

VÍAS JURÍDICAS DE DEFENSA DEL ARTE INDÍGENA EN MÉXICO

Adriana BERRUECO GARCÍA*

*A Ofelia Medina, por su lucha en favor
de los indígenas de México*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La normatividad sustantiva sobre el arte indígena en México.* III. *Medios de defensa del arte indígena en México.* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Los indígenas que han nacido y viven en nuestro país tienen los mismos derechos que la legislación otorga a todos los mexicanos. Esta acotación que parecería innecesaria en cualquier otra circunstancia es totalmente pertinente en el contexto de la regulación jurídica de las creaciones artísticas en México, dadas las características de la normatividad sustantiva vigente en materia de derecho de autor, que en un afán de singularizar los derechos autorales indígenas ha terminado por ser una fuente de exclusión para este sector de los creadores artísticos de nuestro país, como se describirá más adelante.

Afortunadamente, la parte adjetiva de la Ley Federal del Derecho de Autor contempla infracciones relacionadas con el arte indígena y procedimientos administrativos para sancionar dichos ilícitos, así como otras vías de defensa judicial que pueden ser utilizadas por cualquier creador

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

artístico, independientemente de su origen étnico, las cuales hasta la fecha no se conoce que hayan sido utilizadas por nuestros indígenas, seguramente por el desconocimiento que sobre esta normatividad existe a nivel general en México sobre el derecho de autor.

Por ello, considero que los artistas indígenas y los adquirentes de sus obras deben comprender que ellas son parte de la materia que protege la legislación autoral de México, con ello lograríamos que esta parte de nuestra normatividad sea verdadero derecho positivo. Dicho en términos más llanos, es tiempo de entender que las pulseras, aretes y collares tejidos con chaquira, la alfarería, los cestos de mimbre, los vestidos bordados, los rebozos, los tapetes, colchas y tapices tejidos que nos venden los indígenas en las calles de nuestro país son obras artísticas que están protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor.

Por dichas razones este artículo tiene como principales objetivos analizar la normatividad que está vigente en México sobre protección de las creaciones artísticas y literarias de los indígenas, en sus aspectos sustantivos y adjetivos.

Es primordial destacar que la importancia del tema de este estudio radica en que independientemente de los valores estéticos y sociológicos de las obras artísticas de los indígenas, éstas también generan riquezas económicas, que en la actualidad son mayoritariamente aprovechadas por extranjeros o por mexicanos ajenos a las comunidades indígenas, mientras que los creadores de esas riquezas viven en la absoluta marginación. Pienso que esta injusticia, en buena medida se debe, primero, al endeble marco normativo que está vigente en México y, segundo, al desconocimiento casi generalizado del alcance de las normas generales del derecho de autor por parte de los legisladores, servidores públicos de las entidades culturales, usuarios y adquirentes de las obras artísticas y de los propios creadores de éstas.

Sabemos que el ejercicio pleno del arte y su protección jurídica es una práctica cultural de profunda raigambre entre las sociedades nativas de Mesoamérica. En el caso de México, en la etapa previa a la invasión europea el rey Nezahualcóyotl estableció en el señorío de Texcoco un tribunal sobre arte y ciencia.¹ En la etapa contemporánea fue hasta 1996 cuando se incorporaron en la legislación autoral disposiciones expresa-

¹ Alva Ixtlilxóchitl, Fernando de, "Historia de la nación Chichimeca", *Obras históricas*, México, UNAM, t. II, 1985, p. 101.

mente destinadas a la protección de las obras artísticas creadas por autores de origen indígena.² Pero dicha normatividad está plagada de contradicciones y errores, lo cual es consecuencia de la premura con la que se incorporaron a la Ley Federal del Derecho de Autor las disposiciones sobre dicho tema, y por la manifiesta falta de conocimiento sobre derecho autoral de los legisladores que redactaron dicho ordenamiento.³ Pues se debe considerar que el derecho de autor es una rama jurídica bastante *sui generis*, que ha ganado su autonomía respecto del derecho civil porque aunque se basa en la mayoría de los principios que éste establece, en el derecho autoral las transmisiones de derechos nunca, o en escasísimos casos,⁴ son plenos, ello en virtud de la dicotomía derechos morales-derechos patrimoniales que integra el derecho de autor, pues los primeros se consideran unidos a la persona del autor, y tanto en la ley como la doctrina se caracterizan por ser inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables.⁵

Otra peculiaridad del derecho de autor es que su terminología es bastante compleja, atributo que proviene de la enorme gama de productos intelectuales que tutela, y de las múltiples formas de explotación económica (facultades y modalidades de explotación establecidas en el artículo 27 de la ley autoral) que las creaciones literarias y artísticas pueden tener.

Aunque el derecho de autor es una rama de la propiedad intelectual, presenta diferencias sustanciales respecto a la propiedad industrial y el régimen de las variedades vegetales, pues la protección que otorga el derecho autoral a las obras artísticas se proporciona independientemente del mérito o destino de dichas creaciones intelectuales, porque esa protección comienza desde el momento en que la obra artística es fijada en un soporte material, sin necesidad de cumplir con formalidad alguna,⁶ como podría ser el registro de marcas o la solicitud de patente ante una

² La Ley Federal del Derecho de Autor se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1996, y entró en vigor en marzo de 1997.

³ En las discusiones que se dieron dentro del proceso legislativo de este ordenamiento aparecen declaraciones de algunos diputados que abiertamente manifiestan ser legos en materia de derecho.

⁴ Por ejemplo en el caso de la obra por encargo se permite que el autor transmita o ceda los derechos morales de divulgación, integridad de la obra y el derecho de colección, según establece el artículo 83 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

⁵ Artículos 18 a 20 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

⁶ Artículo 5o., *ibidem*.

autoridad pública, requisitos indispensables para recibir la protección en los campos de la propiedad industrial⁷ y las variedades vegetales.⁸

Este preámbulo busca poner de manifiesto que una rama jurídica tan abundante en figuras a tutelar,⁹ y cuya terminología es tan especializada, requiere de un profundo conocimiento por parte de quienes crean y aplican las disposiciones autorales para evitar el atropello de los derechos de los artistas, conocimiento que por estar ausente en los legisladores que emitieron la Ley Federal del Derecho de Autor han provocado que los creadores indígenas vean vulneradas las prerrogativas que nuestra Constitución y los tratados internacionales les otorgan.

En la iniciativa de la Ley Federal del Derecho de Autor, presentada a principios de noviembre de 1996 por el jefe del Ejecutivo Federal, Ernesto Zedillo, no se incluían normas específicas de protección para las obras artísticas o literarias creadas por indígenas. Las disposiciones que en esta materia contiene la ley autoral vigente son producto de la voluntad de los legisladores integrantes de la Comisión de Cultura de la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados.¹⁰ El tema de este estudio no fue un aspecto que mereciera mayores comentarios o discusiones entre los diputados de la LVI Legislatura, pues en el debate que se dio para la aprobación de la ley autoral, el 28 de noviembre de 1996, el tópico de la protección para las obras de las culturas populares fue escuetamente abordado.¹¹ El texto que actualmente tienen los artículos 157 a 161 de la Ley Federal del Derecho de Autor (De las Culturas Populares) y los relativos a infracciones administrativas en la

⁷ Cfr. artículos 38 y 87 de la Ley de Propiedad Industrial, México, Porrúa, 2004.

⁸ Artículos 4o. y 8o. de la Ley Federal de Variedades Vegetales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de octubre de 1996.

⁹ El artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor señala como ramas de la creación que se tutelan por la vía del derecho de autor a las siguientes: literaria, musical, dramática, danza, pictórica o de dibujo, escultórica y de carácter plástico, caricatura e historieta, arquitectónica, cinematográfica y demás obras audiovisuales, programas de radio y televisión, programas de cómputo, fotográfica, obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y obras de compilación como enciclopedias o bases de datos siempre que éstas, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual.

¹⁰ *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión*, LVI Legislatura, México, 28 de noviembre de 1996.

¹¹ *Idem.*

materia (artículos 229 a 232), es el que le dieron los diputados de la LVI Legislatura, el cual aprobó posteriormente la Cámara de Senadores.¹²

II. LA NORMATIVIDAD SUSTANTIVA SOBRE EL ARTE INDÍGENA EN MÉXICO

La regulación jurídica del arte indígena está contenida básicamente en la Ley Federal del Derecho de Autor y su reglamento, y de manera implícita en los artículos 2o. y 28, párrafo noveno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1. *Ley Federal del Derecho de Autor*

Este ordenamiento es ley reglamentaria del párrafo noveno del artículo 28 constitucional, el cual establece que no constituyen monopolios los privilegios que por tiempo determinado se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras intelectuales. La Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), que está vigente en México desde 1997, incorporó en su título VII una regulación muy precaria para las creaciones artísticas de los indígenas; en ese mismo título también se incluyen normas protectoras de los símbolos patrios.

En dicho ordenamiento identifiqué dos problemas fundamentales, el primero es la carencia de una definición exacta de lo que se considera arte indígena, para el cual se usan como sinónimos los términos “obras artesanales” y “obras de arte popular” (artículos 157 a 161); el segundo es la visión de menosprecio hacia el arte indígena que se refleja en la ley, porque los redactores de este ordenamiento autoral dieron el derecho a cualquier persona de utilizar de manera libre las creaciones indígenas siempre y cuando se desconozca quién es el autor de las mismas (artículo 159), en lugar de propiciar que los creadores indígenas tengan un acceso ágil a los mecanismos que proporcionan cierto nivel de certeza jurídica, como puede ser el registro de las obras en el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

¹² *Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión*, LVI Legislatura, México, 5 de diciembre de 1996.

A. Falta de definición del arte indígena

Se advierte de la lectura de los artículos 157 a 161 de la Ley Federal del Derecho de Autor la carencia de un concepto de las creaciones materia de protección, pues el capítulo III del título VII de dicha ley las enuncia como “De las culturas populares” sin definir cuáles son éstas. El artículo 157 establece: “la presente ley protege las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, así como todas las manifestaciones primigenias en sus propias lenguas, y los usos, costumbres y tradiciones de la composición pluricultural que conforman al Estado mexicano, que no cuenten con autor identificable.”

Desde la perspectiva del derecho de autor, esta disposición es totalmente irregular, por ello, especialistas en propiedad intelectual han expresado discrepancias hacia estas normas, como la que a continuación transcribo:

Por lo que concierne a la protección de las culturas populares, el principio esencial sobre el cual descansa el derecho de autor consiste en que se protegen las obras de autoría, es decir, que cuenten con autor identificable de las mismas. Si bien resulta deseable la protección y preservación de las expresiones artísticas provenientes de las comunidades indígenas, nos parece que ni la legislación ni la manera en que aparece redactado resultan congruentes con los principios tutelares del derecho de autor.¹³

Por otra parte, para especificar el alcance de la protección que da la LFDA, el artículo 158 establece:

Las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal; desarrolladas y perpetuadas en una comunidad o etnia originaria o arraigada en la República mexicana, estarán protegidas por la presente ley contra su deformación, hecha con objeto de causar demérito a la misma o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o etnia a la cual pertenecen.

Respecto de estos intentos de definición de las creaciones que protege dicho capítulo surgen diversos comentarios, en primer término parece que los legisladores al redactar estas disposiciones estaban atendiendo al

¹³ Caballero, José Luis y Jalife, Mauricio, *Legislación de derechos de autor. Comentarios y revisión*, México, Sista, 2000, p. XIV.

proceso material de creación de las obras al hablar de lo artesanal, el cual, si lo interpretamos según su significado literal,¹⁴ puede ser empleado por artistas que no sean indígenas. Además, en un intento por proteger las obras de indígenas, los legisladores terminaron por hacer una discriminación entre el arte de la alta cultura y el arte popular, sin que en la ley aparezcan especificaciones sobre cuáles parámetros se deben emplear para definir con exactitud el arte popular, y cuál es la autoridad facultada para formular esa definición.

Subrayaré que hacer esta distinción contradice un principio rector de la LFDA, establecido en el artículo 5o., referido a que la protección de dicha ley se otorga a las obras artísticas independientemente del mérito, destino o modo de expresión de éstas.

En México, desde 2001 entró en vigor una reforma a varios artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁵ relacionada con el tema indígena, entre esas innovaciones el artículo 2o. define a los pueblos indígenas como “aquéllos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas y políticas, o parte de ellas”. El párrafo tercero de dicho artículo especifica que “son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquéllas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”. Considero que estos conceptos y definiciones constitucionales deben incorporarse al texto de la ley autoral para dar precisión y coherencia a las disposiciones protectoras de las creaciones de nuestros indígenas.

B. *Alcance de la protección*

En función a que las obras que regula el capítulo III del título VII de la LFDA son de autores no identificables, solamente se protege lo que podríamos equiparar a los derechos morales; subrayo que es una mera equiparación en virtud de que estos derechos, según la teoría clásica del

¹⁴ El *Diccionario de la Lengua Española* define artesanía como “arte u obra de artesanos”, en tanto, artesano es definido como “la persona que hace por su cuenta y manualmente objetos a los que imprime un sello personal, a diferencia del obrero fabril”.

¹⁵ El decreto se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001.

derecho de autor, únicamente corresponden o tienen como titular a personas físicas, el autor o sus herederos. A mayor abundamiento sobre este tema destaco que el artículo 18 de la ley autoral especifica que el autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación; en tanto, el artículo 19 determina que el derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.

Para las obras hechas por indígenas, el artículo 158 establece la protección contra la deformación de éstas, hecha con al finalidad de causar demérito a la obra o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o etnia a la cual pertenecen; lo anterior tutela, de manera equiparable, el derecho de integridad sobre la obra, que está regulado por la fracción III del artículo 21 de la ley autoral. El artículo 160 establece que podría equipararse al derecho de paternidad, regulado por la fracción II del artículo 21 del mismo ordenamiento.¹⁶ La vigilancia del respeto de ambos derechos morales es de la competencia del Instituto Nacional del Derecho de Autor, que es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública.

La violación del derecho de integridad de estas obras es considerada como infracción en materia de comercio (artículos 231 y 232), en tanto la falta de enunciación del nombre de la etnia o comunidad a la que pertenece la obra en las fijaciones, representaciones, o cualquier forma de comunicación de dicha creación, es una infracción en materia de derecho de autor (artículos 229 y 230), tema sobre el que abundaré posteriormente.

2. Violaciones a la norma suprema de México en materia de derecho de autor

La ley autoral, en su artículo 159, determina que es libre la utilización de las obras de culturas populares e indígenas, siempre y cuando no se violen los derechos morales. Al respecto señalo que esta norma se col-

¹⁶ Especifica que los titulares de derechos morales pueden en todo tiempo: II. Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra creada por él y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima.

siona con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es de superior jerarquía que la ley en comento,¹⁷ el cual determina, en su apartado “A”, que “esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad”.

Por ello, considero que en la actualidad es necesario consultar a las comunidades indígenas para saber si están de acuerdo en que todas las expresiones de su cultura se puedan utilizar con fines comerciales, como lo previene el artículo 159 de la ley autoral, pues entre algunos indígenas mexicanos no se acepta la comercialización de algunas creaciones artísticas que los indígenas producen en ceremonias religiosas, tal sería el caso de los dibujos que crean los indígenas de Nayarit bajo trance inducido por alucinógenos.

Con base en las anteriores consideraciones se debe concluir que al hacer una interpretación de la ley autoral vigente, los artistas indígenas, como cualquier otro creador artístico, no están impedidos para ejercer los derechos morales y patrimoniales que dicho ordenamiento establece, por ello resultaría benéfico explicar a los creadores indígenas el contenido y alcance de tales derechos, exponiéndoles que en caso específico de los de índole patrimonial las facultades y modalidades de explotación son independientes entre sí, y que los autores tienen derecho de percibir una regalía independiente por el uso de las obras en cada una de estas facultades y modalidades,¹⁸ las cuales quedarán mejor especificadas en cuadro sinóptico que se presenta en la siguiente página.

No se debe olvidar que los derechos patrimoniales están vigentes durante la vida del autor, y, a su fallecimiento, sus herederos los podrán ejercer durante cien años más. Cuando se trate de una obra realizada en coautoría, los cien años se contarán a partir de la muerte del último coautor, según establece el artículo 29 de la ley autoral.

¹⁷ Según el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸ Véanse los artículos 24, 27 y 28 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

FACULTADES Y MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN
DE DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR¹⁹

<i>Facultad de explotación</i>	<i>Modalidades de explotación</i>
Reproducción	Medio impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar
Publicación	Medio impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar
Edición	Medio impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar
Fijación material de la obra	Medio impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar
Comunicación pública	A) Representación, recitación y ejecución pública B) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento C) Acceso público por medio de telecomunicaciones
Transmisión pública o radiodifusión	En cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por: cable, fibra óptica, microondas, vía satélite o cualquier otro medio conocido o por conocerse
Facultad de explotación	Venta u otras formas de transmisión de los soportes materiales que contengan la obra y cualquier otra forma de transmisión de uso o explotación ²⁰

¹⁹ Establecidas en el artículo 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor, el cual especifica que los titulares de los derechos patrimoniales tendrán el derecho de autorizar o prohibir la explotación de las obras mediante estas facultades y modalidades de explotación.

²⁰ La fracción IV del artículo 27 especifica, en la modalidad de venta que este derecho de oposición se agota al efectuarse la primera venta, excepto los programas de cómputo.

<i>Facultad de explotación</i>	<i>Modalidades de explotación</i>
Importación al territorio nacional de copias hechas sin la autorización del titular de los derechos patrimoniales	
Divulgación de obras derivadas	En cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones
Cualquier otra forma de utilización pública, salvo excepciones legales*	

* Puede interpretarse que estas excepciones son los enunciados por la ley autoral, en los artículos 148 a 150, como limitaciones a los derechos patrimoniales.

III. MEDIOS DE DEFENSA DEL ARTE INDÍGENA EN MÉXICO

Para sancionar la violación de los derechos de autor de los artistas indígenas se pueden utilizar la vía administrativa y la judicial, pues además de que la ley autoral no hace distinción alguna al respecto, los creadores indígenas gozan de los derechos que la Constitución federal y las leyes secundarias otorgan a todos los creadores de obras artísticas y literarias. Debe tomarse en consideración también que el artículo 2o. de la Constitución federal, en su apartado A, fracción VIII, determina que los indígenas tienen derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, y que además tienen el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

1. *La vía administrativa*

Antes de explicar los procedimientos de orden administrativo para la defensa de los creadores artísticos, es conveniente recordar las infracciones que la Ley Federal del Derecho de Autor establece de forma específica en relación con las obras artísticas de autores indígenas, en el entendido de que todo el régimen de infracciones y sanciones que regula es aplicable a dichos creadores artísticos si se actualizan las hipótesis que tipifica la ley autoral.

A. *Las infracciones*

Existen dos tipos de infracciones previstas en la Ley Federal del Derecho de Autor; las infracciones en materia de derecho de autor y las infracciones en materia de comercio. Las primeras están descritas en el artículo 229, el cual en la fracción XIII considera infracción: fijar, representar, publicar, efectuar alguna comunicación o utilizar en cualquier forma una obra literaria y artística (*sic*), protegida conforme al capítulo III, del título VII, de la Ley Federal del Derecho de Autor, sin mencionar la comunidad o etnia o, en su caso, la región de la República mexicana de la que es propia.

Se debe entender que dicha conducta infringe las disposiciones del artículo 160 de la Ley Federal del Derecho de Autor, la cual debe ser sancionada por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, con arreglo a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, mediante la aplicación de una multa que puede ser de cinco mil hasta quince mil días de salario mínimo, según establece la fracción I del artículo 230 de la ley autoral, y en caso de reincidencia se aplicará al infractor una multa adicional hasta de quinientos días de salario mínimo por cada uno de los días en que persista la infracción.

En cuanto a las infracciones en materia de comercio se debe mencionar que la autoridad encargada de sancionarlas es el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), con base en el procedimiento establecido en la Ley de la Propiedad Industrial, según lo establece el artículo 231 de la LFDA, el mismo artículo, en su fracción IX, describe entre las infracciones en materia de comercio la siguiente: Utilizar las obras literarias y artísticas protegidas por el capítulo III, del título VII, de esta ley en contravención al artículo 158 de la misma. Recuerdo que el artículo 158 especifica lo siguiente: las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, desarrolladas y perpetuadas en una comunidad o etnia originaria o arraigada en la República mexicana, estarán protegidas por la presente ley contra su deformación, hecha con objeto de causar demérito a la misma o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o etnia a la cual pertenecen.

También es de destacar que para que una conducta tenga el carácter de infracción en materia de comercio se requiere que su comisión se efectúe con fines de lucro directo o indirecto, según establece el mismo artículo

231 de la LFDA, y es de mencionarse que este ordenamiento no contiene definición alguna sobre dichas figuras, pero en el reglamento de dicha ley,²¹ el artículo 11 determina que se entiende realizada con fines de lucro directo, la actividad que tenga por objeto la obtención de un beneficio económico como consecuencia inmediata del uso o explotación de los derechos de autor, derechos conexos o reserva de derechos, la utilización de la imagen de una persona o la realización de cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de cómputo. El mismo artículo del reglamento especifica que: se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderante desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate. Señalando, además, que no será condición para la calificación de una conducta o actividad el hecho de que se obtenga o no el lucro esperado.

La sanción para la infracción mencionada se halla establecida en la fracción I del artículo 232 de la LFDA, consistiendo en una multa que puede ir de cinco mil a diez mil días de salario mínimo. Además, el mismo artículo determina que se aplicará una multa adicional hasta de quinientos días de salario mínimo por cada día en que persista la infracción. Por otra parte, el artículo 233 contempla la aplicación de una multa adicional si el infractor es un editor, organismo de radiodifusión, o cualquier persona física o moral que explote la obra a escala comercial; en este caso la multa puede incrementarse hasta en un 50% respecto de las cantidades previstas en el artículo 232.

Respecto a todas las infracciones en materia de comercio el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial queda facultado para emitir una resolución de suspensión de libre circulación de mercancías de procedencia extranjera en frontera, apegándose a la Ley Aduanera, según previene el artículo 235 de la LFDA. También es destacable, dicho Instituto tiene facultades para adoptar las medidas precautorias previstas en la Ley de la Propiedad Industrial, y para tal efecto también queda facultado para realizar investigaciones, ordenar y practicar visitas de inspección y requerir información y datos.²²

²¹ El Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de mayo de 1998.

²² Artículo 234 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

B. *Los procedimientos administrativos*

La Ley Federal del Derecho de Autor establece que las personas que se consideren afectadas en los derechos protegidos por dicha ley pueden optar por ejercitar las acciones judiciales que les corresponden, o sujetarse al procedimiento de avenencia²³ que se sustanciará ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Este procedimiento de avenencia, conjuntamente con el de arbitraje, son las dos modalidades o vías administrativas que pueden emplear para defender sus derechos autorales todos los individuos que los consideren conculcados, entendiéndose que bajo el principio de igualdad jurídica que consagra la legislación mexicana para todos sus ciudadanos, los artistas de origen indígena pueden emplear estas vías de defensa de sus derechos de creadores artísticos.

a. Procedimiento de avenencia

La ley autoral, en su artículo 217, señala que las personas que consideren afectados algunos de los derechos protegidos por esta ley pueden optar por hacer valer las acciones judiciales o sujetarse al procedimiento de avenencia, normado por el artículo 218; procedimiento administrativo que se sustancia ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDA) a petición de alguna de las partes, para dirimir de manera amigable un conflicto surgido con motivo de la interpretación o aplicación de la ley autoral.

Este procedimiento se inicia con la queja que por escrito presente ante el INDA el afectado en sus derechos de autor o derechos conexos, con dicha queja, y sus anexos, se dará vista a la parte demandada para que conteste dentro de los diez días siguientes a la notificación. Posteriormente, el INDA cita a las partes a una audiencia de avenencia,²⁴ que se efectuará dentro de los veinte días siguientes a la presentación de la queja. En dicha junta el Instituto procurará avenir a las partes para que lleguen a un arreglo, si éstas lo acuerdan, la audiencia puede diferirse las veces que sean necesarias para lograr la avenencia.

²³ Artículo 217, *ibidem*.

²⁴ Este emplazamiento se hace con un apercibimiento de que en caso de dejar de asistir se les impondrá una multa de cien veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Artículo 218, fracción III de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Durante la junta de avenencia, el Instituto no puede hacer ninguna determinación sobre el fondo del asunto, solamente podrá participar activamente en la conciliación. Las actuaciones dentro de este procedimiento tienen el carácter de confidenciales, por ello las constancias del mismo sólo serán enteradas a las partes del conflicto o a las autoridades competentes que lo soliciten. Según las fracciones IV y VI del artículo 218, el convenio firmado por las partes y el Instituto, dentro del procedimiento de avenencia, tendrá el carácter de cosa juzgada y título ejecutivo, pero en el caso de que no se logre la avenencia el INDA exhortará a las partes para que se acojan al arbitraje.

b. El procedimiento de arbitraje

Este procedimiento se regula por las normas de la ley autoral y por el Código de Comercio, según lo previene la LFDA, en su artículo 219. Las partes en conflicto pueden someterse a un procedimiento arbitral por medio de cláusula compromisoria o compromiso arbitral, ambos deben constar por escrito. La cláusula compromisoria es el acuerdo de arbitraje incluido en un contrato celebrado con motivo de la explotación de obras protegidas por la ley autoral, o en un acuerdo independiente referido a todas o ciertas controversias que puedan surgir en el futuro entre los contratantes; en tanto, la ley define al compromiso arbitral como el acuerdo de someterse al procedimiento arbitral cuando todas o ciertas controversias ya hayan surgido entre las partes al momento de su firma.²⁵

Es escueta la normatividad que hay en la ley autoral sobre arbitraje. En cuanto a términos procesales, el artículo 224 determina que el plazo máximo para la substanciación de este procedimiento es de sesenta días, que comenzarán a computarse a partir del día siguiente a la fecha señalada en el documento que contenga la aceptación de los árbitros. Es de destacarse que en relación con este plazo la ley no menciona ninguna excepción de prórroga. Sin embargo, el artículo 147 del Reglamento de la LFDA textualmente establece que: “el plazo a que se refiere el artículo 224 de la ley podrá ser prorrogado por convenio entre las partes”. Al respecto opino que esta disposición reglamentaria rebasa el precepto legal al establecer una excepción que la ley no contempla ni tácita ni expresamente. Además de

²⁵ Artículo 220 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

que dicha disposición violenta el principio de que la voluntad de las partes no puede modificar una ley de orden público e interés social, rango que tiene la ley autoral, según su artículo 2o.

El grupo arbitral se integra por dos árbitros que son elegidos por cada una de las partes de entre aquéllos que aparezcan en la lista de árbitros que anualmente publica el Instituto Nacional del Derecho de Autor; entre los dos árbitros designados por las partes, elegirán al presidente del grupo (artículos 221 y 22 de la LFDA).

El procedimiento arbitral puede concluir con el laudo que lo dé por terminado o por acuerdo entre las partes antes de que éste se dicte. Los laudos arbitrales son inapelables, definitivos y obligatorios para las partes, y tienen el carácter de cosa juzgada y título ejecutivo.²⁶ Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes podrá requerir del grupo arbitral, notificando por escrito al Instituto y a la otra parte que aclare los puntos resolutivos del mismo, y que se rectifiquen los errores de cálculo o tipográficos, siempre que no se modifique el sentido del laudo (artículo 227); finalmente, la ley establece en su artículo 228 que los gastos que se originen con motivo de este procedimiento serán cubiertos por las partes, el pago de los honorarios de los árbitros se cubre conforme al arancel que anualmente expide el Instituto.

2. Procedimiento ante autoridades judiciales

La Ley Federal del Derecho de Autor especifica algunos principios básicos relacionados con la defensa de los derechos autorales por la vía judicial, mismos que a continuación se enunciarán. En el artículo 213 la ley especifica que serán los tribunales federales los encargados de conocer las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de la ley autoral, y se ha incorporado el principio constitucional que señala que cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares podrán conocer de ellas, a elección del actor, los tribunales de los estados y del Distrito Federal.²⁷ El mismo artículo también establece que las acciones

²⁶ Artículos 225 y 226 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

²⁷ Dicha prevención se halla establecida en el artículo 104, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se incorporó a la Ley Federal del Derecho de Autor mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de julio de 2003.

civiles que se ejerciten se fundarán, tramitarán y resolverán conforme a lo establecido en la ley autoral y su reglamento, y será supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles cuando el juicio se tramite ante tribunales federales, y se aplicarán la legislación común cuando sean los tribunales locales quienes conozcan del litigio. Según el artículo 215 de la ley autoral, son competentes los tribunales federales para sancionar los delitos en materia de derecho de autor, tipificados en los artículos 424 a 427 del Código Penal Federal.

El artículo 214 de la ley autoral previene que en todo juicio en que se impugnen constancias, anotaciones o inscripciones en el registro autoral, será parte el Instituto Nacional del Derecho de Autor, y solamente podrán conocer de estos juicios los tribunales federales. El artículo 216 establece la obligación para las autoridades judiciales de dar a conocer al INDA la iniciación de cualquier juicio en materia de derecho de autor, además se enviará a ese Instituto una copia autorizada de todas las resoluciones firmes que en cualquier forma modifiquen, graven, extingan o confirmen los derechos de autor sobre una obra artística o literaria, con base en dichas resoluciones se harán las anotaciones provisionales o definitivas que correspondan en el registro autoral.

Una importante regla sobre sanciones es la que establece el artículo 216 bis de la ley autoral, referente a la reparación del daño moral o material y a la indemnización por daños y perjuicios relacionados con el derecho de autor y los derechos conexos, cuyo monto en ningún caso será inferior al 40% del precio de venta al público del producto original o de la prestación original de cualquier tipo de servicios que impliquen violación a alguno de los derechos tutelados por la ley autoral. El párrafo segundo de dicho artículo determina que el juez, con audiencia de peritos, fijará el importe de la reparación del daño o de la indemnización por daños y perjuicios en los casos en que no es posible su determinación conforme al párrafo anterior.

Finalmente, es de subrayarse que el párrafo tercero del artículo 216 bis especifica que se entiende por daño moral el que ocasione la violación a cualquiera de los derechos morales de autor contemplados en las fracciones I a IV y VI del artículo 21 de la ley autoral, es decir, los derechos de divulgación, paternidad, integridad y modificación de la obra, así como el derecho de repudio.

IV. CONCLUSIÓN

Con base en el análisis presentado en la primera parte de este artículo sobre la regulación del derecho de autor de los artistas indígenas de México, se puede concluir que es urgente realizar una reforma a la LFDA para corregir las disposiciones que actualmente contiene, y que implican la violación de los derechos de los creadores indígenas; además, esa reforma debe incorporar los conceptos que desde 2001 contiene el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto al tema indígena.

Una reforma a la normatividad autoral que verdaderamente tienda a proteger a los artistas indígenas debe incorporar la mención de que éstos gozan de todos los derechos que dicha ley otorga a los creadores de obras artísticas y literarias independientemente de su origen étnico.

Con base en la información analizada sobre los aspectos adjetivos de la LFDA, se puede concluir que dicho ordenamiento no hace distinciones con base en el origen étnico de los autores, lo cual es positivo porque respeta los principios constitucionales en materia de acceso a la justicia para todos los habitantes de México.

La marginación que padecen los artistas indígenas es de orden cultural, porque tanto ellos como los consumidores de sus creaciones intelectuales no tienen plena conciencia de que éstas son verdaderas obras de arte que protege el sistema jurídico mexicano y mundial mediante la vía del derecho de autor, por ello es necesario que los organismos públicos encargados de la defensa de nuestros indígenas efectúen campañas educativas sobre este rubro a nivel nacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALVA IXTLILXÓCHITL, Fernando de, "Historia de la nación Chichimeca", *Obras históricas*, México, UNAM, 1985, t. II.
- CABALLERO, José Luis y JALIFE, Mauricio, *Legislación de derechos de autor. Comentarios y revisión*, México, Sista, 2000.
- Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual. Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)*,

- Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2001, <http://www.wipo.int/tk/es/ffm/report>.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, México, Amnistía Internacional, sección mexicana, 2004.
- Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o. se deroga el párrafo primero del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 2001.
- Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión*, LVI Legislatura, México, 28 de noviembre y 5 de diciembre de 1996.
- Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de mayo de 2003.
- Ley de Propiedad Industrial, México, Porrúa, 2004.
- Ley Federal del Derecho de Autor, México, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de diciembre de 1996.
- Ley Federal de Variedades Vegetales, México, *Diario Oficial de la Federación*, 25 de octubre de 1996.
- Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor, *Diario Oficial de la Federación*, 22 de mayo de 1998.