción institucional y de respeto a la diversidad, por medio de la Investigación, la conservación de lo tangible e intangible, la generación de espacios, la circulación y divulgación, así como el apoyo para la producción (Instituto Estatal de la Cultura, 2021).

No nos adentraremos en planes de aterrizaje sobre la realidad y del como la praxis del Instituto Estatal de la Cultura se ejecuta. Debido a que, por una parte, nuestra investigación es meramente teórica; por otra parte, no se cuentan con ese tipo de habilidades y competencias para realizar un estudio pormenorizado de la administración pública.

Lo que si rescatamos es que se tenga en cuenta la división del patrimonio, no en un sentido de exclusión sino en un sentido de complementación. Entendiendo que cada manifestación o expresión tiene un tipo de necesidades diferentes, por lo cual sus procesos de mejora, auxilio y perfeccionamiento serán diversos. Otro punto relevante, es que desde la postura institucional y más desde el organismo encargado de la cultura, el patrimonio inmaterial se toma a consideración entendiendo que su preservación y conservación para futuras generaciones es una tarea primordial. Propiciar el acceso, el goce y el disfrute de este tipo de manifestación provoca un sentido de identidad, que se engendran en un pasado común, siendo así, otro acierto manejarlo dentro de este eje.

El estudio y sustento que realiza el Instituto Estatal de la Cultura, no se enfoca solamente a lo que aquí resumimos, su trabajo es mayor y tiene muchas extensiones. Este comentario, se limita a rescatar que desde su visión el patrimonio cultural inmaterial cobra relevancia. Al tratarse de un organismo que conecta con la sociedad y le acerca la cultura,

entendemos que, a diferencia de los dos segmentos analizados anteriormente, su función no se queda sobre el papel de las legislaciones o normativas, sino que su práctica es de cercanía y ejecución constante.

Así pues, cerramos este primer enfoque del patrimonio cultural inmaterial, nuevamente reduciendo desde lo general a lo más particular y centrarnos en el caso específico del territorio que nos atañe, pasamos pues, al siguiente enfoque.

III. Como derecho intelectual:

Como la mayoría de los conceptos con los que estamos trabajando, hablar de derecho intelectual es referir a un concepto dinámico que día a día sufre variaciones y especulaciones en cuanto a su fundamento teórico. Nosotros optamos por denominarlo como derecho intelectual, por razones que explicaremos más adelante. Pese a ello, muchos autores que citaremos le hacen referencia como propiedad intelectual, no obstante, a lo largo de la construcción de este apartado se utilizarán ambos términos de forma indistinta, deslindándonos así de debates terminológicos que no son el interés primordial de esta investigación.

Cuando hablamos de derecho intelectual o propiedad intelectual nos encontramos ante un concepto que representa el género donde lo más importante es su contenido o sus elementos. Situación similar a lo que pasa con el derecho cultural, la gran diferencia aquí es la manera en cómo se segrega este contenido. Para empezar, el organismo referente a la propiedad intelectual a nivel mundial es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), misma que aporta la siguiente definición: *La propiedad intelectual (PI) se refiere a las creaciones del intelecto: desde las obras de arte hasta las invenciones, los programas informáticos, las marcas y otros signos comerciales.* (OMPI, 2020, p. 1).

Observamos que la forma en que describe la propiedad intelectual es desgranando sus elementos, pues al reunir los demás conceptos aislados construimos un género que los contendrá para su construcción. Esta práctica de definir a la propiedad intelectual mediante su contenido, como si se tratará de una lista de aplicación también se observa en los teóricos. Por ejemplo, Solorio dice que la propiedad intelectual se:

... divide en dos grandes áreas: la propiedad industrial y los derechos de autor; y que la primera se divide a su vez en diversas figuras jurídicas de protección. Por su parte, los derechos de autor han ido evolucionando hasta incluir derechos conexos y sui generis. Sin embargo, éste es un caso peculiar donde los elementos que integran un género surgieron antes que el género mismo. (Solorio, 2017, p. 2)

En la definición expuesta, nos encontramos ante la característica de segregar el contenido como ya se había advertido. Sin embargo, lo más interesante es la última parte donde se refiere a la temporalidad en la construcción del concepto de propiedad intelectual, puesto que nos dice que sus elementos tuvieron cabida y existencia antes de ella, esto da muestra de lo mencionado al inicio sobre cómo le rodea un dinamismo teórico.

Ahora bien, De la Parra, establece que propiedad intelectual es un término genérico cuya labor es únicamente la de englobar otras categorías jurídicas. Desde su postura, el término más acertado es el de Derecho Intelectual, esto al debatir la imprecisión de la propiedad sobre el tema que regula. Independientemente de esta cuestión, el mismo autor reconoce que es una rama del derecho que poco a poco cobra relevancia al reconocerse su importancia y necesidad. Este autor sostiene que *La propiedad intelectual (o con mayor precisión: derecho intelectual) es una categoría global que conjunta una serie de figuras disímbolas, con pocas cosas en común...* (2014, p. 5).

A pesar de rebatir sobre la utilización de un concepto u otro, De la Parra también admite el uso indistinto de ambos. Lo que cobra más relevancia es que solo se detiene a decir que el de derecho intelectual es una categoría que engloba otras figuras, si bien más adelante describe cada una de estas figuras a su consideración, en cuanto a la definición no las aporta, incluso podríamos decir que tampoco arroja mucha substancia teórica.

Lo que sí es de mucha utilidad, es la forma en que esquematiza el contenido del derecho intelectual afirmando que existen una serie de instituciones interrelacionadas que lo construyen. El esquema que utiliza nos parece muy completo, derivado de ello, lo reproduciremos a continuación a manera de tabla para facilitar la visualización:

Derecho Intelectual.		
Derecho autoral.	Derecho Industrial.	
<ul style="list-style-type: none"> • Derechos de autor. • Derechos conexos. • Reserva de derechos. • Derecho sui generis sobre las bases de datos. • Derecho a la propia imagen. • Derecho sui generis sobre el folclore. • Derecho sui generis sobre los símbolos patrios. 	Signos distintivos: <ul style="list-style-type: none"> • Marcas. • Avisos comerciales. • Nombres comerciales. • Denominaciones de origen 	Creaciones industriales: <ul style="list-style-type: none"> • Patentes. • Modelos de utilidad. • Diseños industriales: • Dibujos industriales. • Modelos industriales. • Esquemas de trazado de circuitos. • Variedades vegetales. • Secretos empresariales.

(Fuente: Elaboración propia con base en De la Parra, 2014, p. 6).

Visualizarlo de esta manera nos facilita el distinguir a cuál contenido vamos a referir durante el desarrollo de la investigación. Entendemos que los elementos del derecho intelectual son demasiados y muchos de ellos no guardan mucha relación con nuestro tema. Entonces, para ubicarnos nosotros trabajaremos con el sector del derecho autoral, ya que este apartado se enfoca a las personas y a sus procesos de creación que tienen como resultado un fruto artístico y consideramos que cultural también. La rama autoral representa las creaciones del intelecto humano que implican la creatividad y el desarrollo de expresiones y manifestaciones de índole estética, enfocada a las humanidades y que reflejan el florecimiento de los sujetos. Con ello, no demeritamos el apartado de derecho industrial pues también contribuye al crecimiento y es incuestionable que contiene procesos creativos consigo. Pero el desarrollo de actividades de este tipo va encaminado directamente en un sentido comercial y de lucro especulativo, no decimos que el derecho autoral no lo contenga, pero la diferencia estriba en que no es su finalidad primordial.

Observamos que el derecho autoral, se subdivide a su vez en distintos elementos. Dentro de este apartado consideramos que el más pertinente es el derecho de autor, cuyas definiciones y contenidos desgranaremos más adelante. No estamos omitiendo que otra de las categorías en el esquema es el derecho sui generis sobre el folclore, sin embargo, el contenido que existe es muy escaso. Además, siendo esta una de las cuestiones principales que nos motiva a la realización de este trabajo, nos tocará auxiliar en su construcción en el siguiente capítulo. Por lo cual, en el presente apartado si tocaremos ese tema, pero los iremos interrelacionando con base en el derecho de autor, ya que comparten rasgos comunes aunado

a que la profundización que tiene este derecho es más amplia y se puede rescatar bastante contenido aplicable.

a. ¿Qué es el derecho de autor?

Responder una interrogante de este tipo implica un trasfondo sumamente extenso, no obstante, tratamos con un tema que ha sido desarrollado ampliamente por varios autores. La definición del derecho de autor es un tema relevante, pero su práctica y aplicación es lo más importante para nuestra investigación. Por esta razón, en este apartado nos limitaremos a realizar un trabajo compilatorio respecto a las definiciones que han apartado diversos teóricos e instituciones respecto al tema, dando nuestra opinión de ellas.

Para comenzar, Rangel Medina dice que “bajo el nombre de derechos de autor se designa al conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen y confieren a los creadores de obras intelectuales externadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, la fotocopia, el cinematógrafo, la radiodifusión, la televisión, el disco, el cassette, el videocassette y cualquier otro medio de comunicación” (1992, p. 88). Quisimos traer a colación esta definición debido a que plantea una serie de actividades que implican el incentivo creativo de la persona, situación que se verá en otras definiciones. Lo más interesante es la última parte cuando hace mención del disco, el casete y la videocasete, ya que nos muestra la forma evolutiva del concepto de derechos de autor y que su aplicación también es constante y adaptativa.

La segunda definición forma parte del Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la cual es trabajada por Pérez Duarte y dice lo siguiente:

Derechos concedidos por la ley en beneficio del autor de toda obra intelectual o artística. En ellos se comprende el reconocimiento de su calidad de autor; el derecho de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de su obra, que se lleve a cabo sin su autorización, así como toda acción que redunde en demerito de la misma o mengua del honor, del privilegio o de la reputación del autor; el derecho de usar o explotar temporalmente la obra por sí o por terceros, con propósitos de lucro y de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley. Tanto el reconocimiento de la calidad de autor, como

el derecho de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de la obra son derechos personales, perpetuos, imprescriptibles e irrenunciables. Su ejercicio puede ser transmitido por disposición testamentaria. (1983, p. 212)

Sin duda una definición algo extensa pero llena de contenido significativo. Resaltamos varias cosas, la primera de ellas es que en esta definición se enfoca a acciones y no a situaciones a diferencia de la anterior, ya menciona lo que se le confiere al autor por su condición de creador como aquello que puede hacer para defender su obra. Lo segundo, es que también en la parte final aporta características que tiene el derecho de autor, cuando menciona que son personales, perpetuos, imprescriptibles, irrenunciables y heredables, es relevante, toda vez que se le comienza a dar una carga de particularización a las prerrogativas que de este derecho emanan.

Por último, Serrano quien menciona que: “El derecho de autor es un monopolio legal, de carácter temporal que el Estado otorga a los autores para la explotación de sus obras. Este derecho tiene contenido moral y patrimonial.” (2008, p. 52). Aquí vemos otra particularidad que la forma en que se divide el contenido del derecho de autor, cuando refiere a moral y patrimonial, se trata de prerrogativas de índole diversa pero un origen común que persiguen fines distintos. Esta situación de división también se observa en definiciones más recientes como la de Ancona que dice: “... el derecho de autor es el conjunto de derechos, privilegios y prerrogativas de carácter personal y patrimonial de que gozan los creadores de obras artísticas y literarias reconocidas como tales por la ley” (2012, p. 52).

Dejamos estas dos definiciones en la última parte para resaltar la división de contenido, inclusive un ejercicio similar es el que aplica la Ley Federal del Derecho de Autor que de acuerdo con su artículo 11, los define de la siguiente manera:

Artículo 11. El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley¹¹, en virtud

¹¹ El artículo 13 se encarga de establecer las ramas de aplicación del derecho de autor, siendo las siguientes en orden de acuerdo a sus fracciones: I. Literaria; II. Musical con o sin letra; III. Dramática; IV. Danza; V. Pictórica o de dibujo; VI. Escultórica o de carácter plástico; VII. Caricatura o historieta; VIII. Arquitectónica; IX. Cinematográfica y demás obras audiovisuales; X. Programas de radio y televisión; XI. Programas de cómputo; XII. Fotográfica; XIII. Obras de arte aplicado que incluyen diseño gráfico o textil y XIV. De compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual.

del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial.

En la última parte de la descripción se repite dicha división lo que demuestra que tiene aplicabilidad con base en nuestra normativa, pero ¿Qué significa? Pues bien, para dar respuesta a esta interrogante es necesario adentrarnos en la bifurcación del derecho de autor, donde explicaremos el contenido de la división mencionada dentro del próximo apartado.

b. Bifurcación del derecho de autor.

Bifurcar significa dividir en dos apéndices o partes, y el derecho de autor tiene una bifurcación notoriamente marcada. Su estructura tiene dos orientaciones, por un lado, los derechos morales; y por otro, los derechos patrimoniales, desgranar su contenido es de lo que nos encargaremos en este apartado.

La bifurcación del derecho de autor se hace necesaria ya que nos encontramos ante un concepto variable, que poco a poco ha logrado su configuración. Razón por la cual, su contenido no se puede encuadrar en una sola categoría, tiene que irse adecuando conforme a sus necesidades. El derecho de autor emana de las creaciones del intelecto humano por lo cual a cada uno de sus autores les es atribuible condiciones respecto a su obra, existen aquellas que le permiten obtener un lucro comercial y aquellas que ofrecen un reconocimiento o respeto, conformando así los derechos morales y patrimoniales.

Para ayudar en la estructura de nuestra investigación trataremos de forma separada cada uno de estos derechos, elaborando un plano recopilatorio conceptual de cada uno de ellos, de la siguiente manera:

A) Derechos morales:

Al respecto, existe una discusión sobre su uso terminológico, ya que todo derecho tiene que ser de contenido necesariamente moral. Autores como Rogel Vide insisten en que su denominación correcta debería ser *facultades personales del autor* (2002, p. 41). Si bien, adentrarnos en esta cuestión no es de interés primordial para nuestra investigación, existe una corriente con la que concordamos completamente. La expone Obón León, cuando indica que

este término es carente de una connotación ética, sino que hace alusión a una especie de tutela que tiene su origen en la actividad intelectual artística de las personas (1996).

Así pues, según Magaña Rufino, los derechos morales en concreto “son los derechos de reconocimiento y respeto, concedidos al autor sobre su obra, por el simple hecho de haberla creado” (2013, p. 39). Observamos que los adjetivos utilizados son reconocimiento y respeto, dejando con ello de lado las implicaciones económicas que se pudieran generar. Resaltamos además que, conforme a este autor, los derechos morales nacen desde la creación de la obra y no es necesario ejercer algún otro tipo de acción para que cobren vigencia.

El siguiente autor es De la Parra, defensor del derecho intelectual, quien tiene un concepto un tanto diferente del anterior, siendo el siguiente: “El derecho moral consiste en una serie de prerrogativas que pretenden proteger la personalidad del autor a través de su obra, su finalidad última es la tutela de la dignidad de los autores” (2014, p. 56). Para este autor la mención de lo moral alude directamente a aquello no económico. Se trata de un derecho personalísimo, en donde independiente de la compensación económica, lo importante es no desvirtuar el pensamiento y concepción del autor, que su esfuerzo se vea recompensado con reconocimiento. Características de este tipo tienen su origen en el enfoque preminentemente humanista de esta institución jurídica.

Caso curioso es el que manifiesta Solorio, cuando cae en la definición por listado sosteniendo que “dentro de los derechos morales se encuentra el derecho de divulgación, paternidad, respeto a la obra, modificación de la obra y el derecho de repudio” (2017, p. 226). Escoger estos derechos enlistados no es una casualidad, puesto que son casi los mismos que señala nuestra legislación en su artículo 21, mismo que se reproduce a continuación:

Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:

- I. Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita;*
- II. Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima;*
- III. Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;*
- IV. Modificar su obra;*

- v. *Retirar su obra del comercio, y*
- vi. *Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción.*

Entendemos que con la situación casuística que señala la ley es suficiente para entender, aunque sea de forma superficial, la aplicación de cada derecho moral. Reconocemos que cada uno de estos derechos tiene su propio contenido que merece ser particularizado pero ese trabajo excede los fines esenciales de nuestra investigación.

Para cerrar este primer apartado, la definición que consideramos describe de mejor manera a los derechos morales es la que expone Parets, cuando dice que:

Éste es un derecho de carácter personal que está unido al autor y que como derecho sobrevive incluso a la muerte del creador, no transfiriéndose tales derechos a los herederos, sino que éstos vienen obligados a la defensa de los aspectos de paternidad e integridad sobre la obra.

En otras palabras, estamos en presencia de un derecho consustancial y exclusivo del creador, una cualidad jurídica que solo se reconoce con el acto de creación original y fijación material de la misma, independientemente del mérito, destino o modo de expresión. Por lo que, siendo éste un derecho personal y distintivo del creador, tiene una gran vinculación con la obra... (2017, p. 57).

Esta definición contiene todos los elementos que nos ayudan a describir los derechos morales. Aunque no menciona de forma explícita la ausencia del contenido económico se entiende por su redacción que no es su búsqueda primordial. Una situación interesante, es ver como utiliza dos tipos de connotaciones para referirse a la persona titular de los derechos morales, nombrándole en primer momento como autor, esto al cumplimentarse los elementos de creación y fijación de la obra. En segundo momento, se le nombra creador para hacer notar una vinculación entre la persona, su proceso creativo y el fruto del mismo, haciendo ver que los derechos morales son una situación consustancial. Es decir, devienen con cada uno de estos pasos en su conjunto y a la vez exclusivos, ya que con su ejecución se vuelven oponibles a terceros.

Antes de terminar, como mero comentario, Parets reconocer como derechos morales los siguientes: 1) Derecho de divulgación de la obra, 2) Derecho de paternidad de la obra, 3) Derecho de integridad de la obra, 4) Derecho de retiro de la obra y 5) Derecho de oposición

de la obra (2017). Con este comentario cerramos el primer plano recopilatorio, siendo turno de los derechos patrimoniales.

B) Derechos patrimoniales:

Los derechos patrimoniales tienen su fundamento en el aprovechamiento lucrativo, significan la facultad exclusiva de los autores para explotar su obra comercialmente. Representan aquella retribución que tienen los autores por la creación de su obra en recompensa a su esfuerzo y creatividad intelectual. Por lo cual, su contenido y ejercicio es meramente económico.

Comenzando con el recopilatorio, Magaña hace una descripción de los derechos patrimoniales de la siguiente manera:

... los derechos patrimoniales, en sentido amplio, se traducen en las facultades que goza el autor para permitir o prohibir la utilización de su obra a terceros (derechos de explotación o derechos de exclusividad), así como para cobrar ciertas cantidades de dinero cuando se realicen determinados usos de sus creaciones (2013, p. 44)

Detectamos dos cuestiones relevantes, la primera, es que estos derechos suponen una facultad de reserva de las creaciones autorales, impidiendo la utilización de estas hacia terceros, lo cual nos lleva a pensar en una forma de en qué se consigue el aprovechamiento económico esta fincada en la exclusividad. La segunda, es el evidente cobro por el uso de las creaciones que ejemplifica la explotación comercial.

De la Parra es nuestro siguiente autor y presenta un caso curioso, puesto que nombra a este tipo de derechos como derechos de explotación. Sin embargo, hace un parangón respecto a los que enlista la normativa y coincide en que pese a la diferencia en la terminología son similares. Pues bien, este autor dice que “por lo que se refiere al derecho de explotación..., este se caracteriza por ser un derecho exclusivo o monopolio legal, mismo que faculta al autor para autorizar o prohibir a terceros la utilización pública de las obras” (2014, p. 60). De acuerdo con su concepción, esta prerrogativa tiene como propósito que el autor tenga la posibilidad de obtener ingresos económicos derivados de su obra. Lo más sobresaliente es la denominación de monopolio legal pues ya no solo representa la facultad personalísima del accionar de autor, sino que traen consigo un deber correlativo a toda

persona consistente en una abstención de la utilización de las obras sin la autorización pertinente.

Respecto a la idea anterior, se complementa con la concepción que proporciona Solorio pues dice que “los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir la reproducción, publicación, edición, fijación, comunicación pública, transmisión pública, etc” (2017, p. 226). Referir un acto de prohibición en este caso, simboliza la naturaleza de una obligación jurídica del autor exigible a terceros. Existe debate expuesto por el mismo autor respecto a la condición de prohibición, puesto que significaría que mientras no existe la disposición expresa que manifieste la prohibición, se podría hacer uso de todos los derechos patrimoniales que se desprenden. Solorio sostiene que debería referirse a este tipo de derechos solo como una autorización por parte del autor, que conlleve de forma implícita una obligación de no hacer, es decir, mientras no se tenga autorización no se puede hacer uso de las obras.

No obstante, diferimos de esta posición y consideramos que ambos supuestos son aplicables en este tipo de derechos. Ya que existe la disposición de exclusividad, el autor es quien puede autorizar a quienes pueden hacer uso comercial de su obra, inclusive puede designar para que solo puedan utilizar parte de la misma. Pero también, debe tener la facultad de prohibir cuando alguien haga ciertos usos sea por desconocimiento o aprovechamiento, incluso puede de retirar partes de su autorización mediante la prohibición. Ya que dicha facultad prohibitiva también estaría ligada a sus derechos morales, independientemente del apartado económico, pudiendo utilizar la prohibición por respeto u honor de su obra creativa.

Con relación a la facultad de autorización o prohibición, se entiende que para el caso de los derechos patrimoniales existen más agentes que utilizan la obra además del autor. Tenemos entonces que, a diferencia de los derechos morales, estos no tienen un carácter completamente personal, toda vez que la titularidad se puede ceder. De forma tal, que como menciona Parets “los derechos patrimoniales representan el conjunto de facultades de carácter económico que tiene el autor o titular en su caso, para disponer sobre la explotación de la obra en cualquiera de las manifestaciones previstas por la Ley Federal del Derecho autor” (2017, p. 100). Es que la explotación económica no solo la puede hacer el autor, sino

a quien este autorice, por lo que en cuanto entra un agente diverso es que se pierde el carácter personalísimo.

También se resalta la mención a la Ley Federal, por ello, para cerrar este plano recopilatorio nos dirigiremos a nuestra normativa. La cual, explica en que consiste el derecho de autor conforme al artículo 24, mismo que se reproduce a continuación:

Artículo 24.- En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece la presente Ley y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales a que se refiere el artículo 21 de la misma.

Observamos la utilización compartida que ya hemos mencionado con anterioridad respecto al autor y las persona que este autorice. También la correlación sobre el menoscabo de los derechos morales. No obstante, aún no se hace mención sobre ¿Cuáles son estos derechos patrimoniales? Antes de dar respuesta a esta pregunta, reconocemos que todos los autores citados aportan su propia lista de derechos patrimoniales, los cuales eran muy parecidos entre sí, por lo cual, encontramos que el plano coincidente era la disposición normativa.

Antes de reproducir lo que dice la ley, admitimos que cada uno de estos derechos tiene un trasfondo que va más allá de la enunciación normativa. Que su estudio amerita que sea pormenorizado a cada uno de ellos, situación que nuevamente sobre pasa nuestros fines. De modo que, nuestra tarea será nuevamente dar un plano superficial de los derechos morales, que encontramos conforme a lo estipulado en el artículo 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor, mismo que se reproduce a continuación:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

- I. La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar.*
- II. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras: a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas; b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas; c) El acceso público por medio de la telecomunicación, incluida la banda ancha e Internet y d) La puesta a*

disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

- III. *La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por: a) Cable; b) Fibra óptica; c) Microondas; d) Vía satélite, o e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.*
- IV. *La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley;*
- V. *La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización;*
- VI. *La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y*
- VII. *Cualquier utilización pública de la obra salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley.*

Con esta delimitación casuística cerramos el apartado de los derechos patrimoniales y en sí la bifurcación de los derechos de autor. Ya hemos repasado lo que se puede considerar como el contenido de los derechos de autor, así como los derechos que conlleva. Por consiguiente, es momento de hablar de ¿Cómo se construye el derecho de autor? Situación que se explicará en el siguiente apartado.

c. Construcción del derecho de autor.

Toca el turno de hablar sobre la construcción del derecho de autor, en este bloque vamos a referenciar cuales son elementos que debe contener para su conformación. Ya referimos que existe discusión sobre la corporeidad del derecho de autor, y sus debates sobre si en este recae una especie de propiedad. Derivado de ello, aclaramos que el contenido que trataremos a continuación versa sobre el proceso que deviene al alcance del derecho de autor, limitando aquellos pasos necesarios para que se produzca, así como los elementos que su creación conlleva.

Razón por la cual, hacemos referencia a que el derecho de autor tiene elementos que se dan de forma interiorizada, es decir, dentro de la persona. También cuenta con elementos que se sustentan de forma exteriorizada, para que tengan repercusión entre el resto de la población.

Adentrándonos al tema, los elementos que consideramos se dan de forma interiorizada los basamos en la teoría expuesta por Parets (2017), denominada *trilogía estructural funcional*. Como hace referencia esta teoría, son tres los elementos que la componen, que son el *hombre*, la idea y la creación. Para efectos de esta investigación utilizaremos el término persona, ya que se trata de un término adecuado e incluyente. No obstante, esta preferencia terminológica no pretende alterar el fondo de ninguno de los postulados del autor.

Siendo así, el primero de los elementos es la persona, ya que como menciona Parets *es el único capaz de crear, pero esta labor es únicamente posible dentro del proceso de creación intelectual* (2017, p. 25). Este proceso se da al interior de la persona y se caracteriza por un determinado tiempo de enfoque, un acto material y el reflejo de su personalidad que recae sobre dicho acto. El factor humano es el precedente que le da sostén al derecho de autor, su sola esencia es la que convierte en viables las creaciones para ser sujetas a la protección que otorga este derecho. Si bien, reconocemos que existen polémicas sobre las creaciones por especies no humanas, como animales o mediante el uso de programas con inteligencia artificial, no nos adentraremos en ello, ya que se trata de cuestiones larvarias y que sin duda encontrarán huecos jurídicos interesantes en un futuro.

El producto de un proceso de creación intelectual es la obra, digamos que nace gracias a ello. La idea es el componente esencial que aporta el ser humano, para contribuir en la generación de la obra, misma que consiste en el segundo elemento de la trilogía estructural. El proceso de creación intelectual se da a través de las personas y consiste en *un acto eminentemente volitivo del creador que representa el reflejo de su personalidad materializado en la creación* (Parets, 2017, p. 29). Es como si se tratará de un paso a paso, primero está la persona como epicentro, segundo es la persona teniendo una idea y tercero, es el trabajo de dicha idea para obtener una creación.

Llegado a este punto, trataremos con la idea, misma que representa el esfuerzo creativo que tendrá como finalidad irse desprendiendo en la obra, para llegar a obtener características particulares que la diferencian de otras obras. Dicho de otro modo, mediante la ideación, facultad exclusiva de cada persona es que se produce la originalidad del producto intelectual como diferenciador, pero todo este elemento se da de forma aún interiorizada.

Entonces, sabemos que la ideación surge del desarrollo del pensamiento humano hacia cualquier manifestación, por ejemplo, artística o literaria. Se da el compilado central en la mente del creador donde su expresión y criterio cobran forma, fijando características propias, es como un proceso de pulido interno. Conforme la idea va adquiriendo particularidades específicas que satisfagan las necesidades del autor y estas aterrizan en un soporte material es que se procede a una fijación y con ello se alcanza la última etapa de la trilogía, la creación.

La creación es el aterrizaje de la idea en la realidad, tratándose de un requisito esencial del derecho autor. Las ideas por sí mismas no son sujetas a este derecho, deben llevar labor creativa ejemplificada en un soporte material y sensible. Es gracias a la creación, que las ideas adquieren ese soporte, puesto que ya no se encuentran de forma única en la mente de un solo individuo, sino que pueden ser apreciadas por cualquier otra persona.

Ahora bien, esta trilogía compete a elementos interiores inclusive hablando de la persona, es hasta la creación cuando comienza a plasmarse dentro del plano sensible. Por lo cual, es momento de hablar de aquellos elementos que se reflejan hacia el exterior, siendo la ya mencionada fijación el primero de ellos. Para explicar la fijación, basta remitirnos al artículo 6 del Ley Federal del Derecho de Autor, misma que menciona lo siguiente:

Artículo 6o.- Fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, que, en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación.

El punto clave de la fijación es que la obra se encuentre expresada en algún soporte material, esto facilitará a la percepción. Es decir, lo convertirá en sensible para todas las personas. A consideración de Parets, la fijación debe constar de tres características, siendo las siguientes:

- a) *Necesidad de desarrollar el pensamiento humano en cualquier manifestación artística o literaria;*
- b) *Materializar la idea;*
- c) *Adquiere particularidades específicas cuando el proceso de ideación es compartido con otras personas (2017, p. 30 y 31).*

En síntesis, estos elementos demuestran el desarrollo del proceso creativo a través de la persona, misma que aterriza la idea en los soportes volviéndola sensible y perceptible. Lo interesante es la última de las características, ya que las ideas pueden ser auxiliadas, por otras personas, inclusive pueden ayudar a darle origen. Es aquí donde nace la figura del coautor, que versa sobre una pluralidad de creadores sobre una misma obra. Este punto lo tocaremos con mayor detenimiento el próximo capítulo, sobre todo lo referente a la pluralidad en la materialización de la obra, sin embargo, era importante mencionarlo en este punto como un precedente.

Refiriendo precedentes, haremos una mención sutil sobre otro de los elementos exteriores a nuestra consideración, estamos hablando del registro. Si bien, no es nuestra intención elaborar una redacción procesal de lo que implica la normativa del registro, ya que ello, es una labor más que nada administrativa. Nuestra intención es considerar al registro como un elemento más aunado a la construcción del derecho de autor, si bien, este derecho se alcanzaría con la fijación, el registro representaría el reconocimiento total de la facultad de autor, ahora ¿Por qué lo referimos como precedente?

Pues bien, el registro al otorgar un derecho de exclusividad de la obra otorga la acción de hacerlo oponible a terceros. Esto quiere decir, que los autores pueden limitar el uso de sus obras registradas y accionar la ya referida bifurcación del derecho de autor entre los derechos patrimoniales y morales. Como tal podría tratarse de una autorización para obtener provecho y beneficios de sus obras, así como la vía para hacer valer su respeto, preservación y mantenimiento. Todo esto conlleva a una forma de protección jurídica, y estos temas también se abordarán de forma completa en el próximo capítulo.

Así pues, hemos hecho un desglose del contenido teórico del derecho de autor, pero lo importante es establecer la concepción que tiene este derecho con relación al patrimonio cultural inmaterial, siendo esta la tarea primordial del siguiente apartado.

d. Concepción del patrimonio cultural inmaterial:

Las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial no están alejadas del derecho de autor. Su contenido y ejecución asentada en una realidad y tiempo determinado determinan sucesos que propician la producción cultural, se ven revestidos con la esencia y originalidad de las personas que auxilian en su creación. Como menciona Álvarez:

El acto de creación es comúnmente entendido como el proceso mediante el cual una o varias personas, en ejercicio de su intelecto y de sus emociones, producen un objeto material o inmaterial que transmite valores, ideas y conocimiento, el cual contribuye -entre otros aspectos- a forjar la identidad cultural de una colectividad (2005, p. 114).

Destacamos el hecho de que el producto de todo acto de creación puede ser inmaterial, como es el caso que nos apremia. La transmisión de las personas hacia los objetos, bienes o manifestaciones culturales, sea cual sea su forma, nos hace pensar en que elementos del derecho de autor recaen sobre ellos. Ya que se reconoce que los conceptos de autoría y creación resultan fundamentales en la producción cultural.

Entendemos entonces que la propiedad intelectual y no solamente el derecho de autor se encuentra al servicio del patrimonio cultural. El propio quehacer cultural que generan las personas en todos sus ámbitos nutre los derechos intelectuales. Los recorridos de la propiedad intelectual benefician no solo a los creadores y a los autores de forma singular, sino que el beneficio extrapola a las colectividades. Si nos enfocamos al derecho de autor propiamente, no dudamos en afirmar que su fundamento y razón de ser es el fomento a la cultura y al conocimiento. Con relación a este tema Canales & Soffia sostienen que la regulación del derecho de autor *se encuentra indisolublemente ligada a la generación de incentivos para el progreso humano (2013. p.122).*

Los temas que repercuten al cuidado, promoción y sostenimiento del patrimonio cultural han sido puntos clave en las agendas gubernamentales, como se retoma son incentivos para el progreso humano colectivo. Estas tareas han alcanzado repercusión en organizaciones internacionales llegando hasta la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

La OMPI, en 2017 emitió la Guía Práctica sobre la Propiedad Intelectual para los Pueblos Indígenas y las Comunidades Locales. Este trabajo lo tituló como *Promueva y*

*Proteja su cultura*¹², el interés de esta guía estuvo basado en el rico acervo de conocimientos tradicionales que poseen estos pueblos y comunidades llegando a la conclusión de que el sistema de propiedad intelectual podría ser un aliciente para proteger y promover.

Si bien, esta guía brinda un panorama general del sistema de propiedad intelectual y sus fundamentos, se reconoce que este sistema no da solución a todas las problemáticas que pudieran tener este tipo de manifestaciones. Lo que si trató de especificar es que existen diversas categorías de propiedad intelectual que pueden ser afines a las necesidades de los pueblos y comunidades, siendo así su utilización debe ser estratégica para ubicar las necesidades y adecuarlas a una categoría de la propiedad intelectual pertinente.

El fundamento de la guía se encuentra segmentado a las necesidades sobre producción cultural que tienen los pueblos indígenas y las comunidades locales. Esto representa un gran avance, pues se pensaría que los sistemas de propiedad intelectual son algo sumamente sofisticado y alejado de este tipo de población cuando la realidad es que las creaciones intelectuales se dan de forma concreta dentro de todos los seres humanos. Por lo cual, la guía no representa un manual donde se enliste el paso a paso para llevar a cabo un registro común, sino que pretende concientizar y entender que su producción cultural es propiedad intelectual.

Por ello, uno de los primeros temas que aborda es la distinción que hace entre los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, misma que plasmamos a continuación:

Los conocimientos tradicionales (CC.TT.) son los conocimientos especializados, capacidades, innovaciones y prácticas que son propios de los pueblos indígenas y las comunidades locales, mientras que las expresiones culturales tradicionales (ECT) designan las formas materiales e inmateriales por cuyo medio se expresan, comunican o manifiestan los conocimientos y las culturas tradicionales (OMPI, 2017, p. 9).

Ya que esto nos ayuda a diferenciar, sobre qué tipo de manifestaciones se puede utilizar cada categoría de la propiedad intelectual. Por ejemplo, la utilización de herbolaria y su propiedad medicinal puede recaer como un conocimiento tradicional; mientras que las danzas y canticos en los rituales serían una expresión cultural. Lo más interesante, es que la

¹² El material puede consultarse en: <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=4195>

misma guía afirma que dentro de la gran cantidad de expresiones pueden existir híbridos que contengan tanto parte de conocimiento como expresión cultural.

Hacemos aquí una pausa reflexiva, si sabemos que existen conocimientos tradicionales que representan un avance y cierta originalidad, expresiones que se asientan en la realidad y pueden ser apreciadas por la colectividad y todo esto recae sobre personas en específico, capaces de darles sentido y producción. Es que nos estamos encontrando ante los mismos elementos de la trilogía estructural funcional, donde la persona, la idea y la creación se conjuntan para darle sentido a un bien, producto o manifestación cultural. Es entonces que se repiten elementos, pero en un contexto diverso siendo esto lo que produce la diferenciación en el ámbito legal y aleja un tanto a los sistemas de protección intelectual. Asimismo, se asemeja a un sistema de protección del patrimonio cultural, sin duda un tema interesante pero que aún no es momento de desarrollarlo a fondo.

Concluida la pausa y retomando el contenido de la guía, un factor importante que reconocer es el hecho de la temporalidad en este tipo de manifestaciones, como menciona: *Aunque los CC.TT. y las ECT existen desde mucho antes de que naciera el sistema de propiedad intelectual, recién hace muy poco se entendió que merecían recibir la protección que brinda la propiedad intelectual* (OMPI, 2017, p. 10). Es que se cree que el sistema de propiedad intelectual nació con la finalidad de otorgar reconocimiento y protección a las creaciones nuevas, otorgando una recompensa al ingenio de los creadores. Por exclusión, quedarían fuera del sistema tanto las expresiones como conocimientos tradicionales que representan evidentemente el patrimonio cultural inmaterial.

No obstante, la finalidad de la guía es precisamente demostrar que sobre estas manifestaciones existen elementos suficientes para que se recurra al sistema de propiedad intelectual como medio de protección y reconocimiento. Dentro de las categorías que maneja la guía encontramos las patentes, las marcas, las indicaciones geográficas, los diseños industriales y el secreto comercial todas estas pertenecientes al área del derecho industrial. Sin embargo, la categoría más relevante para esta investigación es claramente el derecho de autor.

Proteja y Promueva su Cultura infiere en el hecho de que el derecho de autor puede emplearse para alcanzar a proteger tanto las expresiones como los conocimientos culturales,

reflejo del patrimonio cultural inmaterial. Pero no nos aporta un panorama de las dificultades que podemos encontrar para ello, siendo por una parte la variedad de las disposiciones normativas dentro de los documentos legales en cada país, recordemos que la OMPI es una organización de carácter internacional. El otro tema es la problemática de la autoría en sí, para poder definir quién es el autor primigenio, mencionando lo siguiente:

Ocurre a menudo que no es posible saber quién es el autor o creador de una determinada expresión cultural tradicional, pues las ECT son colectivas por naturaleza y se transmiten de generación en generación. Esa transmisión de una generación a la siguiente hace que las ECT evolucionen de forma permanente, es decir, se recrean y adquieren nuevas formas en el seno de la respectiva comunidad local o pueblo indígena (OMPI, 2017, p. 26).

Sin duda, el derecho de autor también puede recaer sobre las obras que no tienen un creador reconocido, identificado o identificable. Basta enfocarnos a nuestra Ley Federal del Derecho de Autor, misma que en su artículo 4 establece lo siguiente:

Artículo 4o.- Las obras objeto de protección pueden ser:

A. Según su autor:

II. Anónimas: Sin mención del nombre, signo o firma que identifica al autor, bien por voluntad del mismo, bien por no ser posible tal identificación...

Si la idea es adentrarse a la normativa específica de cada país, en México encontraríamos recovecos donde son tocantes del derecho de autor este tipo de manifestaciones. No solamente se trata de un ejercicio interpretativo en el autor anónimo, sino que como mencionamos en el capítulo anterior la propia ley incluye un apartado dedicado únicamente a las Culturas Populares y de las Expresiones Culturales Tradicionales.

Para cerrar este apartado reconocemos que la propiedad intelectual tiene una aplicación con relación al patrimonio cultural inmaterial. Dentro de la diversidad de figuras encontramos la más adecuada al derecho de autor, mismo que representa la actividad creativa de las colectividades y el conocimiento que se transmite de generación en generación. Sin lugar a dudas la concepción del derecho intelectual tiene enfoques patrimoniales, y no solo como la bifurcación autoral sino como un verdadero fomento al patrimonio. En este apartado dejamos algunos precedentes que serán retomados con mayor profundidad, puesto que es

claro que la figura del derecho de autor es una forma de protección y resguardo para el patrimonio, pero su aplicabilidad la trataremos en el siguiente capítulo.

e. La situación en el Estado de Guanajuato del patrimonio cultural inmaterial como derecho intelectual:

Finalizando este capítulo toca explicar el contexto en que se desarrolla el derecho de autor, por lo menos, en el estado de Guanajuato. Antes que nada, es necesario mencionar que, de acuerdo con el sistema de leyes y competencias del estado mexicano, lo relativo a la propiedad intelectual, sea propiedad industrial o derechos de autor le compete directamente a la federación. Por tanto, no existe una ley que particularice la situación del estado de Guanajuato, sino que el accionar que se desenvuelva tiene que ajustarse a la Ley Federal del Derecho de Autor.

Siendo esta ley un documento que ya hemos referenciado en diversas ocasiones y que lo seguiremos haciendo. No nos detendremos en dar un apartado normativo. Nos enfocaremos a la situación institucional, siendo el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR) el encargado de dar el seguimiento a los derechos de autor en el país.

Primero enfoquémonos en cuanto a su estructura y dependencia. El INDAUTOR, ha vivido una ambivalencia institucional recientemente pues hasta hace poco se encontraba incorporada a la Secretaría de Educación. Sin embargo, en el año 2017 se adhiere a la Secretaría de Cultura¹³. Su adherencia a esta Secretaría es un reflejo de los temas que trata, y que, si bien el ámbito educativo también es primordial en la generación de conocimiento, recordemos que la razón de ser del derecho de autor es el fomento a la cultura. Por este motivo, encontramos adecuada su incorporación.

El papel que guarda el INDAUTOR dentro de la Secretaría de Cultura es el de un organismo desconcertado, esto quiere que decir que estamos ante un ente público cuya responsabilidad es aplicar una regulación, para el caso específico la Ley Federal del Derecho

¹³ Esto mediante el Acuerdo por el que se adscriben orgánicamente las unidades administrativas y órganos administrativos desconcentrados de la Secretaría de Cultura, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2017. Enlace de consulta: http://www.indautor.gob.mx/documentos/marco-juridico/Acdo_SC%20adscripcion%20de%20unidades%20y%20org_desconcentrados.pdf

de Autor. Dentro de su regulación encontramos temas relacionados al patrimonio cultural y su desarrollo. En su sitio web el INDAUTOR se describe de la siguiente manera:

... órgano desconcentrado encargado de proteger y fomentar los derechos de autor; promover la creatividad; controlar y administrar el registro público del derecho de autor; mantener actualizado el acervo cultural de la nación y promover la cooperación internacional y el intercambio con instituciones encargadas del registro y protección del derecho de autor y los derechos conexos.¹⁴

Se trata entonces de una entidad administrativa que maneja los derechos de autor para auxiliar a la contribución del acervo cultural. Para entender su estructura, nos remitimos al Reglamento Interior del Instituto Nacional del Derecho de Autor, mismo que en su artículo 7 fracciones IV y V, establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 7.- Son facultades indelegables del Director General, además de las establecidas en el Artículo 106 del Reglamento, las siguientes:

IV. Coordinar con las diversas instituciones públicas y privadas, nacionales o extranjeras, acciones que tengan por objeto el fomento y protección del derecho de autor y de los derechos conexos, el auspicio y desarrollo de creaciones culturales, así como la difusión de las culturas populares;

V. Propiciar la participación de la industria cultural en el desarrollo y protección del derecho de autor y de los derechos conexos...

Tenemos así que el director general, quien representa el máximo puesto de mando frente al INDAUTOR. Tiene como tareas principales, por un lado, la difusión del derecho de autor como parte de las culturas populares; y por otro, promover el respeto del derecho de autor dentro de la industria cultural. Este tipo de fracciones, representan puntos de encuentro entre el sistema de protección autoral con el patrimonio cultural inmaterial, alcanzando conexas en cuanto a su práctica.

Otra de las tareas fundamentales es el respeto y acciones de vigilancia sobre el derecho de autor que recae sobre las culturas populares, es decir, si la ley tiene un capítulo diseñado específicamente para ello debe haber un encargado de hacerlo valer. Por lo cual tenemos que el artículo 12 en su fracción XIV refiere lo siguiente:

¹⁴ Se anexa el enlace de consulta: <http://www.indautor.gob.mx/ficha-descriptiva.php>

ARTÍCULO 12.- Son atribuciones del Director de Protección contra la Violación del Derecho de Autor:

XIV. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley y su Reglamento en materia de culturas populares.

Así damos cuenta que las acciones del INDAUTOR como institución no solo recaen en una mención sobre el director general, sino que a la par existen áreas especializadas para atender sus necesidades como la Dirección de Protección contra la Violación del Derecho de Autor. Si bien, no es nuestro interés desgranar por completo el organigrama del INDAUTOR, si es necesario desarrollar estos planteamientos para entender el contexto y las áreas encargadas dentro del instituto.

De esta manera cerramos lo relativo a la visión institucional, quedando pendiente el tema de las políticas públicas. En este sentido, el INDAUTOR no es una autoridad idónea para elaborar planes de gobierno o estructuras de trabajo, ya que su funcionamiento depende del órgano al cual se encuentra adherido. En este caso la Secretaría de Cultura.

Pues bien, la Secretaría de Cultura si ha emitido un documento relacionado con ello. Estamos hablando del Programa Sectorial de Cultura 2020 – 2024, mismo que se trata de un tramado estratégico derivado del Plan Nacional de Desarrollo 2020 – 2024. Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 2020¹⁵ y tiene su fundamento en 12 principios rectores y tres ejes generales, los cuales promueven la transformación de la vida pública de México y propugnan por un nuevo modelo de desarrollo económico y de ordenamiento político, institucional y de convivencia entre los sectores sociales.

Los tres ejes generales son: 1) Política y Gobierno, 2) Política Social y 3) Economía; en cuanto a su contenido el Programa Sectorial de Cultura hace referencia tanto al patrimonio cultural inmaterial como al derecho de autor. Este programa, establece un análisis del estado actual donde con base en las necesidades detectadas por la Secretaría de Cultura.

En lo referente al patrimonio cultural inmaterial, lo hace en el apartado de *Patrimonios Culturales*, estableciendo lo siguiente:

¹⁵ Programa Sectorial de Cultura 2020 – 2024, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 2020. Enlace de consulta: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/563292/PSC-DOF.pdf>

Existen importantes desafíos y oportunidades en las áreas de la antropología, la historia, la arqueología y la paleontología, de la preservación de bienes muebles e inmuebles, de registros fonográficos y audiovisuales, de bienes artísticos y documentales, así como de implementación de acciones de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (PCI), entre otras. En este contexto, la Secretaría de Cultura realizará diversos esfuerzos para garantizar la conservación del patrimonio cultural; brindar la adecuada protección técnica y legal; impulsar la identificación, registro y catalogación de bienes culturales, y formar a profesionales en las diversas disciplinas relacionadas. (Programa Sectorial de Cultura 2020 – 2024, 2020, p. 8)

Se detectan necesidades y desafíos con relación a ambos tipos de patrimonio. Lo que resalta es la búsqueda de implementar acciones de salvaguardia y que una de las vías para lograrlo es brindar la adecuada protección legal. Situación que puede alcanzarse a través de un derecho de autor.

Con relación a este tema, el programa lo menciona en el apartado de *Derechos de autor y Derechos Colectivos*, estableciendo lo siguiente:

La protección de los derechos relacionados con la propiedad intelectual de obras y creaciones culturales es una tarea fundamental para el Estado mexicano. En la actualidad, las nuevas prácticas de consumo cultural y la amplia disponibilidad de recursos tecnológicos para el consumo de obras representan un desafío para la protección de los derechos de las y los autores.

En un contexto donde el consumo, la reproducción y circulación ilegal de obras constituyen un grave problema para la protección de las creaciones de individuos, colectivos y comunidades, la divulgación y protección del derecho de autor es crucial para que la diversidad creativa e innovadora en México sea reconocida y respetada. Será una tarea esencial para las instituciones del Sector el fortalecimiento de la cultura del derecho de autor, con la finalidad de propiciar la mejora de las condiciones económicas de las personas creadoras, así como una mayor producción, desarrollo y circulación de bienes culturales.

Será prioridad para las instituciones del Sector colaborar con autores, entidades académicas, universidades, industrias, comercios, proveedores de servicios y entidades de gobierno, entre otros actores públicos y privados.

El objetivo consiste en fortalecer el uso legítimo y honesto de las creaciones artísticas y culturales, ya sean individuales o comunitarias, entendiéndolas en su expresión más amplia: como elementos fundamentales de la producción cultural nacional, y parte esencial

de la identidad de las comunidades y los pueblos indígenas, afroamericanos y equiparables
(Programa Sectorial de Cultura 2020 – 2024, 2020, p. 8).

Así observamos como ambos temas se relacionan y de cierta manera se complementan. Ya que el derecho de autor es necesario para darle seguimiento a la protección de las manifestaciones culturales. Dentro de esta figura del derecho intelectual, es que el patrimonio cultural inmaterial encuentra vías para alcanzar su salvaguardia. También el derecho de autor encuentra cimientos dentro del patrimonio, puesto que su finalidad es fomentarlo y servir de aliciente al proceso creativo. No es extraño, que las políticas públicas tomen a consideración ambos temas como álgidos dentro de sus agendas, pues mediar su crecimiento y coexistencia ayudaría al enriquecimiento del acervo cultural del país.

Tan es así, que este mismo programa establece estrategias prioritarias con acciones puntuales a realizar para cada una de estas directrices. Se trata de dos bloques de acciones, los que resultan relevantes para nuestra investigación mismos que se esquematizan a continuación:

Estrategia prioritaria 4.3 Desarrollar acciones de identificación, conocimiento y salvaguardia del patrimonio inmaterial
4.3.1 Documentar las diferentes expresiones del patrimonio inmaterial para establecer prioridades de atención y promover su salvaguardia.
4.3.2 Incentivar proyectos de salvaguardia de las diversas expresiones de patrimonio cultural inmaterial, con prioridad para aquellas que se encuentran en riesgo.
4.3.3 Fortalecer el conocimiento sobre las diversas expresiones del patrimonio inmaterial.
4.3.4 Promover la incorporación de las comunidades en la identificación y documentación de sus expresiones culturales.

(Fuente: Elaboración propia con base en el Programa Sectorial de Cultura 2020 – 2024, 2020, p. 17).

Estrategia prioritaria 5.5 Promover el conocimiento y protección de los derechos de autor y fomentar la valoración y reconocimiento de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas afroamericanos y equiparables sobre sus producciones culturales
5.5.1 Brindar protección a los derechos previstos en la Ley Federal del Derecho de Autor, para fomentar la cultura de legalidad.
5.5.2 Promover los derechos de autor, los derechos conexos y otros derechos relacionados, mediante campañas de difusión en medios y foros.
5.5.3 Proporcionar orientación jurídica en materia de derechos de autor, derechos conexos y otros derechos relacionados a través de asesorías y bancos de consultas.
5.5.4 Administrar los procesos de registro del derecho de autor y facilitar el acceso a los trámites para ampliar la cobertura a nivel nacional.
5.5.5 Instrumentar los mecanismos alternos en materia de derechos de autor, derechos conexos y otros derechos relacionados, para la solución de controversias.
5.5.6 Promover, asesorar, impulsar y, en su caso, reconocer aquellos temas vinculados con los derechos que, en materia del derecho de autor, pudieran corresponder a elementos de la cultura e identidad de comunidades y pueblos indígenas, afroamericanos y equiparables, para instrumentar su protección.

(Fuente: Elaboración propia con base en el Programa Sectorial de Cultura 2020 – 2024, 2020, p. 19 y 20).

Dado que estas disposiciones son de carácter federal y su aplicación atañe también al estado de Guanajuato, nos parecen indispensables para entender el desenvolvimiento del derecho intelectual y su relación con el patrimonio cultural inmaterial. Sin duda, elegimos cerrar con este apartado ya que nos demuestra de manera clara y concisa que existen puntos de encuentro, que su relación es más allegada de lo que se puede pensar, y que si bien existen problemáticas es nuestra labor auxiliar a su resolución.

Para finalizar, es claro que si se precisan acciones puntuales y estrategias prioritarias alrededor de estos temas es porque existe la necesidad de su protección y su salvaguardia. En consecuencia, el derecho de autor es una forma de asegurar la continuación de los procesos creativos, ya que ejemplifica un ámbito de fomento a los bienes culturales. La tarea en nuestro próximo capítulo es seguir puliendo los hilos conectores que ya hemos desgranado con algunos precedentes en este capítulo. Así como, establecer el sentido de la protección jurídica que recae sobre el patrimonio cultural inmaterial derivado de ambas concepciones, tanto el derecho cultural como el derecho intelectual.

Capítulo IV.

El Patrimonio Cultural Inmaterial como Propiedad Intelectual.

I. Estructura contemporánea.

Dentro de la presente investigación revisamos la necesidad que debe tener el derecho cultural en sentido extenso, de este se desprende el patrimonio cultural tanto en su vertiente material como inmaterial. Derivado de esta bifurcación es que nos hemos enfocado al patrimonio cultural inmaterial, siendo su protección nuestro principal interés. Por una parte, abordamos el origen que desde los instrumentos jurídicos se ha generado; por otra, los enfoques que se tienen en la actualidad a raíz de ese origen en la protección.

A lo largo del recorrido mencionado, encontramos diversos puntos de vista, conjeturas y posturas, coincidentes en mencionar que dentro del entramado que concierne al patrimonio cultural inmaterial existen elementos vinculantes hacia la propiedad intelectual o derecho intelectual. Desde los procesos de creación, las formas de uso y aplicación, los derechos conexos que emanan de su ejecución hasta un posible proceso de registro como derecho de autor.

De tales posturas, emanan problemáticas situadas en el espectro de la aplicación de la propiedad intelectual, o al menos de algunos de sus elementos, en la esfera del patrimonio cultural inmaterial. Controversias de este tipo se explayan desde el ámbito internacional hasta el ámbito nacional, estatal e inclusive municipal. Si bien, se concuerda en que las formas adecuadas de protección aplicables a este tipo de patrimonio necesariamente deben estar sustentadas, al menos en parte, dentro del derecho intelectual; es por el lado de la propiedad intelectual donde se observan mayores obstáculos para dar una entrada fidedigna de protección, sea por sus elementos de construcción normativa o sea por una exacerbada rigidez legal que impiden, en ciertos aspectos, la adecuación correcta.

Tratar la complejidad de estas problemáticas será de lo que nos encargaremos en las siguientes secciones, sin embargo, hacemos la advertencia de que es un tema novedoso, como se ha referido en los capítulos que preceden a este. Por lo cual, no existe una verdad absoluta que responda al extenso campo que afrontamos. Así pues, nuestra pretensión es dar una

postura en relación a como se vislumbran los elementos que tienen su génesis en la propiedad intelectual dentro de las manifestaciones pertenecientes al patrimonio cultural inmaterial, así como dar posibles respuestas para auxiliar en una mejor aplicación de los instrumentos legales del derecho intelectual en este campo, sirviéndonos de cuales adecuaciones o vías de implementación tendrían efectos ideales.

En este sentido, el tema a tratar resulta complejo, pero no ajeno a la realidad que se tiene desde las posturas institucionales. Por ejemplo, una organización como la UNESCO ha tratado desde diversos aspectos las problemáticas culturales e inclusive ha creado varios instrumentos tanto jurídicos como prácticos enfocados de forma específica al patrimonio cultural inmaterial, buscando dar cabida a posibles soluciones. Parece evidente que la UNESCO tenga dentro de su agenda de pendientes estos temas, ya que nos encontramos ante un organismo especializado en temas culturales, reconocemos que es innovador que rescaten lo relacionado al patrimonio cultural inmaterial, dada la preferencia mencionada por el patrimonio material. No obstante, esta innovación debería ser vista como un avance casi obligatorio, ya que el resguardo, salvaguarda y sobre todo protección de las manifestaciones culturales, sean materiales o inmateriales, son un deber para dicho organismo.

Por otro lado, tenemos instituciones que se dedican de forma apremiante a la propiedad intelectual, siendo la más importante de todas la OMPI, de la que ya hemos hablado con anterioridad. Aun así, la OMPI ha dedicado varios de sus instrumentos y guías prácticas a temas tocantes al patrimonio cultural inmaterial, analizar dichos instrumentos será con lo que nos adentraremos al siguiente apartado.

II. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y el Patrimonio Cultural Inmaterial.

La OMPI es el máximo rector en cuanto a la propiedad intelectual, mencionamos ya un poco de su origen y su historia en capítulos anteriores, por lo cual, no redundaremos en ello. En lo que nos enfocaremos será en analizar de forma cronológica los instrumentos que ha creado enfocados al patrimonio cultural inmaterial. Destacando los aspectos más relevantes de cada uno de ellos, esto para demostrar que la importancia y la relevancia de este tipo de patrimonio

extrapola a otras entidades, siendo así, el primer instrumento que analizaremos será, el siguiente:

a. La Propiedad Intelectual y la Salvaguardia de las Culturas Tradicionales: Cuestiones Jurídicas y Opciones Prácticas para Museos, Bibliotecas y Archivos.

El presente estudio fue el primero en materializar una postura de la OMPI respecto al patrimonio cultural inmaterial, encargado para su realización a Molly Torsen y Jane Anderson fue elaborado en el año de 2010 y tras su revisión publicado en 2012. Esto nos da pauta para entender que las manifestaciones existentes en las culturas tradicionales guardan un valor histórico, espiritual y económico, y que la labor de la OMPI es auxiliar a que las comunidades poseedoras de dichos valores culturales puedan controlar los derechos intelectuales que emanen. La OMPI como institución desempeña una función sumamente valiosa al relacionarse con la conservación, salvaguardia, promoción y sobre todo protección de las expresiones culturales tradicionales. Este documento, relacionado con los museos, bibliotecas y archivos, nos quiere decir que, si bien se enfoca más a una acción de salvaguarda, las formas de llevarla a cabo también contienen implicaciones jurídicas, culturales y éticas de cuidado y protección.

Ahora bien, el texto con el que estamos tratando asevera que “las colecciones de las expresiones culturales tradicionales poseen ciertas cualidades que las convierten en algo fundamental distinto de otras colecciones, motivo por el cual su gestión también plantea unos problemas diferentes” (Torsen & Anderson, 2012, p. 11). Este instrumento se avoca a museos y archivos, es claro que el resguardo e inclusive la exhibición y acceso a este tipo de colecciones será diverso al de, por ejemplo, un artista plástico que llene una galería, puesto que completamente poseedor y propietario de sus obras teniendo las facultades de exclusividad. Por otro lado, recordemos que las expresiones culturales tradicionales son patrimonio viviente, es decir, infunden los factores humanos a través de la colectividad, la comunidad y el sentido de identidad, referimos dichas expresiones como vivientes por motivos de que su recreación y ejecución conllevan un trasfondo con sus poseedores, lo

sienten parte de sí, pero no como una propiedad en el estricto sentido jurídico sino como una parte de su forma de vida.

De ahí que derive su principal obstáculo para tener un reconocimiento jurídico pleno. El mismo texto refiere que, en muchas ocasiones los derechos e intereses de los materiales que se desprenden de las expresiones culturales tradiciones; por ejemplo, registros fotográficos o en vídeo, pertenecen a las personas que crearon la grabación las cuales pueden ser ajenas a la comunidad. Por ello, las leyes vigentes en propiedad intelectual chocan en este punto, al otorgar en cierta forma, derechos intelectuales sobre expresiones culturales tradicionales a personas que se encuentran fuera de la posesión de ese patrimonio viviente. Siendo así que “muchos depositarios de la tradición siguen sin tener ningún derecho sobre los materiales en los que se documenta su patrimonio cultural, pese a que se consideran a sí mismos custodios, dueños y administradores de esos materiales. Esta situación provoca un sinnúmero de tensiones para las instituciones que conservan colecciones de expresiones culturales tradicionales” (Torsen & Anderson, 2012, p. 11). Dichas tensiones son claras cuando se atraviesan procesos de exclusión y exhibición basados en el desconocimiento de las comunidades portadoras. A pesar de que se les reconoce como los creadores de la tradición, se les excluye en cuanto a la toma de decisiones sobre la forma de presentar y representar su patrimonio dentro de las colecciones y archivos. Se les exhibe como un otro, alejado de la realidad actual y que su tradición, para ellos viviente, se aprecie como inerte por parte de los ojos ajenos a las colectividades custodias.

Estas cuestiones expresadas, son tan solo una pequeña parte de los temas complejos relacionados con la manera en que la propiedad intelectual protege o debería brindar protección a estas manifestaciones, es que “la situación de las expresiones culturales es ambigua, ya que pueden acogerse o no a una o varias modalidades de protección de la propiedad intelectual” (Torsen & Anderson, 2012, p. 14). Tal como vimos con anterioridad, el sistema de propiedad intelectual se constituye de varias figuras jurídicas, hemos resaltado que algunas nos parecen más idóneas que otras para brindar protección al patrimonio cultural inmaterial, por ejemplo, el derecho de autor. Esto no quiere decir que se hagan de lado a las demás figuras, en razón de que la propia normativa en todos los niveles no ha sabido dar respuesta a estas lagunas jurídicas. Por ello, rescatamos la siguiente frase del texto: “Que la

ley no sea clara, no debería ser óbice para fomentar unas prácticas mejores y más respetuosas” (Torsen & Anderson, 2012, P. 15). Sobresalen estas palabras en el sentido de que, se aprecia la necesidad de brindar protección a las expresiones culturales, siendo una tarea inherente a toda la sociedad de forma igualitaria; por otra parte, recordemos que se trata de un texto que para este momento tiene casi 10 años de antigüedad y desde entonces se advertía el vacío legal que existía respecto a una regulación positiva que fuera de aplicación adecuada.

La complejidad es un tema absorto alrededor del patrimonio cultural inmaterial, pues para sus comunidades posee un valor intrínseco, ya que influyen elementos vitales de identidad, contribuyendo a la conservación y promoción de la diversidad cultural. Por ello “hay quien ha descrito el sistema de propiedad intelectual convencional no sólo como inadecuado para proteger de manera amplia y adecuada las expresiones culturales tradicionales, sino también como un mecanismo seriamente perjudicial” (Torsen & Anderson, 2012, p. 17). Sea por el factor del dominio público que se viene directamente vinculado con la propiedad intelectual, o bien, por las facultades de exclusividad que implicaría un registro, muchas partes interesadas, desde la postura institucional hasta las mismas comunidades “se han pronunciado a favor de nuevos sistemas sui generis de protección de las expresiones culturales tradicionales, es decir, especiales o individualizados que permitan resolver, en particular, los problemas relacionados con las expresiones culturales tradicionales” (Torsen & Anderson, 2012, p. 17). Esta particularidad, donde encontramos una de las posibles soluciones a la problemática del patrimonio cultural inmaterial, es un tema que trataremos con mayor detenimiento más adelante.

Para cerrar este primer apartado, debemos tener en cuenta que el punto de vista primordial de este instrumento es el sentido de protección que la propiedad intelectual enfoca al patrimonio cultural inmaterial. Distinguimos, las nociones de salvaguardia o conservación, reconociendo que son complementarias a la protección por las acciones que derivan de su desenvolvimiento. Por ejemplo, conservación y salvaguardia están directamente relacionadas con temas de identificación, en donde la catalogación, transmisión, revitalización y promoción del patrimonio cultural vela por su mantenimiento y viabilidad, es decir, hablamos de una reproducción continua en donde la constante versa sobre evitar pérdidas en cuanto a catalogación. Si bien, estas acciones si son de protección, esta se observa desde un punto más

amplio, ya que la salvaguarda y conservación por sí solas, no bastarían para brindar una protección efectiva. Para ello, tendría que brindarse el reconocimiento y aplicación de los derechos colectivos e individuales relacionados con las expresiones culturales tradicionales, aquí donde vemos una dualidad importante, los derechos individuales y colectivos, surgiendo la duda ¿A qué ámbito pertenecen los derechos de propiedad intelectual derivados del patrimonio cultural inmaterial? La respuesta a esta interrogante la abordaremos más adelante de forma particularizada.

Por ahora, tomemos en cuenta que “los derechos de propiedad intelectual, tal y como existen en la actualidad, no se diseñaron pensando en las expresiones culturales tradicionales” (Torsen & Anderson, 2012, p. 21). Pero esto no representa un obstáculo para que no puedan brindar su protección, ya que esta rama del derecho debe establecer un equilibrio entre los creadores para fomentar y recompensar su esfuerzo creativo; y la protección de los intereses del público común, para que pueda apreciar, beneficiarse y aprender de las manifestaciones. Siempre teniendo en cuenta que la vinculación debe ser identificada con las comunidades poseedoras de la tradición, para que les resulte beneficioso mantener y compartir ese patrimonio cultural viviente, a su vez que ese beneficio propicie que continúe ejecución manteniendo el sentido vital cíclico del patrimonio cultural inmaterial. Siendo así momento de pasar al siguiente instrumento de la OMPI por analizar, el cual tiene una importancia muy significativa.

b. Guía para la Catalogación de Conocimientos Tradicionales.

Elaborada por la OMPI en 2017, la presente guía nace del interés por catalogar el rico acervo de los conocimientos tradicionales. Advierte desde el prólogo, que las razones para emprender iniciativas de catalogación y los objetivos que se pretenden alcanzar varían enormemente, sea por la gran diversidad de manifestaciones que existen, hasta por la adecuación de los propios instrumentos catalogadores.

La guía no es omisa en decir que, así como puede resultar beneficiosa una catalogación relacionada con la propiedad intelectual, también pueden existir riesgos. Por ejemplo, un ejercicio de este tipo puede ayudar a que las comunidades locales tengan mayor

control sobre su patrimonio cultural, impidiendo que personas ajenas hagan valer de forma indebida sus derechos intelectuales. No obstante, un proyecto de catalogación mal concebido puede poner en peligro los conocimientos y expresiones culturales, al otorgar en favor de terceros derechos de exclusividad derivados de la propiedad intelectual.

Por lo tanto, como bien menciona la guía “las ventajas y desventajas potenciales de cada proyecto de catalogación de conocimientos tradicionales requieren una consideración minuciosa caso por caso” (OMPI, 2017, p. 5). Siempre teniendo en cuenta a las comunidades quienes deben decidir si los beneficios del proyecto superan a cualquier desventaja potencial. El presente documento pretende ayudar en ese proceso, aportando información básica sobre la catalogación, así como las consecuencias en el ámbito de la propiedad intelectual. Destacando que, como tal no promueve la catalogación como la única vía o como la vía idónea para la protección, pero si la toma como referencia de acción para propiciar buenas prácticas.

Pero, ¿Por qué es importante la catalogación? Pues bien, la guía menciona que puede resultar un instrumento de utilidad importante como parte de una estrategia global de protección, en este sentido, hace un listado de los beneficios que podría generar una posible catalogación, entre los que destacamos el siguiente: “Protección preventiva de la propiedad intelectual, es decir, la capacidad de impedir la adquisición ilegítima de derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos tradicionales” (OMPI, 2017, p. 9). Resaltamos este beneficio, ya que demuestra el vínculo entre ambos tipos de derechos y se reconoce el esfuerzo encaminado a sistematizar estas manifestaciones. La catalogación no está exenta de resultados negativos en cuanto a su aplicación, pudiendo acarrear consecuencias no deseadas, como la falta de aprovechamiento económico para las comunidades originarias, la sistematización de las expresiones culturales tradicionales en moldes ajenos a los pueblos portadores, la pérdida del control de las comunidades locales sobre los secretos de sus manifestaciones, e inclusive la afectación sobre la tradición al verse viciada y perder su sentido ritual y espiritual que conecte con ese valor de identidad. Por ello, no consideramos que la catalogación sea el referente definitivo que impregne el sentido de protección a estas expresiones, pero sí puede ser un aliciente de conjunto que ayude a forjar una protección más efectiva.

Hablando de esa protección efectiva, la guía toma en cuenta el sentido de la propiedad intelectual. Refiriendo que la protección sería contra toda forma de uso indebido o no autorizado por terceros, el objetivo de la protección sería velar porque los conocimientos tradicionales no se utilicen sin autorización, ni indebidamente. Para lograr eso, entiende que el sentido de la protección se debe bifurcar de la siguiente manera:

La protección positiva otorga derechos de propiedad intelectual a los poseedores de los conocimientos tradicionales, y les atribuye la facultad de utilizarlos en beneficio propio (por ejemplo, promover sus conocimientos tradicionales, controlar su utilización por personas ajenas a la comunidad y sacar beneficio económico de su explotación comercial si así lo desean).

La protección preventiva permite a los poseedores de los conocimientos tradicionales impedir o detener la adquisición ilegal por parte de personas que no pertenecen a la comunidad de derechos de propiedad intelectual sobre sus conocimientos tradicionales (Por ejemplo, en el caso de la concesión errónea de patentes para invenciones basadas en los conocimientos tradicionales) (OMPI, 2017, p. 11).

A raíz de esta bifurcación observamos un fenómeno interesante, mientras que la protección positiva implica un *hacer* para los poseedores dándoles facultades de utilización, pudiendo controlar la promoción de sus conocimientos e incluso obtener beneficios económicos. En otras palabras, es la manera de valorizar internamente los conocimientos tradicionales, en donde la propiedad intelectual auxilia para blindar la forma en que fluyen las expresiones culturales tradicionales desde sus poseedores hasta el observador externo.

Por su parte, la protección preventiva, no deriva directamente de los poseedores, sino que se enfoca a las personas ajenas. Si bien, la redacción de la guía dicta que permite a los poseedores impedir o detener la adquisición ilegal refiriendo un accionar por las comunidades¹⁶. Debería entenderse como una acción en sentido negativo, es decir, un *no hacer* por parte de las personas que no pertenecen a las comunidades. Con esto, como bien indica su nombre, se tendría una especie de advertencia contra el uso indebido. Más allá de

¹⁶ Uno de los ejemplos más relevantes, lo vemos con la apropiación cultural llevada a cabo por la diseñadora francesa Isabel Marant, al reproducir en su línea de moda bordados tradicionales de las comunidades de Oaxaca, sin que mediara permiso de los portadores, para revisar el caso: <https://www.excelsior.com.mx/multimedia/2015/11/20/1058629>

observarse en el sentido punitivo de la normativa, instanciaría una conciencia de respeto hacia este tipo de patrimonio.

En el proceso de catalogación que propone la guía de forma práctica no nos adentraremos pues nuestra pretensión es demostrar que por parte del organismo rector de la propiedad intelectual también existe la necesidad de buscar vías de protección para los conocimientos tradicionales, siendo que muchas de estas manifestaciones se encuentran directamente relacionadas con el patrimonio cultural inmaterial. Para cerrar este punto, entendemos que el proceso de catalogar, sustrato principal de la guía, se enfoca a un acto que podría interpretarse como meramente administrativo, con ello, deja de lado los efectos que se tendrían al momento de ejecutarse las manifestaciones en eventos públicos. Por ejemplo, en algún festival folclórico o cultural. Es de esta situación, nulamente explorada en la presente guía, de la que se encarga el próximo instrumento al que daremos análisis, siendo también una guía práctica elaborada por la OMPI.

c. Guía Práctica: La Propiedad Intelectual y los Festivales Folclóricos, Artísticos y Culturales.

Este nuevo instrumento, elaborado tan solo un año después del que analizamos en el apartado anterior, es decir, en 2018, se encuentra enfocado en la forma práctica de llevar a cabo las manifestaciones culturales. Tiene como objetivo principal, la gestión eficaz de las expresiones culturales tradicionales dentro de los festivales, a fin de salvaguardar y promover los intereses derivados de la propiedad intelectual durante su ejecución.

Se trata de una guía que brinda información general sobre la propiedad intelectual y los intereses culturales, no pretende dilucidar de fondo en las problemáticas. Sin embargo, sí identifica, aunque sea de una forma superficial, los principales desafíos relacionados con la propiedad intelectual que enfrentan los organizadores de festivales. Es interesante como toma el enfoque de los intereses culturales, puesto que tales intereses devienen directamente de las personas, tanto los organizadores como quienes ponen en práctica y llevan a cabo las expresiones culturales. Por lo cual, no solo se refiere a los dirigentes administrativos de un festival sino también de sus ejecutores, aquellas personas artistas o bien poseedores y

portadores de la tradición que trasladan a este tipo de eventos su patrimonio cultural inmaterial, a través de danzas, rituales, escenificaciones, etcétera.

Enfoquémonos en los ejecutantes, refiriéndonos a los artistas, bailarines, cantantes, artesanos y creadores que participan en los festivales para celebrar la vida artística y multicultural, se puede decir que ellos son el alma del festival. Son quienes portan las expresiones culturales y su participación ayuda a generar interés en el público, y a forjar la reputación de los festivales. La guía se enfoca en tres puntos de vista que se generan a partir de estos vínculos, a nuestro criterio deben ser cuatro, mismos que explicaremos a continuación.

El primero es el punto de vista cultural, desde el cual los festivales ofrecen una visión única de identidad de una comunidad, contribuyendo a revitalizar y preservar las prácticas culturales. Sin ser omisos en mencionar la eficacia de dichas prácticas, la guía tiene un interés en fungir de apoyo para la salvaguarda de las manifestaciones culturales, y a su vez, de retroalimentar la protección desde el sistema de propiedad intelectual, por medio de los derechos conexos de los intérpretes y ejecutantes.

Continuamos con el punto de vista social, “son un medio para fortalecer el diálogo intercultural, revitalizar las prácticas sociales entre las comunidades, fomentar una comprensión mutua más profunda a través del intercambio de experiencias y la difusión de una amplia gama de elementos del patrimonio cultural” (OMPI, 2018, p. 12). Aquí resalta nuevamente la importancia de la salvaguarda, pero a partir de la conexidad entre las culturas enfocada en el respeto y la apreciación mutua, con ello no nos avocamos solamente entre portadores de la tradición sino también con el público en general. La amplia gama de elementos que contiene el patrimonio cultural nos habla tanto de productos materiales como de procesos inmateriales. Por dar un ejemplo, la cestería tradicional apreciada entre las diferentes comunidades podría ser el producto material; y a su vez, las técnicas de elaboración y el proceso creativo para producirlas es un elemento plenamente inmaterial, en su conjunto, hablamos de una mezcla.

El tercer punto de vista que plasma la guía es el económico, ya que los festivales “pueden generar importantes beneficios a largo plazo, además de oportunidades para la puesta en marcha de negocios y la creación de empleo, si se gestionan adecuadamente,

pueden impulsar un desarrollo económico sostenible” (OMPI, 2018, p. 12). Sería esencial el papel que desempeñaría la propiedad intelectual en este ámbito ya que, desde la promoción del festival, las emisiones a través de los medios de comunicación, la captura mediante fotografías o videos son acciones que tienen alicientes económicos y que su protección genera derechos intelectuales.

En relación con los tres puntos de vista anteriores, entendemos que dentro de los festivales se construye un espacio de desarrollo para las actividades creativas de los intérpretes y ejecutantes, teniendo repercusión desde la cultural, lo social y lo económico al conjuntar los tres es que tiene su origen el punto de vista intelectual. Al tratar con intérpretes y ejecutantes contemporáneos la diferenciación cultural y la generación de oportunidades económicas son evidentes, las creaciones intelectuales son precisamente esa vitalidad artística que tienen los festivales.

El tratamiento y el interés por la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales son un fenómeno relativamente nuevo como menciona la guía. Por ello, trata de dar respuesta a varias interrogantes que parecen básicas, pero conllevan un trasfondo por demás complejo, una de estas preguntas es la siguiente: ¿Qué son las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales? Es al momento de dar respuesta, que la guía enfoca directamente a nuestro tema de estudio pues dice “en conjunto, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales pueden conformar lo que se denomina patrimonio cultural inmaterial” (OMPI, 2018, p. 27). Trayendo a colación directa que si el patrimonio cultural inmaterial, su goce, disfrute, gestión, promoción, etc., son parte directa del derecho cultural, en lo concerniente a los elementos de protección en los derechos intelectuales encontramos una vía idónea. A partir de este momento utilizaremos el término patrimonio cultural inmaterial para hacer referencia conjunta o separada de las expresiones culturales tradicionales y de los conocimientos tradicionales.

Resaltamos que, dentro del sistema de propiedad intelectual, el derecho de autor ha sido el que nos parece más adecuado para brindar la protección jurídica, la guía parece aceptar este espectro como viable ya que ofrece un conjunto de derechos exclusivos. Aunque la figura clásica del derecho de autor no encaja del todo en el sistema de protección del patrimonio cultural inmaterial, la guía si propone una solución para darle aplicabilidad, esta es la gestión

colectiva del derecho de autor. La guía respecto de este concepto dice: “por gestión colectiva se entiende el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por organizaciones que actúan en representación de derechos y en defensa de los intereses de estos últimos” (OMPI, 2018, p. 17). Si bien la gestión colectiva no es un tema nuevo, si resulta atractivo relacionarlo con el patrimonio cultural inmaterial, no obstante, recordemos que este instrumento tan solo contiene sugerencias sin un sentido impositivo, es decir, son meras propuestas.

Así pues, los debates normativos son extensos y un solo instrumento no puede dar todas las repuestas. Sin embargo, otro punto que resaltamos de la guía es que establece una diferenciación entre protección, salvaguardia y conservación del patrimonio cultural inmaterial, haciéndolo de una manera tan sucinta que vale la pena reproducir:

Desde el punto de vista de la propiedad intelectual, protección se refiere a las medidas de protección de las creaciones y las innovaciones intelectuales contra los actos de apropiación y uso indebido como la copia, la adaptación, la difusión o los usos denigrantes por parte de terceros...

Por lo tanto, protección no es lo mismo que conservación o salvaguardia, que constituye la identificación, documentación, transmisión, revitalización y promoción del patrimonio cultural, a fin de velar por su viabilidad, uso continuo y transmisión...

Aunque puede haber una cierta oposición entre ellas, la protección conservación y salvaguardia de la propiedad intelectual no son mutuamente excluyentes... Con una gestión adecuada, la propiedad intelectual puede impulsar la consecución de los objetivos tanto de quienes buscan obtener una protección jurídica como de quienes abogan por una salvaguardia (OMPI, 2018, p. 31 y 32).

Con esta reflexión cerramos el análisis de la presente guía puesto que es atinado con nuestra investigación. Si bien, versa sobre un tema específico como son los festivales, sus generalidades nos dan pauta para entender la perspectiva de la OMPI. Esta guía contiene distintas sugerencias, pero todas ellas abordadas de una manera un tanto superficial, por lo cual daremos paso al siguiente texto, mismo que realiza reflexiones y sugerencia más frontales a la problemática que nos reúne.

d. Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales.

El presente texto es el más actual con el que trabajaremos, si bien tuvo su primera versión en 2015 fue reeditado en 2020, haciendo tantas adecuaciones e innovaciones que prácticamente nos encontramos ante un texto completamente diferente, para fines de la presente investigación no utilizaremos la versión de 2015 puesto que la consideramos prácticamente en desuso. El objetivo del folleto es suministrar información general y básica sobre la interfaz que existe entre la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales, es un texto más frontal a las problemáticas ya que aporta un espectro de posibles soluciones. No obstante, el mismo folleto advierte que no se abordan de manera detallada todas las cuestiones específicas que puede plantearse la protección del patrimonio cultural inmaterial mediante el sistema de la propiedad intelectual. Sin embargo, encontramos bastante utilidad y originalidad en las propuestas que realiza.

Decimos que este texto es más frontal, ya que contiene aproximaciones más teóricas y no se enfrasca en sugerencias prácticas. Por ejemplo, desde su inicio aporta una explicación de los fundamentos de la protección de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales y los recursos genéticos; antes de comenzar a hablar de estos fundamentos debemos hacer mención de que lo concerniente a los recursos genéticos lo dejaremos de lado por no parecernos directamente relacionado con nuestra investigación, sin demérito del tema.

Retomando el folleto, explica que las expresiones culturales tradicionales son parte integrante de la comunidad, el patrimonio cultural y social de los pueblos indígenas, a diferencia de las guías anteriores aquí se hace de manera directa y además señala que son elementos que reflejan los valores y creencias principales de esos pueblos y comunidades. Estas expresiones pueden ser materiales, inmateriales o, lo que es más frecuente, ambas cosas (OMPI, 2020). Se resalta esta unión, ya que como manifestamos en capítulos anteriores el patrimonio cultural debe verse en su conjunto.

Otro apartado interesante, es el significado de tradicional¹⁷, para lo cual, el folleto lo plasma de la siguiente manera:

Con el adjetivo tradicional se entiende una forma de conocimiento o expresión que tiene un vínculo tradicional con una determinada comunidad: es un conocimiento o una expresión originado, preservado y transmitido en una comunidad, a veces mediante sistemas consuetudinarios de transmisión. En pocas palabras, lo que hace que sean tradicionales es la relación con la comunidad (OMPI, 2020, p. 17).

Nos ayuda a dar explicación a un punto muy importante, al mencionar que algo es tradicional no implica que necesariamente es antiguo, siendo la característica principal su relación con la comunidad, es decir, esos lazos de identidad. Volvemos al factor humano, ya que el patrimonio cultural inmaterial no es estático, toda vez que constituye una parte dinámica y vital de los pueblos originarios.

Otro apartado que desarrolla de una mejor manera este folleto es la pregunta ¿Qué se entiende por protección? Su respuesta inicial parece la más pertinente para comenzar a resolver la problemática pues dice “el término protección puede significar diferentes cosas en función del contexto en el que se utilice” (OMPI, 2020, p. 20). Efectivamente, puesto que la protección que se contempla desde la OMPI viene a ser la aplicación del derecho, los valores y los principios de la propiedad intelectual para impedir el uso, la apropiación indebida, la copia, adaptación u otro tipo de protección ilícita, pero este tipo de protección no será el mismo que contempla la UNESCO o algún otro organismo.

Por lo tanto, la protección que ofrece el derecho intelectual en el ámbito del patrimonio cultural inmaterial, facultaría a las comunidades a controlar su explotación comercial y a beneficiarse colectivamente de ella. Es aquí, donde observamos que tiene aplicación la bifurcación de protección de la que hablamos anteriormente, y que también el presente texto menciona, nos encontramos frente a una protección positiva y una protección preventiva. Sin ser redundante y a manera de síntesis, la protección positiva de acuerdo con este folleto, representa la concesión de derechos que tendrían las comunidades otorgando los

¹⁷ La definición aportada resulta ambigua, para reflexionar mejor el concepto y la problemática que representa se recomienda revisar la lectura “¿De qué estamos hablando cuando hablamos de lo popular” (2004) de Néstor García Canclini, enlace de consulta: <https://hugoribeiro.com.br/biblioteca-digital/Canclini-de-que-estamos-hablando-cuando-hablamos-de-lo-popular.pdf>

medios necesarios para fomentar su patrimonio cultural inmaterial, controlando sus usos y a beneficiarse de la explotación comercial; mientras que la protección preventiva, “tiene por finalidad evitar que las personas ajenas a la comunidad adquieran derechos de propiedad intelectual sobre los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales” (OMPI, 2020, p. 22).

Se explica entonces el sentido de la protección, es decir, la forma que actúa sobre estos elementos del patrimonio cultural, dejándonos otra interrogante, ¿Cuál es el objetivo de la protección? Respondiendo a la pregunta, se plasman una serie de objetivos, destacando a nuestro criterio los siguientes:

- *La creación de riqueza, oportunidades comerciales y desarrollo económico sostenible; ello incluye el fomento de la participación equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales.*
- *La prevención y la lucha contra la apropiación indebida y la explotación no autorizada, la utilización ilícita e indebida, así como otros usos injustos y no equitativos de los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales.*
- *El reconocimiento del valor y el fomento del respeto de los conocimientos y expresiones culturales tradicionales y las comunidades que los preservan; ello incluye evitar los usos insultantes, despectivos u ofensivos, cultural o espiritualmente.*
- *La mejora de la situación de los poseedores de los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales. (OMPI, 2020, p. 27)*

Destacamos estos objetivos porque retoman de manera fehaciente las necesidades de la protección. No se enfocan solamente a un sentido de derecho intelectual, también atraen a la valorización pertinente de las personas que dan vida al patrimonio cultural inmaterial. Como bien se mencionó la protección puede significar diferentes cosas dependiendo el contexto donde se utilice y es a través del desglose de los objetivos que vemos esa adaptabilidad.

Llegando al apartado medular del presente folleto, encontramos el mayor sustento por el cual lo consideramos frontal ante la problemática vinculante entre el sistema de protección del patrimonio cultural inmaterial. Trabaja una sección únicamente dedicada a las opciones de protección de los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales mediante derechos intelectuales. Es un tema novedoso y como fenómeno jurídico no está exento de

mejoras y evoluciones normativas, por ello, el folleto admite que es probable que “ningún modelo único, ni solución global pueda responder a las necesidades de los poseedores en todos los países. Esta diversidad exige flexibilidad a la hora de plasmar un instrumento internacional” (OMPI, 2020, p. 32). Lo que resalta es que, a diferencia de las guías o textos analizados anteriormente, no se encuentra enfrascado a una situación específica o a un accionar administrativo, sino que, de verdad realiza una propuesta sobre nuevas vías para avanzar escalones en la resolución de las lagunas jurídicas.

Para comenzar con estas opciones de protección, retomamos la vertiente relacionada con los sistemas convencionales vigentes de propiedad intelectual, en este punto, destacamos la mención del derecho de autor como una de las figuras más idóneas. Sin embargo, no seremos repetitivos en este ámbito ya que, estos sistemas convencionales han sido mencionados en los instrumentos anteriores. Por lo cual, pasaremos a la parte más relevante, las nuevas propuestas.

En específico son dos, la primera de ellas versa sobre la “adaptación de los títulos de propiedad intelectual” (OMPI, 2020, p. 39). Hemos dado cuenta que en muchas ocasiones los títulos o registros que puede aportar la propiedad intelectual pueden ser muy ventajosos para la protección del patrimonio cultural inmaterial, no obstante, pueden chocar con las dificultades normativas, llegando a generar condiciones desventajosas para las comunidades. Esta primera propuesta busca responder a las necesidades y expectativas de los poseedores de la tradición, admitiendo como una posibilidad “que sea necesario adaptar o modificar el derecho de propiedad intelectual” (OMPI, 2020, p. 39); con ello, no se busca eliminar las figuras sino adaptarlas para que tengan encuadres que encajen mejor con las necesidades del patrimonio cultural inmaterial. Por ejemplo, volver más accesible la rigidez del derecho de autor para reconocer autorías de forma colectiva, o bien, ajustar los requisitos de los secretos industriales para reconocer las recetas elaboradas a partir de los conocimientos tradicionales.

La segunda de las opciones, que nos parece aún más innovadora e interesante, se trata de la creación de un sistema de protección *sui generis*. Esta expresión es una locución proveniente del latín, según la Real Academia de la Lengua Española, significa que algo

proviene de un género o especie muy singular y excepcional.¹⁸ Dentro de la rama jurídica esta expresión se emplea para indicar a una persona o cosa, que constituye por sí sola una clase. Con esto queremos decir que esta persona o cosa tendrá su propio sistema de aplicabilidad, ejecución, teoría y estudio, es decir, contará con cierta autonomía dentro del engranaje jurídico.

De esta forma, un sistema *sui generis* dejaría de lado al sistema convencional de propiedad intelectual, así como a las adaptaciones que podrían derivarse de este. Esto se debe a que, “en la mayoría de los casos, no se considera que los sistemas convencionales de propiedad intelectual y sus adaptaciones logren adecuarse al carácter único de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales” (OMPI, 2020, p. 40). Se basa en el principio de que, a problemas únicos, soluciones únicas, por lo cual, “las medidas *sui generis* son medidas especiales centradas exclusivamente en las características de la materia de que se trate” (OMPI, 2020, p. 40). Con ello, entendemos que la peculiaridad principal de un sistema *sui generis* es que daría atención a determinadas particularidades y a necesidades específicas, sería una revisión prácticamente de caso por caso. Pese a ello, de forma no descartamos que pueden existir diversos elementos propios del sistema convencional o de sus adaptaciones que se pueden traer a colación al sistema *sui generis*.

Con este comentario cerramos el análisis de los instrumentos de la OMPI, antes que nada, advertimos que sobre el sistema *sui generis* haremos un análisis específico más adelante, por eso en este momento queda como un mero comentario. Pues bien, ya vimos que en cierta medida se ha roto la barrera de la propiedad intelectual, dejándonos entrever que existe algo más, pero ¿Qué hay más allá de la propiedad intelectual?

III. Más allá de la Propiedad Intelectual.

El nombre de esta sección nace a raíz del título casi homónimo elaborado por Darrel A. Posey y Graham Dutfield (1995), *Más allá de la propiedad intelectual. Los derechos de la comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*. Esta obra, representa un

¹⁸ Real Academia Española (2020), *Diccionario de la Lengua Española* consulta de la palabra: Inmaterial. Recuperado de: <https://dle.rae.es/sui%20g%C3%A9neris>

avance en cuestiones de antropología jurídica, puesto que tiende a demostrar que los derechos de propiedad intelectual fueron desarrollados por legisladores europeos y norteamericanos como mecanismos de protección a las invenciones individuales e industriales en un sentido más que nada económico. Por lo cual, no se consideraba que fueran pertinentes para proteger a los bienes y cualidades de los pueblos indígenas, ya que son vistos como “nebulosos en términos jurídicos occidentales, además de colectivas y transhistóricas” (Posey & Dutfield, 1995). A pesar de tratarse de una obra con una considerable antigüedad, es reflejo de una problemática que a la fecha sigue vigente.

Este texto nos sirve punto de partida, ya que planteó algunas cuestiones interesantes, por ejemplo, encuentra la conexión del sistema de propiedad intelectual como viable para proteger el folklore¹⁹ de los pueblos indígenas, siempre y cuando en el existan ciertas adecuaciones. Retoma la figura del derecho de autor, al referenciar que *los derechos de autor corrientes son de utilidad limitada como instrumentos para impedir la explotación del folklore* (Posey & Dutfield, 1995, p. 90). La perspectiva limitada que señalan es en razón de las siguientes pautas, primero, que el derecho de autor se concede de forma individual, mientras que los pueblos indígenas son colectivos; segundo, que la protección al folklore debería ser a perpetuidad, dado su arraigamiento ancestral, mientras que los derechos de autor deben contar con una vigencia; y tercero, el problema de una fijación de las tradiciones y manifestaciones puesto que para muchas comunidades tradicionales estas se transmiten de forma oral, excluyendo el sentido del soporte material necesario en los derechos de autor.

Otra de las cuestiones, es que se pregunta, ¿Pueden las comunidades crear su propio sistema para proteger los derechos a los recursos tradicionales? Para dar respuesta los autores refieren que “las comunidades locales pueden valerse de los derechos de propiedad intelectual, pero éstos son esencialmente insuficientes e inadecuados para proteger los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas a su conocimiento, su cultura y sus recursos y pagarles la compensación correspondiente” (Posey & Dutfield, 1995, p. 102).

¹⁹ Para profundizar en el concepto, nos parece pertinente la definición elaborada por Adolfo Colombes, misma que se reproduce a continuación: “Disciplina que estudia las tradiciones y costumbres de la llamada “sociedad folk”. También el acervo conformado por la literatura de tradición oral, la música y la danza tradicionales, la producción artesanal y simbólica en general, las fiestas y ritos populares, las creencias y costumbres de una sociedad determinada. En América se referiría especialmente a la sociedad nacional. El estudio de las tradiciones y costumbres de los grupos étnicos pertenece a la etnografía” (2009, p. 366).

En un giro interesante, usan la referencia de derechos de los recursos tradicionales en lugar de derechos de propiedad intelectual, ya que a su consideración “refleja un intento de aprovechar el concepto de protección y compensación de los derechos de propiedad intelectual, reconociendo al mismo tiempo que los recursos tradicionales... están también comprendidos en un número importante de acuerdos internacionales que pueden construir la base de un sistema *sui generis*” (Posey & Dutfield, 1995, p. 103). Con esto llegamos a una conclusión importante, siendo que un sistema *ad hoc* creado de forma específica para la resolver las disonancias en el vínculo derecho intelectual – derecho cultura vuelve a resonar.

Se concluye como el modelo más idóneo a criterio de los autores, en razón de que “los derechos a los recursos tradicionales superan a otros modelos *sui generis* ya que intentan no sólo proteger el conocimiento relativo a los recursos biológicos sino también reivindicar el derecho de libre determinación de los pueblos y el derecho a salvaguardar la cultura en el sentido más amplio del término” (Posey & Dutfield, 1995, p. 105). Nuevamente nos encontramos ante el sistema *sui generis* como forma de solucionar las lagunas ante las que nos encontramos.

De esta manera cerramos los comentarios a la obra de Posey y Dutfield, sin duda representaron un gran avance a la cuestión que nos reúne, no obstante, la forma en que abordan los temas nos parece insuficiente y en varios puntos ya superado. No es con afán de demeritar el trabajo de los autores, en cambio, su esfuerzo para el tiempo en que fue elaborado es de reconocerse, pero su obra ha sufrido los avances del tiempo. Por lo tanto, dentro de los subsecuentes apartados será nuestra tarea adentrarnos en analizar los elementos que sirvan de aliciente para resolver las incógnitas planteadas.

a. La Problematicación del Patrimonio Cultural Inmaterial:

El apartado inmaterial del patrimonio cultural resulta profundo e intrincado aunado a ser un tópico que muchas veces ha sido dejado lado; sea por una preferencia hacia la materialidad del patrimonio, o bien, por lo complejo que resulta su desarrollo por la infinidad de factores que se le atribuyen. También podemos admitir que, si bien expresiones inmateriales existen en todo el mundo, gran parte de ellas se suscitan en América Latina, este fenómeno podría

dificultar aún más su desenvolvimiento teórico debido a la aparente lejanía con los centros de investigación europeos o norteamericanos.

Pese a ello, la UNESCO ha enfocado un centro de investigación especializado en esta zona geográfica, hablamos del Centro Regional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de América Latina (CRESPIAL de ahora en adelante). Este centro fue creado en febrero de 2006, a partir de la suscripción en París del Acuerdo de Constitución del Centro, firmado entre la UNESCO y el Gobierno del Perú con el objetivo de promover y apoyar acciones de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de los países de América Latina. Su finalidad es contribuir al desarrollo de los objetivos de la Convención UNESCO 2003 para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, mismo que ya analizamos anteriormente. Actualmente, el CRESPIAL se encuentra integrado por los siguientes Estados miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.²⁰

Una de las labores del CRESPIAL es la de la elaboración del Estado del Arte de la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial por cada país miembro. Para el caso de México, el encargado de elaborar dicho documento fue Carlos J. Villaseñor Anaya, reconocido consultor en materia de políticas culturales para el desarrollo sostenible con amplia experiencia en el sector público y privado nacional e internacional²¹. Dentro del informe elaborado por Villaseñor, se destacan las áreas que representan un reto para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial en México, siendo las siguientes:

- 1) “Desconocimiento e incompreensión de los alcances del concepto de patrimonio cultural inmaterial” (2018, p. 21). Este primer punto se da en razón de que el campo que abarca este patrimonio es más amplio del que parece, además de incluir una consideración material de por medio.
- 2) “Carencia de un marco jurídico, amplio, suficiente y adecuado, que permita la coordinación interinstitucional transversal” (2018, p. 22). Un punto que hemos

²⁰ Conforme a lo establecido en el sitio web del CRESPIAL ¿Qué es el CRESPIAL?, para su consulta en: <https://crespial.org/que-es-el-crespial/>

²¹ Reseña curricular plasmada en los Estados del Arte del CRESPIA, para su consulta en <https://crespial.org/estados-arte-pci/>

destacado a lo largo de la presente investigación, siempre ha existido lagunas que complican el adecuado desarrollo normativo.

- 3) “Necesidad de homologar – para efectos jurídicos y administrativos – los elementos conceptuales que serán aplicables en nuestro país” (2018, p. 22). Recordemos que en México cada estado es autónomo en crear legislaciones para ciertas materias, en el caso de las leyes culturales este punto resalta por la necesidad de generar una concordancia teórico – normativa entre los municipios, estados, federación y el ámbito internacional.
- 4) “Se ha venido produciendo una atención cada vez más segmentada del patrimonio cultural comunitario” (2018, p. 22). Recordando que el factor humano es imprescindible para su sostenimiento y desarrollo pensar en unificar las prácticas comunitarias son un tema de atención indispensable.
- 5) “Falta de formación del personal institucional que cuente con la construcción epistemológica básica del patrimonio cultural inmaterial” (2018, p. 22). Uno de los puntos más sobresalientes, en razón de que las instituciones gubernamentales guardan una obligación de salvaguarda directa. Por lo tanto, su capacitación debería ser continua, de manera que brinden aportaciones que ayuden a consolidar el patrimonio cultural inmaterial.
- 6) “Carencias en la formación en gestión cultural, de líderes o portadores de cultura locales o regionales” (2018, p. 22). Vemos la otra cara de la situación, si existe una falta de formación institucional a la par existe una carencia de formación comunitaria. De esta manera se buscaría que los portadores de la tradición sean más conscientes del valor de sus manifestaciones y comiencen a buscar formas internas de preservación y salvaguarda.
- 7) “... En México, existe una muy marcada tendencia a interpretar la inscripción de una manifestación en alguna de las Listas de la Convención de 2003, como declaración mediante la cual una autoridad externa, superior y experta, reconoce el valor universal excepcional de la expresión cultural de una comunidad originaria” (2018, p. 22 – 23). Esta problemática se desenvuelve desde dos perspectivas. La primera de ellas, tiene que ver con la percepción de que un ente externo es el que da valor a las manifestaciones, dando la apariencia de que es este ente quien cuenta con la autoridad

suficiente para hacerlo, creando inconformidades en la comunidad portadora. La segunda perspectiva, es la utilización de las declaraciones como instrumento político por parte de los estados y los municipios, que lejos de ayudar a la salvaguardia de estos bienes, contribuye a general un caos conceptual. Ambas perspectivas desembocan en la percepción social de que otorgar una declaratoria es un premio, más allá de ser, un reconocimiento genuino para las comunidades.

- 8) “Percepción, por parte de portadores o practicantes, de que durante la elaboración de un expediente de inscripción y declaratoria:
- No fueron consultados para ser incluidos en el apartado correspondiente a la aprobación de los portadores.
 - La inscripción de la expresión los excluye del dominio de los portadores.” (2018, p. 23).

Este problema resulta muy frecuente, se puede dar dada la amplitud de la expresión ya que diversas comunidades se sienten portadoras únicas y de ahí la sensación de exclusión. También, por un desconocimiento generalizado, en el sentido de que la lejanía institucional con la que viven genere desconcierto y preocupación con relación a una posible pérdida de su patrimonio inmaterial.

- 9) “La elaboración de los expedientes de las expresiones inscritas en las listas de la convención, ha contado con el apoyo de los gobiernos estatales o municipales, a partir de una consideración política particular” (2018, p. 24). No es extraño que se utilice la cultura como un acto político, sin duda esta actitud egoísta y con fines particulares tiene como resultado el demerito de los esfuerzos por generar registros con un reconocimiento legítimo.
- 10) “Priorización de apoyos destinados a fortalecer aquellos productos o representaciones más visibles para el turismo o el comercio” (2018, p. 24). Una actitud completamente capitalista que observa todo como una mercancía en detrimento de las actividades con una valoración más simbólica. Este reto se perfila en romper las barreras que revisten de parafernalia el espectro cultural y generar una verdadera consciencia selectiva entre las personas, capaz de analizar de manera crítica las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial para absorber y codificar su esencia. Con ello, se

busca un nuevo posicionamiento de la puesta en valor de las expresiones, atrayendo una salvaguardia y protección ligada a la apreciación social.

Damos cuenta de que problemáticas con relación al patrimonio cultural inmaterial sobran. Algunas son parte de una administración pública deficiente con personal poco capacitado para trabajar con este patrimonio, ausencias en el marco legal que dejan un sinnúmero de huecos y lagunas jurídicas tendientes a complicar la aplicación normativa, irregularidades y malos manejos políticos que ven con fines de campaña el avance cultural o bien por una descomposición en la estructura social derivada de la desigualdad que no puede brindar a todos los sectores los elementos suficientes el acceso, goce y disfrute de la cultura. En cuanto a nuestro tema, segmentamos ciertas cuestiones que nos parecen apremiantes para consolidar mejores prácticas sobre la protección del patrimonio cultural inmaterial. Cuestiones que nos encargaremos de analizar a continuación.

b. El Sentido de la Colectividad.

El sentido colectivo debe ser el primer punto que debemos tocar, cuando referimos a la colectividad lo hacemos desde el punto de vista jurídico. Mencionamos que una de las principales barreras para que los sistemas de protección de propiedad intelectual apliquen de forma concreta al patrimonio cultural inmaterial, es precisamente el traspaso de lo individual a lo colectivo. En este apartado, nos encargaremos de desglosar esta problemática a través de diversos puntos de vista teóricos.

Primero referenciemos como se pondera la posición del autor identificable, puesto que es condición primordial en los sistemas de protección mediante derecho de autor. En el caso del patrimonio cultural inmaterial, de acuerdo con Vaquer es “creación de comunidades o pueblos con frecuencia durante generaciones, por lo que no tienen uno o varios autores identificables” (2020, p. 63). Aquí reconocemos que, si bien no existe identificación de los autores en el sentido particular, si existe ubicación respecto al desenvolvimiento colectivo de las expresiones culturales. Es decir, no podemos ser atinados en designar quien fue la persona o personas que crearon la coreografía de una danza ritual dada su condición generacional tradicional, sin embargo, si podemos ubicar con cierta facilidad, donde se desarrolla esa

danza y que comunidades son las encargadas de su ejecución. Por ello, en palabras del mismo autor “este carácter colectivo o difuso explica que se transmita de generación en generación y que sea recreado constantemente por las comunidades y grupos” (Vaquer, 2020, p. 68). La recreación constante nos permite dar cuenta de que las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial siguen vigentes, recordemos que se trata de un patrimonio vivo y esa vitalidad se da a través de las colectividades.

Llegar a esta aseveración significa que aún existen limitaciones sobre la protección del patrimonio cultural inmaterial. Por ejemplo, al tratar de incorporar los sistemas de propiedad intelectual para cumplir dicho objetivo, el sentido de la colectividad reafirma tales limitaciones en un sentido de interpretación normativa positiva, en palabras de Florence Lézé:

... se evidenció el hecho que los tratados internacionales relativos a la protección de la propiedad intelectual tienen limitaciones cuando están aplicados al patrimonio inmaterial, por múltiples razones como: la imposibilidad de establecer la originalidad de un elemento del patrimonio inmaterial; la imposibilidad de identificar los autores; etcétera. En resumen, los derechos de autor protegen valores individuales cuando los intereses en cuestión son valores colectivos (2013, p. 176).

Este resultado llega a través de una larga evolución de la idea de patrimonio inmaterial, al llenarse huecos en el desarrollo teórico se integran los procesos culturales. De esta manera, los valores colectivos son piezas claves del tema que estamos tratando, por lo cual, el desarrollo en el espectro legal positivo debe adaptarse a las necesidades jurídicas evolutivas, aunque aún falte por trabajar el tema.

Esta falta de adaptación constituye una vulnerabilidad jurídica con relación a los derechos colectivos. En un punto de vista similar Hernández y Villaseñor exponen que “la propiedad intelectual occidental, consagra los derechos de los creadores solo de corte individual, dejando de lado los derechos colectivos cuyos representantes son las culturas indígenas que demandan el reconocimiento de sus derechos sobre el conocimiento tradicional y patrimonio cultural que les es propio” (2018, p. 112). Con lo cual se alienta a la legitimación de una propiedad cultural colectiva, sin que exista impedimento para la aplicación de sistemas de protección intelectuales. En específico, si el derecho de autor se enuncia como

una herramienta de protección, se debe fortalecer su postulado de forma concreta, para que, con ello agregue a sus objetivos la promoción y la salvaguarda colectiva.

Ahora bien, antes de seguir adentrándonos en la problemática de la colectividad, es necesario explicar ¿Qué se entiende como un derecho colectivo en sentido estricto? Pues bien, estos derechos también llamados difusos pertenecen a la tercera generación de derechos humanos, en palabras de Silva “son aquellos que atañen a todos, cuya afectación no necesariamente causa un daño, un perjuicio de manera directa a las personas, verbigracia del medio ambiente, derecho al agua, de consumidores, etcétera, por lo que la sociedad en su conjunto está interesada en su preservación, en la subsistencia de aquellos” (2017, p. 149). Anexamos nosotros el derecho a la cultura en todas sus vertientes. Entendemos así, que su afectación produce un daño indirecto a la sociedad, que si bien no será percibida de forma inmediata a la larga los daños se harán visibles. Estas prerrogativas también llamadas de solidaridad, son derechos o intereses de grupo de ahí que su titularidad no pertenece a una sola persona, sino a toda una colectividad de personas.

Queremos hacer énfasis de que un derecho colectivo puede ser segmentado, con esto nos referimos a que, si bien puede haber derechos colectivos que apliquen de manera universal, entendiendo a absolutamente todas las personas, su afectación o bien el interés de su protección, puede ser diferenciado dentro de las distintas colectividades, en palabras de Stavenhagen “no son solamente los miembros individuales de las comunidades indígenas los que tienen derechos, sino la unidad colectiva, el grupo” (2008, p. 263). Por ejemplo, un derecho colectivo a la cultura, en su vertiente de protección del patrimonio cultural inmaterial es aplicable a todo el mundo, sin embargo, ante un acto de apropiación cultural y de uso ilegítimo de alguna ceremonia ritual, será la comunidad, la unidad colectiva o el grupo afectado el primero en reclamar su defensa.

Cuestionarse la colectividad, implica adentrarnos a temas más selectivos. Si se pretende dar protección en este sentido tan amplio es porque su arraigamiento está bastante consolidado. De acuerdo con Lourdes Arizpe: “El patrimonio cultural incorpora la memoria colectiva e pueblos y naciones alrededor del mundo... De ahí que todos puedan reconocer y apreciar diferentes formas de arte, rituales, estructuras sociales y prácticas colectivas” (2013, p. 27). Abstraemos que el sentido de la colectividad no solamente inmiscuye a la comunidad

portadora de la tradición, también a las personas de otros ámbitos sociales. La memoria colectiva es un tema amplio que merece un estudio individualizado, pero podemos decir que se trata de un fenómeno selectivo con el cual los valores simbólicos realzan su posicionamiento con base en la apreciación, no solamente una apreciación en sentido estético, hablamos de un verdadero desciframiento simbólico.

Otro punto importante a tener en cuenta es la creatividad, misma que también se da a partir de interacciones humanas. Es evidente que toda manifestación cultural tiene sus rasgos de creatividad, para el caso del patrimonio cultural inmaterial “la creatividad en la tradición se caracteriza por la interacción dinámica entre la creatividad colectiva y la creatividad individual” (Labaca, 2012, p. 6). Desde su construcción originaria, el sentido colectivo que se ve inmerso en las manifestaciones inmateriales, versa de un contexto dinámico en donde el factor humano ha ido haciendo variaciones de forma generacional. Recordemos que se trata de conocimiento que ha sido transmitido de manera constante, con lo cual, cada nueva generación portadora aplica sentido creativo a la manifestación, con ello, no se genera una creación del todo independiente, sino que nos encontramos delante de un producto que refleja la identidad cultural y social de una comunidad a lo largo del tiempo.

En relación con el comentario anterior, Lara Plata sostiene que “la legitimidad del patrimonio se da en función de la búsqueda de nuestra raíz identitaria hallada en el pasado (historicidad) para ser en el presente un bien colectivo” (2017, p. 39). El patrimonio cultural inmaterial representa un puente de conexión entre pasado y presente, de ahí que adquiera el sentido de un bien colectivo. La protección y titularidad de los derechos sobre estas obras no pueden ser designadas de forma arbitraria, puesto que tienen que centrarse en un ámbito menos rígido de la creación y originalidad que los sistemas convencionales de propiedad intelectual acatan. Por ello, “lo complejo en cuanto al patrimonio cultural intangible, es que el beneficiado con esta norma jurídica, no es una persona, sino un grupo de personas, una colectividad” (Lara Plata, 2017, p. 94). No solo el reconocimiento y la ubicación debe ser colectiva, también el aprovechamiento y los beneficios que estas manifestaciones produzcan deben ser obtenidos por toda la comunidad. Observamos que el sentido de la colectividad es más amplio de lo que aparenta, pues parte del reconocimiento de portadores y aterriza hasta los beneficios producidos.

Este ámbito colectivo resulta con una infinidad de acepciones, otro punto es la temporalidad. De acuerdo con Llodra, cuando hablamos de patrimonio cultural inmaterial “lo relevante no es su antigüedad, sino que su creación y uso formen parte de la tradición cultural de una comunidad” (2007, p. 435). Con ello, su temporalidad también es variante, sin duda el pasado se encuentra implícito, como dijimos es un puente de conexión. Sin embargo, su vitalidad se da a través de la recreación constante, ya que una manifestación sin portadores que le den vida está condenada a la extinción.

Hablar de colectividad es un referente que, así como puede segmentarse en diferentes acepciones, también tiene repercusión en los diferentes ámbitos de la sociedad. La gestión del patrimonio cultural inmaterial es una tarea que compete a todos, en palabras de Sánchez Silva:

La participación es hoy en día un ámbito de reivindicación como derecho cultural, tanto como es una condición sine qua non para lograr una verdadera apropiación y un fortalecimiento de las capacidades que buscan ampliar la gobernanza cultural del conjunto de la sociedad civil.
(2018, p. 19).

El sentido de la colectividad extrapola a las comunidades portadoras, repercutiendo de esta manera en la sociedad civil. Con lo cual, se trata también de implementar mecanismos de salvaguardia que generen una revalorización desde la estructura social. Asimismo, se debe “incorporar una visión integral de la salvaguardia mucho más orientada al fortalecimiento de las capacidades y a garantizar la participación de las comunidades portadoras, que al reconocimiento institucional de manifestaciones aisladas” (Sánchez Silva, 2018, p. 34). De esta manera, los enfoques colectivos no solamente se inmiscuyen en aceptar que las manifestaciones pertenecen a comunidades, sino que la sociedad civil a su vez respeta y tenga conciencia de la importancia de dichas manifestaciones tanto para la comunidad portadora como para la riqueza cultural de las naciones. De igual forma, que el ámbito institucional, mismo que posee la obligación de cuidado, no de pie a conductas de apropiación o a utilizar el patrimonio como medio político, debe propiciar que con sus acciones se infunda verdadero dominio y reconocimiento en las comunidades portadoras.

Este tipo de acciones hacen referencia a una participación comunitaria, siendo este uno de los mayores retos respecto del patrimonio cultural inmaterial. Por ello, una propuesta

interesante nos parece la de Chocano quien, referenciado por Sánchez Silva, manifiesta que la participación comunitaria puede darse a través de tres diferentes maneras:

1. *La primera se refiere a los instrumentos y procesos que se ofertan como servicios del Estado y en los cuales los individuos, colectivos, grupos y comunidades solicitan el apoyo de las instituciones públicas y los organismos internacionales. Los mecanismos más importantes a este respecto son el sistema de declaratorias y los inventarios que tienen una importante demanda social y proveen de un reconocimiento simbólico para los grupos.*
2. *El segundo tipo de participación es el que se realiza mediante proyectos colaborativos entre los grupos de portadores y las instituciones.*
3. *El tercer tipo se da a través de proyectos e iniciativas de salvaguardia liderados por las propias comunidades. (Sánchez Silva, 2018, p. 37).*

Acertadas a nuestra consideración las formas expuestas, nos permitiríamos agregar una cuarta forma que sería de proyectos liderados tanto por las comunidades portadoras como por organizaciones de la sociedad civil. De esta forma se cubre la tríada expuesta anteriormente entre las instituciones, la sociedad civil y las comunidades. Si bien la participación comunitaria es un tema que de suyo puede explorarse de forma pormenorizada, su desarrollo no atañe del todo a nuestra investigación, por ello, lo acotamos con estos comentarios. Pese a ello, vislumbramos como los enfoques colectivos atañen a todos estos ámbitos, dejando en claro que brindar una protección efectiva es un encargo en común y que los resultados nos benefician a todos.

De esta forma concluimos el desarrollo del sentido de la colectividad respecto al patrimonio cultural inmaterial, interesante resulta como no se limita a las comunidades portadoras. Sin embargo, un punto que resaltó de forma constante durante el desarrollo del apartado fue la incompatibilidad del sistema de protección de la propiedad intelectual para efectos de las expresiones inmateriales, como si el espectro colectivo funcionara como una barrera aplicativa. Surgiendo así una nueva interrogante para nosotros, ¿Será posible romper las barreras que impiden esta aplicación? Con ello queremos saber si es posible hacer que los elementos de los sistemas convencionales de propiedad intelectual, por ejemplo, el derecho de autor, puedan revestirse de ajustes que permitan incorporar dentro de sus aras de protección a las manifestaciones provenientes del patrimonio cultural inmaterial. Hablamos, por tanto, de que estos elementos sufran una adaptación de excepción, en cuanto a su

contenido normativo, dando pauta para que las manifestaciones intangibles tengan cabida. Adentrarnos en esta interrogante será parte del siguiente apartado.

c. Adaptación de los Sistemas Convencionales de Propiedad Intelectual.

El sistema de propiedad intelectual no fue creado para abarcar las manifestaciones culturales inmateriales, por ello, es imposible aceptar que tal como fue concebido encaje de manera perfecta ante este tipo de patrimonio. No obstante, existe una opinión generalizada respecto a que los sistemas convencionales de protección pertenecientes a la propiedad intelectual pueden ser susceptibles de adaptarse para que surtan efectos con relación a las expresiones intangibles. Dicha adaptación no ha sido delimitada de forma contundente, puesto que existe un gran debate teórico entre optar por esta vía, o bien, crear un nuevo sistema de protección que verse particularmente sobre estas manifestaciones. Por ahora, no nos adentraremos en la creación de un nuevo sistema de protección, ya que ese apartado lo trataremos más adelante, lo que nos compete de momento, será profundizar en el debate teórico de la adaptación, a través de la mirada de diferentes autores en la materia.

Para iniciar, ya revisamos que el sentido colectivo es una especie de barrera para enfocar la propiedad intelectual. Bajo ese supuesto, una primera faceta de adaptación sería una protección colectiva, esta modificación a criterio de Pérez Peña “buscaría una protección de propiedad intelectual directa reconociendo derechos comunitarios o colectivos a las comunidades depositarias en aquellos casos en que no sea posible identificar autor, y también ante las distorsiones o mutilaciones que puedan sufrir y que constituyan daños morales o patrimoniales para las mismas” (2011, p. 225). De acuerdo a su criterio, tenemos sistemas jurídicos en los que encontramos zonas e intereses encontrados respecto a lo que se entiende por protección. Lo que varía es la forma, mientras que la propiedad intelectual otorga una protección individual, lo que el patrimonio cultural inmaterial necesita es una protección colectiva. Con lo cual, una de las primeras adaptaciones sería ampliar la dimensión de la protección, hacia una que beneficie a la colectividad.

De esta forma, se haría “el posible reconocimiento de derechos exigibles de propiedad intelectual o similares a los derechos de propiedad intelectual sobre los sistemas de

conocimientos y las expresiones artísticas que desarrollan las comunidades” (Wendland, 2004, p. 99). Con ello se otorgaría un control y un mejor ejercicio de los derechos convencionales del sistema de protección cultural, robustecidos por los medios de la propiedad intelectual. Así pues, se ejemplificaría nuevamente los sentidos de protección positiva y preventiva que mencionamos en apartados anteriores, más que nada el sentido de la protección positiva, ya que tendría fortalecimiento desde el marco normativo vigente, haciendo plausible un resultado deseable para los intereses de las comunidades. Precisamente, compaginar los derechos intelectuales de esta manera es reconocer “los retos y dificultades al igual que el importante papel que pueden jugar para las comunidades una herramienta para asegurar la transmisión y protección de sus prácticas” (Amescua, 2015, p. 35). No baste con reconocer la protección colectiva, también debe entenderse a esta como una herramienta en favor de las comunidades, siendo necesario que se les explique que no es algo que se les otorgue de forma arbitraria y por mera decisión institucional, sino que se han ganado y que es necesario que tengan dominio sobre sus manifestaciones. Por lo cual, la legitimidad colectiva es otro factor importante de la adaptación del sistema convencional, de esta forma la exigibilidad también pasaría de estar en una persona a estar en un conjunto de personas portadoras.

Emana otra pregunta, ¿Cómo las comunidades tradicionales han usado sus derechos de propiedad intelectual? Encontramos respuesta en lo expuesto por Labaca, que dice: “Las comunidades han empleado sus derechos de propiedad intelectual para ejercer el control sobre la manera en que se utilizan sus expresiones culturales y para defenderse del uso irrespetuoso o denigrante de las obras tradicionales” (2012, p. 8). Este control, ejercido por las comunidades tiene que tener un revestimiento legal. Si bien ya hablamos del sentido de la protección tanto positiva como preventiva, consideramos que la herramienta que le daría el accionar idóneo sería el derecho de autor.

Antes que nada, reconocemos que es un problema delicado y que la legislación en materia de derecho de autor tal como está concebida, es incompatible. Existen diversas razones, por ejemplo, de acuerdo con Lara Plata, serían las siguientes:

... ese derecho protege obras artísticas y no los saberes tradicionales, las maneras de hacer, las concepciones de la realidad que le dan sentido a la vida de las colectividades; a que el derecho de autor exige demostrar el carácter original de la obra y que, para el caso, las tradiciones, la

herencia cultural y los conocimientos se transmiten de generación en generación, difícilmente puede demostrarse su originalidad; que ese derecho requiere de la identificación del creador y que, en cambio, los grupos portadores de cultura conciben la propiedad de sus saberes como un bien colectivo, entre otros aspectos no menos importantes (2017, p. 51)

Reto que vemos evidente, sin embargo, estamos de acuerdo que el derecho desde la perspectiva de la adaptación puede ser una herramienta más que idónea para cumplir con el fin de protección. Atendiendo propiamente al derecho de autor, nos parece pertinente traer a colación la postura de Álvarez Valenzuela y Correa Pérez, quienes sostienen que el derecho de autor tiene una doble dimensión, ya que existe una ligazón entre el derecho a la cultura y el derecho intelectual por tratarse de derechos de interés público (2016). Se robustece este punto, al pensar que no es posible imaginar al derecho de autor sin la dimensión de acceso a la cultura, en palabras de estos autores: “el derecho de autor no es un fin en sí mismo. Sólo es posible reconocerlo..., sujeto a la condición de garantizar el acceso a los bienes culturales que estaban siendo protegidos por esta vía. Por lo tanto, el derecho de autor no tiene que transformarse en un impedimento al derecho a la cultura, al contrario, en un estado ideal, el derecho de autor debiera ser un facilitador de la participación de las personas en la vida cultural de un país” (2016, p. 22).

Así pues, observamos un deber ser del derecho de autor, debiendo ser un facilitador para la vida cultural siendo una herramienta de acceso y no de bloqueo como los moldes jurídicos rígidos lo plantean. También, se trata del ejemplo más claro de adaptación, en donde su transformación interna debe ser tendiente a permitir la participación colectiva de la vida cultural. Se trata de un perfeccionamiento que haga posible retribuir desde la propiedad intelectual el ejercicio de control de las comunidades originarias. En el capítulo anterior, revisamos que el derecho de autor se construye desde una parte patrimonial y desde una parte moral. Si acatamos a que la parte moral, implica que el reconocimiento y la titularidad se conviertan en colectivo. ¿Qué otra variación tendría el apartado moral?

Para responder esa pregunta, tengamos primero en cuenta que la parte patrimonial, está relacionada con los derechos de explotación y utilización comercial, misma que debería darse de forma colectiva también. Entrando al apartado moral, según los estándares internacionales del derecho de autor, estas prerrogativas emanadas del derecho de autor deben tener una cualidad temporal, es decir, que se extingan con el paso del tiempo. Pero las

manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial han roto, por decirlo de alguna manera, las barreras del tiempo, siendo originadas, recreadas y ejecutadas continuamente por generaciones. De cierta forma esto implicaría que la temporalidad sería otra limitación para brindar protección. Una de las opciones sería, partir el contenido del derecho de autor para que únicamente resulte aplicable el apartado patrimonial, pero esto dejaría fuera a la utilización y aprovechamiento exclusivo de las comunidades por medio de la titularidad. La otra opción sería adaptar el contenido moral del derecho de autor, ya que este contenido resulta pertinente y necesario, de acuerdo con Uchtenhagen, “la designación de origen y la integridad de las obras del folclore encuentran una protección excelente en aplicación del derecho moral. Esta protección podría ser perfeccionada por la renuncia a toda limitación temporal del derecho moral” (2002, p. 15). Punto de vista que compartimos, ya que, si retomamos el deber ser del derecho de autor, ninguno de sus apartados debe representar impedimento, por ello, eliminar la limitación temporal sería indispensable en el proceso de adaptar esta figura a las necesidades del patrimonio cultural inmaterial.

Para robustecer esta línea de ideas Llodra, menciona que “La teoría del derecho moral de autor puede ofrecer una alternativa legal para proteger el folclore ya que los derechos morales superan el interés económico individual, para acercarse al interés público de mantener los conocimientos culturales” (2007, p. 442). Situación que consideramos oportuna parcialmente, ya que, si bien si es una buena alternativa, los intereses económicos también son una parte fundamental. En cierta medida, generar este tipo de recursos ayuda a mantener a los portadores de la tradición, por ello repetimos, el interés económico que se derive de las expresiones culturales debe ser colectivo igualmente, debe tratarse de una repartición de los ingresos que se pudieran generar.

Otro de los elementos del derecho de autor es la originalidad. Es parteaguas para delimitar el ejercicio aplicativo de la legislación autoral. En definitiva, se trata de procesos creativos, ya que “el patrimonio cultural intangible se relaciona con el derecho a la cultura en el aspecto relativo a la libertad de creación” (Dorantes, 2017, p. 86). En este tenor, la reproducción, continuidad y ejecución de estas manifestaciones implican un proceso creativo constante, que no se acota a un punto inventivo estático. Es decir, no se limita a una creación inamovible, por ejemplo, alguna composición musical o a un cuadro al óleo, sino que se trata

de representaciones, rituales, danzas, ceremonias, etc., que viven procesos creativos con cada nueva ejecución, ya que se impregnan de destellos propios de cada nuevo ejecutante de la comunidad portadora. Seguimos dando cuenta de puntos de limitación constante, que si bien, pueden ser adaptables, dicha adaptación aún no se define por completo.

Por sus cualidades intrínsecas, la protección de las expresiones intangibles resulta de mayor dificultad tanto pragmática como jurídica. Según Dorantes “la protección jurídica del patrimonio cultural intangible, es modélica para el resto de los derechos culturales. Ahora bien, esto no significa, de manera alguna, que esto lo convierta en un derecho de protección, eficaz por sí solo” (2017, p. 93). Con ello, apreciamos que la protección jurídica verdaderamente fuerte, vendría de aquellas normas que resultan vinculantes y garantizan derechos subjetivos definitivos. Situación que se encuentra del todo compenetrada con los modelos jurídicos del derecho de autor.

De esta manera en términos de legislación positiva, de forma generalizada, encontramos otra ausencia. Una verdadera aplicación en términos normativos de adaptaciones del sistema convencional de propiedad intelectual. Esta falta de legislación ha sido expuesta por diversos autores, por ejemplo, para Bonfil existe la carencia de un corpus legal que se ocupe de proteger mediante normas consecuentes el derecho a la cultura y los derechos culturales de los mexicanos (1991). Para este autor, la inexistencia de leyes tan solo en la materia se hace latente, aunque dada la temporalidad de su escrito podemos decir que su preocupación, en términos generales, ya se encuentra superada al crearse leyes en materia cultural, no obstante, no se han resuelto todos los recovecos jurídicos.

Tan es así, que Pérez Ruíz define una serie de problemas derivados de la construcción social hacia el patrimonio cultural inmaterial, dentro de los cuales menciona que: “la lentitud e ineficacia de las instituciones culturales y sus cuerpos legales para responder a los retos que se plantean, ...el apego a una legislación insuficiente, y aún desfasada, respecto de la legislación internacional para la adecuada tarea de preservación del patrimonio cultural” (2012, p. 42). Así, también damos cuenta de que, aunque existan legislaciones, su profundización no resulta suficiente para resolver la problemática. Los elementos culturales, infieren mejores soportes, no bastando la estructuración de un cuerpo normativo, sino

también trabajar la eficacia del sector institucional. Más aún, si se trata de hacer converger dos sistemas jurídicos como es nuestro caso.

Finalmente, para el caso específico del derecho de autor Llodra, manifiesta que:

La protección ofrecida por el derecho de autor puede aplicarse a las expresiones culturales tradicionales, contemporáneas, tangibles e intangibles (si no se exige fijación), pero dicha protección puede no satisfacer a las necesidades y objetivos de los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales (2007, p. 437).

Destacamos que la insuficiencia se encuentra en diversos aspectos, desde la construcción normativa, la composición institucional, el desarrollo administrativo y la aplicación de herramientas de la propiedad intelectual. Pero el escenario no es tan desolador como parece, ya que encontrar soluciones es la tarea principal, no obstante, para ello debemos trabajar en formas de llegar a los resultados, necesitamos un desarrollo de la problemática para poder resolverla. En general, se observa un avance incesante en la incorporación del patrimonio cultural inmaterial en las legislaciones, anexando vías de desarrollo para este patrimonio. Sánchez Silva, consultora del CRESPIAL, refiere el caso mexicano de la siguiente manera:

En términos generales, hemos transitado de un escenario que estuvo por mucho tiempo centrado en la disputa por los derechos relativos al acceso a la cultura, a otro que tiene en el reconocimiento (identitario) y en la participación sus puntos más fuertes de demanda. Esto obliga a los países a reflexionar sobre lo que significa reconocer el PCI como un derecho, camino que han venido explorando Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, algunas provincias argentinas como la del Chalco y, con mucha fuerza, México. (2017, P. 43)

Nuestro país no se ha quedado de brazos cruzados para encontrar soluciones, siendo un tema tratado de manera constante, aunque existe un largo camino por recorrer. Para comenzar a cerrar este apartado, es necesario evidenciar ¿Cuáles serían las consideraciones prácticas de un proceso de adaptación del sistema convencional? Por lo cual, lo expuesto por Labaca, nos parece más que pertinente, siendo las siguientes:

- *Primer paso: Establecer objetivos nacionales en materia de política.*
- *Segundo paso: Determinar que opciones hay disponibles en los sistemas convencionales de protección intelectual.*

- Tercer paso: Analizar las opciones disponibles en los sistemas ajenos a la propiedad intelectual que tienen pertinencia para los objetivos deseados.
- Cuarto paso: Decidir si es necesario establecer un sistema *sui generis*, o si los derechos existentes y las modificaciones a los mismos pueden satisfacer las necesidades que se han establecido para lograr un buen equilibrio.
- Quinto paso: Determinar qué medidas prácticas y operativas, instituciones y programas pueden necesitar para facilitar el uso y la aplicación efectivos de las formas de protección que ya existen o que vayan a establecerse.
- Sexto paso: Decidir cómo pueden relacionarse los sistemas nacionales para proporcionar protección regional e internacional mediante marcos jurídicos bilaterales, regionales o internacionales. (2012, p. 22 y 23).

En conclusión, hicimos alusión que adaptar los sistemas convencionales de propiedad intelectual puede ser una opción para brindar protección jurídica al patrimonio cultural inmaterial. Como vimos en las consideraciones prácticas, expuestas por Labaca, resolver la problemática de la protección no se limita a esta opción. Es a partir del tercer paso y sobre todo en el cuarto paso, donde vemos reflejada otra opción que podría ayudarnos a encontrar mejores vías de protección, nos referimos a un sistema *sui generis*, tema del que hablaremos en el siguiente apartado.

d. Hacia la Creación de un Sistema de Protección *Sui generis* del Patrimonio Cultural Inmaterial.

La elaboración de un sistema de protección *sui generis* del patrimonio cultural inmaterial parece ser uno de los retos esenciales y a su vez una de las perspectivas principales para resolver la problemática. Si ajustar un sistema jurídico no es una tarea fácil, crear uno nuevo es más complicado. De suyo, esta iniciativa parte de que a problemas particularizados se deben dar soluciones particularizadas, dentro de esta perspectiva existe el enfoque de trabajar una hibridación sistémica, ¿A qué nos referimos con esto? Pues bien, una hibridación sistémica sería un paso más adelante que la adaptación del modelo tradicional, implicaría por tanto la atracción y la apropiación de dichas herramientas jurídicas y, a su vez, conllevaría a la creación de nuevas herramientas que se acoplen tanto con las ya existentes, como con el fenómeno a proteger.

En resumidas cuentas, se trataría de atraer lo mejor de ambos sistemas jurídicos para concebir un modelo superior. Moscoso refiere que

La discusión se ha centrado en dilucidar si resulta necesario elaborar un sistema sui generis de protección a estas manifestaciones, o, por el contrario, si las normas actuales de propiedad intelectual pueden permitir un menú de opciones adecuado para cubrir tal expectativa de tutela, siendo en todo caso, posible su adecuación o perfeccionamiento. (2007, p. 706).

Si la discusión gira en torno a estas dos posibles soluciones, podemos decir que ya revisamos la propuesta de la adaptación. Siendo preciso en estos momentos, adentrarnos en la posible construcción de un modelo *sui generis*.

Para comenzar, a criterio de Yáñez la adopción de medidas jurídicas de este tipo, versaría en dos funciones básicas “una, adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia y, la otra, identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes” (2012, p. 61). Las ideas expuestas se pueden entender como una forma de encajar ranuras con sus respectivas llaves, ya que, para definir las medidas de protección es necesario primero delimitar los elementos que se pretende proteger. Para nuestra investigación delimitar de forma tajante qué se entiende por patrimonio cultural inmaterial sería demasiado complicado, ya que estamos ante fenómenos que han sobrevivido durante bastantes años y con el paso del tiempo han sufrido modificaciones.

Este razonamiento hace que nos demos cuenta que no estamos ante instituciones jurídicas que sean estáticas. Las manifestaciones intangibles poseen entonces una dimensión evolutiva, de acuerdo con Bortolotto, “aunque la naturaleza dinámica de toda expresión cultural sea evidente para los etnólogos; los métodos, objetivos y herramientas de protección del patrimonio legitimados por las instituciones no están concebidos para acompañar y respaldar esta dimensión evolutiva” (2014, p. 7). Es una opinión que aceptamos parcialmente. Por un lado, somos conscientes de que las herramientas de protección tal y como están no fueron concebidas para entender la dimensión evolutiva del patrimonio cultural. Llegado a este punto, también estamos de acuerdo que una adaptación sería un tanto dificultosa dada la estricta rigidez del derecho, pese a ello, concebir un nuevo sistema de protección sería una vertiente para dilucidar la problemática. Es aquí donde vemos con buenos ojos que su

creación, adecuación e implementación si deba ser una labor institucional, desde el plano internacional, nacional o incluso estatal.

Respecto al tema de la institucionalización, la misma autora refiere que “mientras que la atribución de valor patrimonial a una práctica depende de sus mismos practicantes (las comunidades), el estatus patrimonial siempre le es asignado por las instituciones gubernamentales que sigue siendo las únicas que se han consagrado a establecer una política de salvaguardia y de autorización patrimonial” (2014, p, 13). Con esta manifestación queremos aclarar una cosa, no estamos diciendo que la atribución de valor patrimonial institucional sea el eje de validez cultural en las manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial, ya que esto sería en cierta forma aceptar que hasta que el estado las visualiza adquieren panorama en la dimensión jurídica y administrativa. Este punto de vista sería un error, toda vez que son los mismos portadores de la tradición quienes pueden de forma fidedigna adjudicar valorización cultural a sus expresiones, sin la necesidad de que directamente el Estado tenga implicación. Aclarado este punto, aceptamos que la creación de un sistema *sui generis* provenga de un accionar estatal, ya que como hemos referido, el deber de cuidado es una obligación para el Estado, sin embargo, dicha creación debe estar acompañada del consentimiento, conocimiento y aceptación de la colectividad portadora, puesto que una implementación coactiva y sin consulta puede llevar a un rechazo del nuevo sistema por razones de exclusión, dejándolo inoperante.

Creemos que el patrimonio está sujeto a criterios de selectividad basados tanto en los valores de uso, formales y simbólicos de las comunidades, como en el reconocimiento del Estado para su debida protección. Sin embargo, dicho deber de cuidado será aplicable a todo el patrimonio cultural en sentido extenso, es decir, tanto el material como el inmaterial y el natural. Por lo cual, entendemos que ciertas manifestaciones pertenecerán a uno u otro tipo incluso a ambos tipos de patrimonio, por lo menos, alguna parte de la manifestación. Por ejemplo, una técnica de cestería tendrá como producto la elaboración de canastas, siendo este un resultado completamente material; de igual forma, dicha técnica tendrá un proceso de creación tradicional intrínseco, o sea, un conocimiento generacional para la confección y articulación del material plegable, dicha técnica será una expresión completamente inmaterial. Por lo tanto, la forma de proteger ambos elementos de dicha manifestación no

serán los mismos, como menciona Lara Plata ... “gestionar el patrimonio implica tener claro que las estrategias para la protección, preservación y conservación del patrimonio cultural material, inmaterial y natural no pueden ser las mismas, puesto que, dada la naturaleza de cada tipo, las formas de intervención requieren técnicas y métodos específicos” (2017, 62). Por ello, un sistema *sui generis* enfocado únicamente al patrimonio cultural inmaterial no parece una idea desubicada, ni mucho menos una idea que segmente el patrimonio cultural.

Ahora bien, ¿Cómo sería el núcleo duro de un sistema *sui generis*? Primero, tengamos en cuenta que “no existe un patrón único o solución general que pueda adecuarse a todas las prioridades, contextos jurídico – culturales y necesidades de las comunidades tradicionales de todos los países” (Labaca, 2012, p. 16). Es esta misma polaridad, la que nos haría buscar soluciones desde diferentes ámbitos para coludir la respuesta más adecuada. Se deben buscar puntos de convergencia y divergencias entre los sistemas de protección actuales (Pérez Peña, 2011). Sobre todo, los sistemas de propiedad intelectual y el del patrimonio cultural, en ambos existes zonas e intereses encontrados que nos pueden servir de referencia para sostener una vertiente de protección doble. Esclarecidos los puntos teóricos, tendremos la pauta para comenzar a trabajar las bases del sistema *sui generis*.

La base debe estar concertada alrededor de que las formas de protección aplicables al patrimonio cultural inmaterial estén inspiradas y conformadas por principios y políticas culturales y jurídicas adecuadas. Esta tarea es posterior al análisis de los puntos de convergencia y divergencia, es decir, una vez seleccionados los elementos aplicables, se debe atender separadamente a las expresiones culturales inmateriales con un debate más preciso, técnico y concreto. Por ejemplo, entender qué parte del entramado de propiedad intelectual es aplicable y mediante qué tipo de herramienta, un registro, un reconocimiento, una patente, etc., de igual forma, saber si existirán disposiciones administrativas centralizadas o descentralizadas, si la índole del derecho penal será aplicable de oficio o a petición de parte, si existirán disposiciones comerciales que apliquen al derecho mercantil, entre otras cuestiones por dilucidar. No obstante, todos los ámbitos de construcción normativo – estructural de un sistema *sui generis* rebasarían la pretensión de la presente investigación, por ello, lo acotamos hasta este punto.

Nos enfocaremos en el marco de la protección, aceptando que la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales debe abordarse desde un contexto político amplio y no como un fin en sí mismo. Como menciona Labaca, las cuestiones más generales a reflexionar serían las siguientes:

- *La preservación y salvaguardia del patrimonio cultural;*
- *El fomento de la diversidad cultural;*
- *El respeto a los derechos culturales;*
- *El fomento del desarrollo artístico y el intercambio cultural;*
- *Las necesidades e intereses de las comunidades indígenas y tradicionales; y,*
- *El fomento de la creatividad y la innovación basadas en la tradición como integrante del desarrollo económico sostenible.* (2012, p. 13).

Punto de vista atinado, ya que reflexionar sobre estos detalles confiere importancia a todos los ámbitos por atender. Desde la preservación para las futuras generaciones, la protección positiva y preventiva, el sentido de la colectividad, el aprovechamiento económico y los sustentos de la hibridación sistémica. No descuida ninguno de los enfoques necesarios para darle aplicabilidad a un nuevo sistema, trayendo a colación también las herramientas del sistema convencional de propiedad intelectual, pero revistiéndolas con base en las nuevas necesidades, puede verse esta perspectiva por el hecho de mencionar directamente el derecho a los respetos culturales.

Para comenzar con el cierre del presente apartado, daremos una serie de principios que deben ser considerados en la construcción del sistema *sui generis*. Los principios que a continuación enunciaremos son expuestos por Moscoso (2007), como listado general nos parece muy acertado, sin embargo, en cuanto al contenido de cada uno de ellos, haremos una descripción pertinente y enfocada a nuestra investigación. Pues bien, los principios expuestos son los siguientes:

- Principio de receptividad a las necesidades y expectativas de las comunidades: Se basa en el sentido de la colectividad y de particularizar la situación de cada una de las comunidades. Entendiendo que las necesidades no serán las mismas para todos los grupos de personas, por lo cual, se debe entender que el uso que darán a sus manifestaciones intangible irá acorde a sus expectativas. Por ejemplo, pueden existir comunidades que opten por mantener privado algún ritual por considerarlo sagrado;

por otro lado, comunidades que permitan que los ajenos observen o incluso formen parte de los rituales, estas decisiones deben ser entendidas y respetadas por la sociedad externa.

- Principio de balance: En este punto, viene a colación por entender que debe existir un equilibrio y una proporcionalidad al tomar en cuenta los intereses legítimos de los titulares del patrimonio cultural inmaterial, pero también de la sociedad en general. Ya que, por un lado, el derecho al goce de la diversidad cultural por parte de la sociedad; y por otro, los principios de respeto y de uso legítimo. De igual forma, se prevé un respeto hacia los derechos humanos y la dignidad de las personas, por ejemplo, por muy tradicionales que puedan aparentar, no se pueden permitir que se sigan practicando en mutilaciones corporales a menores o en contra de la voluntad de las personas
- Principio de respeto a los instrumentos y procesos regionales e internacionales: Por una cuestión de homogeneizar las estructuras normativas y de evitar contradicciones en cuanto a su contenido. Si la protección del patrimonio cultural inmaterial compete a todos los ámbitos territoriales, sus lineamientos deben ser armónicos entre sí.
- Principio de flexibilidad y exhaustividad: Dada la dimensión evolutiva de las manifestaciones, así como la compleja y profusa variedad de expresiones tradicionales. Se debe entender que se navega entre diferentes sistemas y marcos legislativos que regulan, promueven y protegen, por lo tanto, independientemente de la creación de un sistema *sui generis* siempre debe ser aplicable la herramienta jurídica que se adapte de forma más eficientemente al caso concreto.
- Principio de reconocimiento de la naturaleza específica: Recordemos que las expresiones intangibles poseen una naturaleza dinámica, con elementos que le son propios a cada manifestación. Con ello, el sistema de protección creado no debe entrar en conflicto con ninguna de las características sustanciales del patrimonio cultural inmaterial, pudiendo dar la atención idónea a todas las manifestaciones.
- Principio del uso y la transmisión consuetudinaria: Derivado de su transmisión generacional y acorde al conflicto de la temporalidad. El nuevo sistema debe tener en claro que las manifestaciones inmateriales han sido utilizadas a lo largo del tiempo, que su vigencia se da a través de las personas que las mantienen con vitalidad.

- Principio de efectividad y accesibilidad: Se debe tener en cuenta a los portadores de la tradición como principales actores dentro del sistema *sui generis*. Haciendo plausible que los factores económicos, culturales, sociales, legales, administrativos, etc., sean de fácil adopción por las comunidades a efectos de que se beneficien el máximo posible. Inclusive se les debe invitar a evaluar dicho sistema, que hagan modificaciones de lo que les parezca más inconveniente, y finalmente, den su aprobación para la implementación del mismo.
- Principio de complementariedad: Un sistema *sui generis* partiría de una hibridación sistémica, con lo cual sería punto de atracción atraer factores de protección de ambos sistemas para que resulte más eficiente. Se debe tener siempre en consideración, que cuando algún elemento se vea superado y exista otro mejor dentro de algún otro sistema de protección, esta herramienta puede ser atraída, moldeada y abstraída por el sistema *sui generis* haciendo de la metodología comparada y la complementación estructural una actividad de actualización y mejora constante.
- Principio de respeto por los derechos y obligaciones hacia la población indígena y otras comunidades tradicionales: No hay mucho que decir de este principio, se sobre entiende que el respeto de las comunidades siempre debe ser el bastión de su salvaguarda, que se auxilie en su promoción con previo consentimiento y que se les brinde una protección acorde a sus solicitudes y necesidades.

Ya dimos cuenta de aquello que debería contener un sistema *sui generis*, de igual forma nos enfocamos en cómo debería estructurarse, lo que nos lleva a preguntarnos ¿Se ha elaborado algún sistema *sui generis*? O inclusive, ¿Se ha implementado algún sistema de esta índole? La respuesta a estos cuestionamientos es que sí. Ha sido precisamente la OMPI quien trabajó en un sistema de protección *sui generis*, sin embargo, este no ha sido implementado del todo.

El primer antecedente serían las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folklore contra la Explotación Ilícita y las Acciones Lesivas elaborado en 1982²², elaboradas por un grupo de trabajo interdisciplinar designado

²² Material para su Consulta en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/1982-folklore-model-provisions.pdf>

por la OMPI y la UNESCO. Dicho documento parte de la premisa de que las expresiones del folclore constituyen creaciones intelectuales, por lo cual, requieren una protección basada en la protección de la propiedad intelectual. Su enfoque es evitar el abuso comercial indebido, ya que este perjudica los intereses culturales y económicos de los titulares del patrimonio. Si bien, nunca se implementó en algún estado o nación, su función a la fecha ha sido servir de referente en la construcción normativa de las legislaciones nacionales. Un punto, que se dejó de lado al elaborar las Disposiciones Tipo fue darle la misma importancia al sentido cultural que al económico, ya que tanto los elementos de reconocimiento y utilización venían enfocados a evitar la explotación comercial por ajenos a los titulares.

De esta manera es que se crea en el año 2000, el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre la Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Mismo que tiene como tarea:

El impulso de dicha labor se explica por un sentimiento cada vez mayor en los países en desarrollo, en el sentido de que el folclore encarna la creatividad y forma parte de la actividad cultural de las comunidades indígenas y locales; de ahí que se considerara digno de ser protegido mediante el sistema de propiedad intelectual, en particular, dado que, con las nuevas tecnologías, el folclore se ve cada vez más expuesto a la explotación y el uso indebido. (OMPI, 2015, p. 1)

Es a través de dicho comité que la OMPI ha mantenido como tarea constante la implementación de un sistema de protección hacia el folclore, entendiendo como parte de este al patrimonio cultural inmaterial. Uno de los referentes más importantes de este comité es la elaboración del Proyecto de disposiciones/artículos para la protección de las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales²³. Mediante la continua estructuración de este proyecto la OMPI, ha buscado vías de protección que se adecuen de mejor manera las necesidades de esta parte del patrimonio. Si bien, podemos decir que se trata de un estudio constante, teniendo una última actualización el 19 de junio de 2019²⁴,

²³ Trabajo del Comité respecto al Proyecto de disposiciones/artículos para la protección de las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales, para su consulta en: https://www.wipo.int/tk/es/igc/draft_provisions.html

²⁴ Actualizaciones del Proyecto de disposiciones/artículos para la protección de las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales, para su consulta en: https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=439178

significa que no se ha quitado el dedo del renglón, a sabiendas de que las mejores prácticas con relación a estas manifestaciones siempre son necesarias.

De esta manera finalizamos el apartado y el cuarto capítulo de la presente investigación, reconociendo que, aunque aún no se ha implementado de forma positiva un sistema totalmente *sui generis*. Los esfuerzos por realizar el marco estructural de alguno han estado vigentes, no solo desde los puntos de vista teóricos, sino también por parte de las instituciones que guardan este reto dentro de sus tareas pendientes.

Conclusiones.

I. Conclusiones:

Las conexiones entre derecho y cultura son históricas, profundas e inmanentes, es por ello, que al hacer hincapié en su estudio y exploración teórica se robustece el sentido de su necesidad dentro de las sociedades contemporáneas. El objetivo principal de esta investigación fue el aportar un panorama respecto a dichas conexiones, revisando por un lado lo que corresponde al análisis jurídico de la cultura y, por otro lado, el análisis cultural del derecho para finalmente centrarlo en el escenario de la sociedad mexicana.

Desde los fundamentos teóricos dicha conexión entre derecho y cultura fue vislumbrada. Primeramente, el derecho se adentra en la sociedad como un fenómeno de cultura basado en un producto de la vida social, toda sociedad presupone la existencia de un derecho y a su vez, todo derecho no existe si no es en una sociedad. Por lo cual, el derecho y la forma en que se construye es una creación cultural, ya que sus postulados se dan mediante las representaciones de la vida que tienen los individuos que buscan regular de forma armónica su convivencia. Todo desarrollo jurídico reviste de un fenómeno cultural, puesto que, las acepciones cotidianas enfrascan los nuevos retos del derecho, dichas acepciones representan un sistema está inmerso dentro de la sociedad y son los mismos individuos quienes forjan el quehacer jurídico.

Así pues, para analizar el derecho debemos tener siempre en cuenta a la cultura, puesto que vivimos en un mundo de significados que heredamos y construimos. Tenemos que, como dice Kahn, imaginar el estado de derecho como una cultura en sí misma. Al estudiar esta cultura del mismo mediante sus componentes, como la historia y el territorio obtenemos la interpretación del derecho. Los sujetos son un factor importante para imaginar el estado de derecho, puesto que al estar sometidos por este se recrean constantemente. Es mediante esta recreación que tenemos la construcción normativa, en la cual existen remanentes de posicionamiento que ayudan a cimentar las figuras jurídicas, mismas que sufren de agotamiento paradigmático con lo cual su aplicación puede superarse, dejándolas en desuso o con adaptaciones.

Si imaginar el estado derecho es una cultura en sí misma, su principal reflejo normativo positivo es la constitución. Conforme a los postulados de Häberle (2003 & 2006), la constitución de un pueblo es la imagen de una sociedad. Por lo cual, para perfeccionarle es necesario analizar cada constitución y realizar un ejercicio comparativo entre ellas, a fin de cuentas, comparar constituciones es comparar culturas. El resultado de dicho ejercicio sería el arquetipo constitucional, donde se encuentre el perfeccionamiento normativo de estos instrumentos jurídicos. Perfeccionada la constitución, se perfeccionarían las leyes que de ella emanen.

En la sociedad mexicana es sumamente necesario el derecho cultural, mismo que posee una naturaleza jurídica de aplicación desde el plano internacional, por los diversos instrumentos aplicables, como del plano constitucional, por su enfoque de derecho fundamental. Encontraríamos en el derecho a la cultura una naturaleza multifacética, ya que puede adaptarse según las necesidades preponderantes tanto del espectro público como del privado, abstrayendo de cada rama el robustecimiento necesario para consolidarse, por ejemplo, la estructura administrativa, el factor punitivo penal, la garantía económica, etc.

A su vez, el derecho a la cultura cuenta con la suficiente autonomía para ser una rama jurídica por sí mismo. Teniendo una estructura sistematizada, un objeto determinado y un contenido delimitado pese a su continua evolución y transformación. Siguiendo los principios de utilidad pública, interés público sobre el privado y de preservación, fomento y difusión de su contenido, es que converge su substancia jurídica. Asimismo, sus características principales es que es un derecho difuso, colectivo y de tercera generación, siendo el factor de la colectividad su principal esencia puesto que se comparte entre la población en general y las comunidades portadoras de la tradición.

El derecho cultural y sus ramificaciones conocidas como derechos culturales no están libres de retos. Como encaminar una democracia cultural, generar una consciencia cultural, propiciar la profesionalización interdisciplinaria para su mejor tratamiento y, el principal, crear una regulación jurídico-adjetiva mediante un código de procedimientos culturales. No obstante, dilucidar su problemática teórica da las bases para avanzar en la resolución de estos nuevos retos.

Hablar de la protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial, siendo el tema que nos atañe principalmente, implicó realizar un ejercicio comparativo y cronológico de los instrumentos jurídicos internacionales, nacionales, estatales y municipales que dieron su origen. Desde el plano internacional encontramos que son dos las principales instituciones que han dedicado espacios a este tipo de protección, siendo la UNESCO y la OMPI. La primera desde el desarrollo cultural y la segunda desde la propiedad intelectual. La inmaterialidad como diferenciación es el punto focal de la protección, puesto que, dilucidamos como a través de los instrumentos fue concibiéndose al patrimonio cultural inmaterial como independiente del material y del natural. Con ello se dio pauta a que se crearan sistemas de protección enfocados y especializados, otorgando un enfoque propio a la inmaterialidad. Sin embargo, lo más relevante de este análisis normativo, es que conforme fueron desarrollando sus instrumentos se encontraron puentes de conexión, desde el patrimonio cultural a la propiedad intelectual, haciendo visible que las necesidades de protección pueden ser cubiertas desde ambos ámbitos.

El origen de la protección se analizó desde los instrumentos jurídicos, posteriormente se particularizó su situación actual, de esta forma llegamos a los enfoques actuales del patrimonio cultural inmaterial. El primer enfoque es verlo como un derecho cultural, dilucidando sus elementos siendo que se trata de un patrimonio tradicional, contemporáneo y viviente al mismo tiempo, al encontrarse en constante contacto con las personas funciona como un concepto integrador creando relaciones entre la comunidad. El patrimonio cultural inmaterial, se constituye como un factor representativo puesto que por su integración en la comunidad cada generación que ha pasado deja parte de su esencia dando paso a que la colectividad lo sienta como propio. Por lo cual, su sustento está basado en la comunidad, el sentido colectivo es el principal factor de acoplamiento en el entorno social.

El patrimonio cultural inmaterial tiene un vínculo estrecho con las manifestaciones materiales que de sí emanan, no es solamente una bifurcación que los separe sino un método de complementación. El patrimonio cultural es forma y no materia, no obstante, desde el derecho cultural deben quedar claros grados de diferenciación entre los tipos de patrimonio, esto en aras de que las formas para su tratamiento sean las mejores.

El segundo enfoque es desde el derecho intelectual, dada su exhaustividad en el desarrollo de figuras jurídicas tuvimos que decantarnos por una de ellas. Desde nuestra perspectiva el derecho de autor representa la más idónea, dado que de su estructura emanan dos tipos de prerrogativas tanto derechos morales, como patrimoniales. Aquí es que encontramos varios factores en común, por ejemplo, el proceso de creación, la figura del creador como autor, a través de este tipo de acciones es que las colectividades dejan en ejercicio de su intelecto sus emociones, valores, ideas y conocimientos. El derecho de autor es un punto cúlpe de la representación material, pero también de la inmaterialidad que la creación conlleva, contribuyendo a forjar la identidad cultural de una comunidad. No obstante, quedó demostrado que los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales que forman parte del patrimonio cultural inmaterial, existen desde mucho antes de la concepción de los sistemas de protección de propiedad intelectual, y hasta épocas recientes se comienza a trabajar en la incorporar estos elementos culturales al sistema de propiedad intelectual.

Con esta última idea comenzamos el cierre del apartado de conclusiones, trabajamos directamente con el patrimonio cultural inmaterial visto desde la perspectiva de la propiedad intelectual. La OMPI se ha encargado de elaborar diversas guías para sustentar su protección mediante el sistema convencional de propiedad intelectual, aun así, ha sido enfática en que los avances no son suficientes y que las figuras jurídicas no pueden encajar del todo. Esto nos quiere decir, por un lado, la protección del patrimonio cultural inmaterial es apremiante para las organizaciones desde el máximo plano internacional, y, por otro lado, que un sistema de protección basado en la estructura convencional de la propiedad intelectual debe ser perfeccionado para avocarse a las expresiones y conocimientos tradicionales. También, entendemos que muchas veces esta problemática sale de su control, no pudiendo la OMPI dar una respuesta que satisfaga por completo las necesidades de la protección del patrimonio cultural inmaterial.

Por ello, gracias a la obra de Posey y Dutfield, nos hicimos la siguiente pregunta: ¿Qué hay más allá de la propiedad intelectual? Este cuestionamiento, fue uno con los cuales trabajamos en el último capítulo para darle respuesta, hablamos de la problematización del patrimonio cultural inmaterial, en síntesis, existen diferentes retos para darle un mejor

tratamiento desde la capacitación social e institucional, hasta la homologación de los instrumentos jurídicos. Pese a ello, el reto principal que afrontamos para conjugar el sistema de protección fue el sentido de la colectividad, ya que dichas expresiones no son pertenecientes a un autor individual y particularizado, sino que son propias de las comunidades en su conjunto. Los valores colectivos que impregnan este patrimonio son piezas claves para brindar una protección efectiva, de igual forma, resultan ser en cierta forma un impedimento para que se incorporen al sistema convencional de propiedad intelectual.

Por lo cual, desde nuestro punto de vista existen dos vías de acción para auxiliar con esta problemática. La primera de ellas es que los sistemas convencionales de propiedad intelectual sufran adaptaciones que permitan la incorporación de los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, para dicha adaptación es necesario un estudio pormenorizado caso por caso, escrutando y delimitando la figura que sea más adecuada y permitiendo que dicha figura jurídica sea modificada lo suficiente para satisfaga las necesidades de protección. Empero, se trata de una mera especulación puesto que, en términos de legislación positiva encontramos la ausencia de una verdadera aplicación en términos normativos de adaptaciones del sistema convencional de propiedad intelectual. Desde los postulados teóricos dicha adaptación no ha sido delimitada de forma contundente, puesto que existe un gran debate entre optar por esta vía, o bien, crear un nuevo sistema de protección que verse particularmente sobre estas manifestaciones.

Siguiendo esta línea de ideas, es precisamente la creación de un nuevo sistema de protección, la segunda de las vías de acción. Nos referimos a un sistema *sui generis* que sea creador precisamente para la protección del patrimonio cultural inmaterial, dicho sistema poseería una hibridación sistémica, con ello estaría un paso más adelante que la adaptación del modelo tradicional. Implicaría la atracción y la apropiación de herramientas jurídicas tradicionales y, a su vez, conllevaría a la creación de nuevas herramientas que se acoplen tanto con las ya existentes, como con el fenómeno a proteger, en este caso el patrimonio cultural inmaterial. Este sistema debe estar lo suficientemente polarizado y flexible que nos permita dar respuesta a cada caso concreto, ya que no existe un patrón único o solución general que pueda adecuarse a todas las prioridades, contextos jurídico – culturales y necesidades de las comunidades tradicionales de todos los países.

Pese a todo, la creación de un sistema *sui generis* sería una de las formas principales de proporcionar al patrimonio cultural inmaterial de protección jurídica. Fundar la protección desde un sistema propio dotaría de una autonomía plena, para sostener las vías de acción de una forma libre y flexible capaz de adaptarse a las manifestaciones inmateriales de forma concreta. Aún falta mucho para hablar de un sistema *sui generis* completo, pero desde la academia se dan los primeros eslabones para su creación.

Referencias:

1. Libros:

Álvarez Valenzuela, Daniel (2005), Derecho de autor y cultura, en *Los derechos de propiedad intelectual y el libre comercio*, Santiago, Chile, Alianza Chilena por un Comercio Justo, Ético y Responsable (ACJR).

Amescua Chávez, Cristina (2015), Prólogo: Revisión de una Década de Literatura sobre el patrimonio cultural inmaterial, en Topete Chávez, Hilario & Amescua Chávez, Cristina (Coord), *Experiencias de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial: nuevas miradas*, Zacatecas, México, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ancona García – López, Arturo (2012), *El Derecho de Autor en la Obra Audiovisual*, México, Porrúa.

Arizpe, Lourdes (2006), *Culturas en movimiento. Interactividad cultural y procesos globales*, D.F., Porrúa.

_____ (2013), Patrimonio Cultural Intangible: Los Orígenes del Concepto, en Topete Chávez, Hilario & Amescua Chávez, Cristina (Coord), *Expresiones de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, Cuernavaca, Morelos, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ávila Ortiz, Raúl (2000), *El derecho cultural en México: Una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*, D.F., Porrúa.

_____ (2002), *Derecho Constitucional Cultural Iberoamericano*. En Valencia Carmona, Salvador (Coord.) *Educación, Ciencia y Cultura*, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Bonfil Batalla, Guillermo (1991), Nuestro Patrimonio Cultural: Un Laberinto de Significados en Bonfil Batalla, Guillermo (Coord.), *Pensar Nuestra Cultura*, Distrito Federal, México, Alianza Editorial.

- Brhem, Luis Fernando & Barbosa, Magali (2010), *Los rostros de la cultura*, D.F., Ediciones de las Sibilas.
- Cacho Pérez, Luis Norberto (2018), *Grandes Temas Constitucionales. El Derecho Cultural*, Ciudad de México, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones en México e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Canales L., María Paz & Soffia A., María A (2013), *La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor y el dilema del acceso a la cultura: ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?* en Cerda Silva, Alberto (Ed) Acceso a la Cultura y Derechos de Autor. Excepciones y Limitaciones al Derecho de Autor. (pp. 121 – 135). Santiago, ONG Derechos Digitales.
- Colombres, Adolfo (2009), *Nuevo Manual del Promotor Cultural I, Bases Teóricas de la Acción*, Distrito Federal, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.
- Cottom, Bolfy (2010), *Los derechos culturales en el marco de los derechos humanos en México*, D.F., Porrúa.
- _____ (2015), *Legislación cultural. Temas y tendencias*, D.F., Porrúa.
- De la Parra Trujillo, Eduardo (2014), *Introducción al Derecho Intelectual*, Distrito Federal, Editorial Porrúa.
- Dorantes Díaz, Francisco Javier (2004), *Derecho cultural mexicano. Problemas jurídicos*, Querétaro, FUNDAP.
- _____ (2017), *El Patrimonio Cultural Intangible en México. Un Análisis desde la Perspectiva Constitucional y de Derechos Humanos* en Lara Plata, Lucio (Coord.), *Comunidades en Movimiento. Aproximaciones a la Expresión Inmaterial del Patrimonio Cultural*, San Luis Potosí, San Luis Potosí, Secretaría de Cultura.
- Foucault, Michel (2015), *Vigilar y castigar: El nacimiento de la prisión*, Ciudad de México, Ed. Siglo XXI, Treceava Edición.

- _____ (2016), *El nacimiento de la clínica: Una arqueología de la mirada médica*, Ciudad de México, Ed. Siglo XXI, Tercera Edición.
- García Canclini, Néstor (2004), ¿De qué estamos hablando cuando hablamos de lo popular? en Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (Coord.) *Antología sobre Cultura Popular e Indígena*, Distrito Federal, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes-
- _____ (2013), *El consumo cultural en México*, D.F., CONACULTA.
- Guasp, Jaime (1968), *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Gráficas Herón.
- Häberle Peter (2006), *Verdad y estado Constitucional*. Traducción de Mañón Garibay, Guillermo (2006), D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Häberle, Peter & Kotzur, Markus (2003), *De la soberanía al derecho constitucional común: Palabras clave para un diálogo europeo – latinoamericano*. Traducción de Fix Zamudio, Héctor (2013), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kahn, Paul (2001), *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona, Gedisa.
- Lara Plata, Lucio (2017), Gestión y Protección Legal del Patrimonio Cultural Inmaterial, en Lara Plata, Lucio (Coord.), *Comunidades en Movimiento. Aproximaciones a la Expresión Inmaterial del Patrimonio Cultural*, San Luis Potosí, San Luis Potosí, Secretaría de Cultura.
- Lézé, Florence (2013), *La Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Inmaterial en la UNESCO*, Ciudad de México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Magaña Rufino, José Manuel (2013), *Curso de Derechos de Autor en México*, México, Novum.
- Martínez Paz, Enrique (1940), *Sistema de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ed. El Ateneo.

- Mathew, John & Kakarala, Sitharaman (2007), *La enseñanza de la cultura jurídica*. En *Enculturación de la ley: Nuevas agendas para la pedagogía legal*. Traducción del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (2013), New Delhi, Tulika Books.
- Moscoso, Martín (2007), Hacia la Protección Sui Generis del Folclore, en Roca, Santiago (Comp.), *Propiedad intelectual y comercio en el Perú: impacto y agenda pendiente*, Lima, Perú, Escuela de Administración de Negocios para Graduados.
- Obón León, Ramón J (1996), *Derecho de los Artistas, Intérpretes – Actores, Cantantes y Músicos Ejecutantes*, México, Trillas.
- Parets Gómez, Jesús (2017), *Teoría y Práctica del Derecho de Autor*, Ciudad de México, Editorial Sista.
- Pérez Duarte & N, Alicia Elena (1983), *Derechos de Autor* en Carpizo, Jorge (Ed.) *Diccionario Jurídico Mexicano* (Tomo III, p. 212). México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Quintero, Sandra & Trompiz, Janny (2013), El adulto mayor como transmisor de tradición y cultura de la corianidad, *Revista Multiciencias*, Punto Fijo, Venezuela, Universidad de Zulia, volumen 13, número 1.
- Rogel Vide, Carlos (2002), *Derecho de Autor*, Barcelona, Cálamo,
- Sánchez Silva, Luisa Fernanda (2017), Una mirada panorámica a la gestión del patrimonio cultural inmaterial en América Latina, en Centro Regional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de América Latina (Coord.), *Miradas a la gestión del PCI de América Latina: avances y perspectivas Estados del arte sobre las políticas públicas para la salvaguardia del PCI de los países miembro del CRESPIAL*, Lima, Perú, CRESPIAL.
- Serrano Migallón, Fernando (2008), *Marco Jurídico del Derecho de Autor en México*, México, Porrúa.
- Silva Ramírez, Luciano (2017), *Protección de los Derechos Colectivos en México*, Anuario de Derechos Humanos del Instituto de La Judicatura Federal, Ciudad de México,

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Solorio Pérez, Oscar Javier (2017), *Derecho de la Propiedad Intelectual*, Ciudad de México, Oxford.

Torsen, Molly & Anderson, Jane (2012), *La Propiedad Intelectual y la Salvaguardia de las Culturas Tradicionales: Cuestiones Jurídicas y Opciones Prácticas para Museos, Bibliotecas y Archivos*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/1023/wipo_pub_1023.pdf

Uchtenhagen, Ulrich (2002), *La Protección del Folclore, Noveno Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Ginebra, Suiza, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Valadés, Diego (2006), *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Villaseñor Anaya, Carlos J (2018), *Estado del Arte de la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial México*, Lima, Perú, Centro Regional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de América Latina.

Yáñez Reyes, Sergio (2012), Patrimonio Inmaterial en México: Evolución Legal, Posibilidades Institucionales y Retos Actuales, en Morales, Carmen y Wachter, Marie (coords.), *Patrimonio inmaterial: Ámbitos y contradicciones*, Distrito Federal, México, Colección Conservación y Restauración del patrimonio del Instituto Nacional de Antropología e Historia.

2. Artículos:

Álvarez Valenzuela, Daniel & Correa Pérez, Marco (2016), La Doble Dimensión del Derecho de Autor: El Acceso a la Cultura y los Derechos de Autor, *Revista de Derecho Público*, Santiago, Chile, Universidad de Chile, Volumen 85.

- Arizpe, Lourdes (2004), El patrimonio cultural inmaterial, la diversidad y la coherencia, Revista Museum Internacional, París, Francia, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, número 221/222.
- Ávila Ortiz, Raúl (2000a), Derecho cultural: Un concepto polisémico y una agenda necesaria, Derecho y cultura, D.F., México, Universidad Nacional Autónoma de México, número 1.
- Bedjaoui, Mohammed (2004), La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial: marco jurídico y principios universalmente reconocidos, Revista Museum Internacional, París, Francia, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, número 221/222.
- Bortolotto, Chiara (2014), La Problemática del Patrimonio Cultural Inmaterial, Culturas, Revista de Gestión Cultural, Valencia, España, Universitat Politècnica de Valencia, Volumen 1.
- Burgos Barrantes, Benito (2020), De los objetos a los sujetos: transiciones del patrimonio cultural. Reconceptualizaciones y reinstitucionalizaciones, Revista PH, Sevilla, España, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, número 101.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises (2003), El derecho humano a la cultura y su protección internacional, Derecho y cultura, D.F., México, Universidad Nacional Autónoma de México, número 8.
- Champeil – Desplats, Veronique (2010), El Derecho a la Cultura como Derecho Fundamental, Revista Electrónica Iberoamericana, Madrid, España, Universidad Rey Juan Carlos, volumen 4, número 1.
- Dorantes Díaz, Francisco Javier (2001), El derecho a la cultura, Derecho y cultura, D.F., México, Universidad Nacional Autónoma de México, número 4.
- _____ (2013), El derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características, alcances y limitaciones, Revista Alegatos, D.F., Universidad Autónoma de México, volumen 27, número 85.

- Fregoso Zárate, Javier (2017), *El Derecho en la Cultura*, Revista de Derecho y Ciencias Sociales: Misión Jurídica, Bogotá, Colombia, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, número 13.
- García Cívico, Jesús (2018), *Derecho y cultura: Una dimensión cultural del derecho*, Anuario de la facultad de derecho, Madrid, España, Universidad de Alcalá de Henares, número 11.
- González Rivas Martínez, Daniel (2012), *Una aproximación al iusculturalismo de Peter Häberle*, Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional, D.F., México, Universidad Nacional Autónoma de México, número 27.
- Hernández de la Torre, Jaime & Villaseñor Tinoco, Martha Alicia (2018), *De los Derechos de Autor y Pueblos Originarios*, Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia, Guadalajara, México, Universidad de Guadalajara, número 9.
- Kirshenblatt – Gimblett, Barbara (2004), *El patrimonio inmaterial como producción metacultural*, Revista Museum Internacional, París, Francia, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, número 221/222.
- Kurin, Richard (2004), *La salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial en la Convención de la UNESCO de 2003: una valoración crítica*, Revista Museum Internacional, París, Francia, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, número 221/222.
- Labaca Zavala, María Lourdes (2012), *La Propiedad Intelectual de los Bienes Culturales Inmateriales y la OMPI*, Revista Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, No. 23.
- Londrés, Cecilia (2004), *El registro del patrimonio inmaterial: la experiencia brasileña*, Revista Museum Internacional, París, Francia, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, número 221/222.

- Munjeri, Dawson (2004), *Patrimonio Material e Inmaterial: de la Diferencia a la Convergencia*, Revista Museum Internacional, París, Francia, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, número 221/222.
- Pérez Peña, Oscar Alberto (2011), *Propiedad Intelectual y Patrimonio Cultural: Protección Jurídica a la Cultura Popular Tradicional, con Especial Referencia a Cuba*, Revista Propiedad Intelectual, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, volumen X, número 13.
- Pérez Ruíz, Maya Lorena (2012), *El patrimonio inmaterial: Acuerdos básicos para su protección*”, en Morales, Carmen y Wachter, Marie (coords.), *Patrimonio inmaterial: Ámbitos y contradicciones*, Distrito Federal, México, Colección Conservación y Restauración del patrimonio del Instituto Nacional de Antropología e Historia.
- Posey, Darrel & Dutfield, Graham (1995), *Más Allá de la Propiedad Intelectual: Los Derechos de las Comunidades Indígenas y Locales a Los Recursos Tradicionales*, Ontario, Canadá, Nordan – Comunidad.
- Rangel Medina, David (1992), *Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual*, Distrito Federal, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Stavenhagen, Rodolfo (2008), *Los Derechos de los Pueblos Indígenas: Desafíos y Problemas*, Revista IIDH, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 48.
- Symonides, Janusz (1998), *Derechos culturales: Una categoría descuidada de los derechos humanos*, Revista Internacional de Ciencias Sociales de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, UNESCO, número 158.
- van Zanten, Wim (2004), *La elaboración de una nueva terminología para el patrimonio cultural inmaterial*, Revista Museum Internacional, París, Francia, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, número 221/222.

Vaquero Caballero, Marcos (2005), *La Protección Jurídica del Patrimonio Cultural Inmaterial*, Revista Museos.Es, Madrid, España, subdirección General de Museos Estatales de España. Ministerio de Cultura de España, número 1.

_____ (2020), *El Derecho a la Cultura y el Disfrute del Patrimonio Cultural*, Revista PH, Sevilla, España, Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico, número 101.

Wendland, Wend (2004), *Patrimonio inmaterial y propiedad intelectual: retos y perspectivas*, Revista Museum Internacional, París, Francia, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, número 221/222.

3. Legislación y Normativa:

Acuerdo por el que se adscriben orgánicamente las unidades administrativas y órganos administrativos desconcentrados de la Secretaría de Cultura, Diario Oficial de la Federación, 10 de febrero de 2017, disponible en: http://www.indautor.gob.mx/documentos/marcojuridico/Acdo_SC%20adscripcion%20de%20unidades%20y%20org_desconcentrados.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario oficial de la Federación, 8 de mayo de 2020, versión digital disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, La Haya, 14 de mayo de 1954, *Convenciones y Acuerdos Normativos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura*, Segundo Protocolo, disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html#STATE_PARTIES

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, París, 17 de octubre de 2003, *Biblioteca Digital de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura*, versión en español, disponible: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540_spa

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, París, 17 de octubre de 2003, *Biblioteca Digital de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura*, versión en español, disponible:https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540_spa

Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, París, 21 de noviembre de 1972, *Convenciones y Acuerdos Normativos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura*, Segundo Protocolo, disponible en: <https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>

Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, París, 20 de octubre de 2005, *Biblioteca Digital de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura*, versión en español, disponible: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142919_spa

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias, Berna, 28 de septiembre de 1979, *Compilado de Tratados Administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, 9º Novena enmienda, disponible en: https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283698

Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural, París, 2 de noviembre de 2001, *Convenciones y Acuerdos Normativos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura*, Primer Texto de la Oficina de Normas Internacionales, disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folklore contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas, Ginebra, 1982, *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, disponible en: https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/1982-folklore-model_provisions.pdf

Guía para la Catalogación de Conocimientos Tradicionales (2017), *Guía Práctica*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1049.pdf

Guía Práctica: La Propiedad Intelectual y los Festivales Folclóricos, Artísticos y Culturales (2018), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1043_2018.pdf

Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato, 22 de julio de 2020, versión digital disponible en: https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/ley/pdf/162/LEY_DE_DERECHOS_CULTURALES_PO_22jul2020.pdf

Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, Diario Oficial de la Federación, 4 de diciembre de 2018, versión digital disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LINPI_041218.pdf

Ley del Patrimonio Cultural del Estado de Guanajuato, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato, 1 de agosto de 2006, versión digital disponible en: https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/ley/pdf/63/LEY_DEL_PATRIMONIO_CULTURAL_DEL_ESTADO_DE_GUANAJUATO.pdf

Ley Federal del Derecho de Autor, Diario Oficial de la Federación, 24 de diciembre de 1996, versión digital disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_150618.pdf

Ley Federal del Derecho de Autor, Diario Oficial de la Federación, 24 de diciembre de 1996, versión digital disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_150618.pdf

Ley General de Cultura y Derechos Culturales, Diario Oficial de la Federación, 19 de junio de 2017, versión digital disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCDC_190617.pdf

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra, 16 de diciembre de 1966, *Normativa Administrada por la Oficina del Alto Comisionado de*

las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en:
https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf

Programa de Gobierno 2018 – 2024 para el Estado de Guanajuato, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato, 26 de marzo de 2019,
https://portalsocial.guanajuato.gob.mx/sites/default/files/documentos/2019_GOBIE_RNO_GTO_Programa_gobierno_2018-2024.pdf

Programa Sectorial de Cultura 2020 – 2024 derivado del Plan Nacional de Desarrollo 2020 – 2024, Diario Oficial de la Federación, 3 de julio de 2020, disponible:
<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/563292/PSC-DOF.pdf>

Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, París, 15 de noviembre de 1989, *Convenciones y Acuerdos Normativos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura*, Primer Texto de la Oficina de Normas Internacionales, disponible en:
http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Reglamentación Municipal, Base de datos de la Secretaría de Gobierno del Estado de Guanajuato, consultada el 28 de noviembre de 2020, versión digital disponible en:
<http://normatividadestatalymunicipal.guanajuato.gob.mx/reglamentacion.php>

Reglamento Interior del Instituto Estatal de la Cultura del Estado de Guanajuato, Periódico Oficial del Estado de Guanajuato, 21 de junio de 2013, versión digital disponible en:
http://segob.guanajuato.gob.mx:8088/files/FRAC_1/REGLAMENTOS/REGLAMENTO_INTERIOR_DEL_INSTITUTO_ESTATAL_DE_LA_CULTURA_DEL_ESTADO_DE_GUANAJUATO__JUN_2013.pdf

Reglamento Interior del Instituto Nacional del Derecho de Autor, Diario Oficial de la Federación, 22 de mayo de 1998, versión digital disponible en:
<https://www.indautor.gob.mx/documentos/marco-juridico/reglamento.pdf>

4. Otros:

¿Qué es el Patrimonio Cultural Inmaterial? (2011), *Infokit del área de Patrimonio Cultural Inmaterial*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la cultura, disponible en: <https://ich.unesco.org/es/que-es-el-patrimonio-inmaterial-00003>

¿Qué es la Propiedad Intelectual? (2020), *Manual de Apoyo*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, disponible en: <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=4528>

Instituto Estatal de la Cultura (s.f.), *Conócenos*, Secretaría de Gobierno del Estado de Guanajuato. Disponible en: <http://cultura.guanajuato.gob.mx/index.php/conocenos/>

Instituto Nacional del Derecho de Autor (s.f.), *Ficha Descriptiva*, Secretaría de Cultura. Disponible en: <http://www.indautor.gob.mx/ficha-descriptiva.php>

Llodra Grimalt, Francisca (2006), La Protección Jurídica de las Expresiones del Folclore en el Sistema de Propiedad Intelectual. Trabajo presentado en XVII Congreso Nacional y VI Congreso Internacional de Folklore: Folklore, Cultura e Identidad “Mildred Merino Zavala” del Instituto de Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

Macías Caro, Víctor Manuel (2014), Los delitos culturales a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales, Tesis Doctoral, Huelva, España, Universidad de Huelva.

Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales (2020), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_933_2020.pdf

Proteja y promueva su cultura: Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales (2017) *Guía Práctica*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, disponible en: <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=4195&plang=ES>

Reseña del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (2015), *Folletos de Reseñas*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_tk_2.pdf