

## RETROSPECTIVA Y PROSPECTIVA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

Ramón Ignacio CABRERA LEÓN<sup>1</sup>

### SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Fundamentos de la propiedad intelectual en México y defectos de la regulación constitucional.* III. *Propuesta de reforma al Artículo 28 constitucional.* IV. *Conclusiones.* V. *Fuentes de información.*

### RESUMEN

Actualmente los *derechos de propiedad intelectual* son reconocidos como *derechos humanos*, sin embargo, solo algunos de ellos encuentran fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que data de 1917.

Ello se debe a la evolución más bien reciente de estos derechos, sin embargo, es necesario incorporarlos en el texto constitucional a fin de generar certeza en torno a todas las figuras que estarían incluidas en el monopolio que autoriza el Artículo 28 Constitucional, pues ello daría certeza de qué derechos son los que efectivamente pueden restringir otros derechos humanos como el de libre competencia, vinculado con el de libertad de trabajo.

### PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales. Propiedad intelectual. Monopolio. Restricción de derechos.

### ABSTRACT

Currently *intellectual property rights* are recognized as *human rights*, however, only some of them are based on the Political Constitution of the United Mexican States dating from 1917.

This is due to the rather recent evolution of these rights, however, it is necessary to incorporate them in the constitutional text in order to generate certainty around all the figures that would be included in the monopoly authorized by Article 28 of the Constitution, as this would give certainty of what rights are those that can effectively restrict other human rights such as free competition, linked to the freedom of work.

### KEY WORDS

Fundamental rights. Intellectual property. Monopoly. Restriction of rights.

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Administrativo I y II en el ITESM y Magistrado de la Sala Especializada en Materia de Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, quien contó con la colaboración de la M. en D. Berenice Hernández Deleyja.

## I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de propiedad intelectual son derechos humanos. Su fundamento constitucional es el Artículo 28 de nuestra Carta Magna<sup>2</sup>, el cual, en lo conducente, establece que: "... Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora".

Quienes conocen la materia de la propiedad intelectual podrán observar que el citado texto constitucional resulta muy limitado y no abarca a muchas de las figuras e instituciones del Derecho de la Propiedad Intelectual, la mayoría de ellas están reconocidas, actualmente, en diversos tratados internacionales y leyes ordinarias.

Ahora bien, los avances y retos que se presentan en los diversos ámbitos de la vida política, social y económica mexicana, en un entorno global, hacen oportuna y necesaria una actualización a la redacción del citado precepto, para dar el debido sustento constitucional a tales instituciones, que México ha reconocido en diversos instrumentos normativos, ya sean internacionales como locales.

## II. FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN MÉXICO Y DEFECTOS DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

### 1. *El defecto del párrafo décimo del Artículo 28 constitucional*

Formular una prospectiva de los derechos de propiedad intelectual en México, de cara a nuevos retos, requiere un ejercicio retrospectivo e introspectivo de la protección y reconocimiento constitucional de dichos derechos.

La evolución de nuestra sociedad, de la forma de hacer negocios y de los avances mismos del conocimiento y la tecnología, han dado saltos enormes desde 1917 a la fecha. Lo anterior, ha ocasionado que los conceptos, cuando menos sociales y económicos, que estuvieron regulados en los textos originales de la Constitución de 1917 hayan quedado muy rebasados.

Inclusive, el propio modelo jurídico que nos había venido rigiendo en materia de derechos fundamentales también ha sufrido cambios drásticos, como lo es el hecho de haber pasado de un modelo de otorgamiento de *garantías individuales* a uno de reconocimiento de *derechos humanos*, a partir de 2011; en el que incluso se reposicionó el valor de los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro de la estructura normativa de nuestro sistema, al reconocérseles como parte integrante de nuestro bloque constitucional.

---

<sup>2</sup> El estatus de *derecho del hombre*, posteriormente *garantía individual* y ahora, *derecho humano*, con el que se ha protegido a los generadores de *propiedad intelectual* en México hasta nuestros días, se ha recogido desde cuando menos la Constitución de 1857 (Artículo 28); aunque la protección y potestad de explotar en exclusiva, por tiempo determinado, las obras por parte de sus autores; así como las invenciones, perfeccionamientos e introducción de novedades por parte de sus creadores, la encontramos desde la Constitución de 1824 (Artículo 50).

En tal contexto, los conceptos y los derechos relacionados con la propiedad intelectual no son excepción a tales procesos evolutivos.

Ante este panorama, lo que debemos buscar son pasos firmes en el sentido de asegurar el acceso pleno a los derechos fundamentales consignados en el referido bloque constitucional, por parte de todos los sujetos que se encuentren amparados por los mismos, incluidos aquellos quienes son o deben ser titulares de derechos de propiedad intelectual.

Al respecto, es oportuno señalar que dada la redacción vigente de nuestro Artículo 28 constitucional, los derechos de propiedad intelectual están concebidos como una limitación frente a otros derechos: el de libre concurrencia, en tanto dicho Artículo 28 prohíbe los monopolios, considerando que impiden su ejercicio, que incluso ha sido considerada un derecho humano por algunos tratadistas<sup>3</sup>, y que además, está basada en otro derecho humano, la libertad de trabajo; frente a lo cual el precepto constitucional establece la excepción, vía privilegios temporales otorgados a algunos titulares de derechos de propiedad intelectual para explotar en exclusiva el producto de su intelecto.

En su redacción original, la Constitución de 1917<sup>4</sup>, establecía que no se consideraban monopolios: "... los privilegios que por determinado tiempo se conceden a los autores y artistas para la reproducción de sus obras y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos se otorgan a los inventores y perfeccionadores de mejoras"<sup>5</sup>.

A partir de entonces, el Artículo 28 ha tenido diversas reformas y modificaciones<sup>6</sup>, siendo la única relevante para el tema que nos ocupa la de 3 de febrero de 1983, que únicamente modificó la redacción del precepto en cuestión, en el párrafo relativo a los derechos de propiedad intelectual, para quedar: "Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora"<sup>7</sup>.

Es decir, dicha modificación solo consistió en sustituir la palabra "*reproducción*", de la anterior redacción, por "*producción*" referente a las obras de los autores y artistas, lo

<sup>3</sup> Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et. al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e internacional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, t. I, p. 741.

<sup>4</sup> Como ya antes habíamos apuntado, esta redacción viene del Artículo 28 de la Constitución de 1857.

<sup>5</sup> *Las Constituciones de México*, 2ª. ed., México, H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales, 1991, p. 246.

<sup>6</sup> Las reformas son de fechas: 17 de noviembre de 1982, 3 de febrero de 1983, 27 de junio de 1990, 20 de agosto de 1993, 2 de marzo de 1995, 11 de junio de 2013, 20 de diciembre de 2013, 10 de febrero de 2014, 27 de mayo de 2015 y 29 de enero de 2016.

<sup>7</sup> Diario Oficial de la Federación, [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=4794117&fecha=03/02/1983](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4794117&fecha=03/02/1983).

que resulta más exacto, pues estos realizan sus obras y la reproducción de las mismas es un acto posterior.

Al margen de ello, con esa única modificación, el Artículo 28 ha permanecido con la misma protección hacia los mismos sujetos y prácticamente por los mismos conceptos; por lo que dicho precepto constitucional, fundamento del derecho humano a la protección de la propiedad intelectual en el sistema mexicano, se encuentra limitado, pues establece solo algunos de los sujetos y algunos de los conceptos que son susceptibles de reconocimiento del derecho a la explotación exclusiva.

Luego entonces, la ampliación de los sujetos y objetos protegidos por la propiedad intelectual, han estado a cargo de la legislación secundaria y de los tratados internacionales, lo que lleva a afirmar que la Constitución mexicana no regula dichos derechos suficientemente. En consecuencia, para su completa y debida tutela hay que acudir a otros instrumentos que los han desarrollado, aun y cuando se trate de sujetos y objetos diversos a aquellos amparados por el texto constitucional; lo que deja un espacio a duda sobre los alcances y constitucionalidad de su protección y tutela; si consideramos que correspondería a la ley fundamental establecer, *prima facie*, los objetos y los sujetos de protección de la propiedad intelectual, en tanto "*es una disciplina jurídica que regula, entre otras cosas, los derechos de diversos creadores*"<sup>8</sup>, y tales derechos son concebidos u oponibles a otros derechos humanos constitucionalmente reconocidos.

Ello se explica si retomamos el planteamiento de que uno de los presupuestos para identificar una ley fundamental es que "... *sea una ley que ahonde más que las leyes corrientes como ya su propio predicado de 'fundamental' indica*"<sup>9</sup>.

El Artículo 28 constitucional no profundiza así, pues solo establece que los privilegios no considerados monopolios son hacia los autores y artistas para la producción de sus obras, y hacia los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

Otra importante omisión en que incurre el texto del Artículo 28 constitucional, relacionada con derechos de propiedad intelectual, es que el mismo no reconoce los derechos morales vinculados a la autoría de las invenciones ni de las creaciones intelectuales, toda vez que solo refiere los derechos a la explotación temporal exclusiva de las mismas.

Ahora bien, el tema de si los derechos de propiedad intelectual son o no derechos humanos encuentra su respuesta en que la facultad creativa es propia e inherente al ser humano y, por lo tanto, quienes son creadores u obtentores de cualquier cosa son titulares del *derecho humano de propiedad intelectual*, por lo que nos sumamos a la parte de la doctrina que así los considera:

<sup>8</sup> De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derecho de los autores, artistas, inventores*, 3ª. ed., México, 2015, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015, p. 3.

<sup>9</sup> La Salle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2284/5.pdf>.

Precisamente la labor intelectual de una persona añadida a lo que la naturaleza le dio (ya por “don,” vocación, por mérito, o por cualquier otra cuestión que queramos) devendría en propiedad con el adjetivo calificativo de intelectual. De tal forma que el concepto propiedad y el concepto intelectual juntos nos dan la frase propiedad intelectual: sin duda un derecho humano no sólo interesante sino importante el cual debe ser y estar protegido...<sup>10</sup>

Lo anterior, se refuerza al tener en cuenta que se trata de derechos consagrados dentro del Capítulo I “*De los Derechos Humanos y sus Garantías*,” Título I de nuestra Constitución, y así han quedado reconocidos en el orden jurídico positivo del Derecho mexicano.

## *2. Leyes ordinarias y tratados internacionales que construyen el Derecho de Propiedad Intelectual*

Para analizar este aspecto, hemos dividido los derechos de propiedad intelectual, como género, en tres grandes rubros que corresponden con la configuración de la legislación secundaria mexicana: 1) Derechos de propiedad industrial; 2) Derechos de autor, conexos y reservas de derechos; y 3) Derechos de los obtentores de variedades vegetales.

De esta manera, en México existen tres leyes ordinarias que confieren derechos de exclusividad para protección intelectual y que aportan elementos nuevos que ayudan a construir el Derecho de la Propiedad Intelectual: la Ley de la Propiedad Industrial, la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley Federal de Variedades Vegetales, que se refieren enseguida, así como los tratados internacionales vinculados con dichas materias.

### *A. Derechos de propiedad industrial*

La Ley de la Propiedad Industrial confiere derechos exclusivos a los comerciantes, industriales y prestadores de servicios<sup>11</sup> para monopolizar signos distintivos: marcas (Artículo 87), avisos comerciales (Artículo 99), nombres comerciales (Artículo 105), y además establece una regulación para la protección de secretos industriales (Artículo 82); asimismo, establece que toda persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente, tendrán el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento (Artículo 9°).

De manera que esta Ley amplía la protección de la propiedad industrial comprendiendo no solo a inventores y perfeccionadores, sino a comerciantes, industriales

<sup>10</sup> Ortíz Bahena, Miguel Ángel (coord.), *Ley de la Propiedad Industrial. Comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPPI)*, México, Porrúa, 2015, p. 19.

<sup>11</sup> Cabe recordar que en términos de la jurisprudencia de la Segunda Sala, tesis 2a./J. 17/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época, febrero de 2012, p. 1375: “PROPIEDAD INDUSTRIAL. EL ARTÍCULO 87 DE LA LEY RELATIVA, NO INSTITUYE COMO REQUISITO PARA EL REGISTRO DE UNA MARCA QUE EL SOLICITANTE ACREDITE LA CALIDAD DE INDUSTRIAL, COMERCIANTE O PRESTADOR DE SERVICIO”, no se requiere acreditar la calidad específica del sujeto para ser titular de tales derechos de propiedad intelectual.

y prestadores de servicios que monopolizan signos distintivos, que son producto de la creatividad humana, sin ninguna duda, y que los aplican para individualizar productos y servicios o identificar establecimientos comerciales de servicio o industriales de sus competidores, de ahí que dichos signos distintivos también son un privilegio en el sentido del Artículo 28 constitucional.

Además, no puede desconocerse el derecho que tienen los diseñadores industriales, pues a la par de los inventores y de quienes son perfeccionadores de mejoras, (como los creadores de modelos de utilidad), dichos diseñadores también son susceptibles de protección, pues los diseños industriales no implican cuestiones técnicas, sino que estos adicionan un elemento estético a un objeto de uso común (ya sea bidimensional o tridimensional), pero dicha adición tiene un grado creativo estético (no inventivo ni de mejora), meritorio de protección, actualmente excluido del párrafo décimo del Artículo 28 constitucional.

Ahora bien, la protección de la propiedad industrial de los titulares de signos distintivos y diseños industriales, así como la de los inventores y perfeccionadores de mejoras está reconocida, protegida y regulada en diversos instrumentos y tratados internacionales como los siguientes, todos aprobados por México, unos sustantivos y otros más adjetivos en torno a los mecanismos de protección para dichos derechos:

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*<sup>12</sup>. En su Artículo 27 establece que toda persona tiene derecho a tomar parte, libremente, en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, así como a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En su Artículo 15 establece el reconocimiento, de los Estados parte, del derecho de toda persona a participar en la vida cultural; gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; y 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, y se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora.

---

<sup>12</sup> Procede señalar que esta Declaración no es considerada como un tratado internacional, según lo ha referido la Suprema Corte en su tesis aislada 1a./CCXVI/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, mayo de 2014, p. 539: "DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. SUS DISPOSICIONES, INVOCADAS AISLADAMENTE, NO PUEDEN SERVIR DE PARÁMETRO PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO, AL NO CONSTITUIR UN TRATADO INTERNACIONAL CELEBRADO POR EL EJECUTIVO FEDERAL Y APROBADO POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA:"

- *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*. En su Artículo 2º establece que para los efectos de dicho Acuerdo, la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías que son objeto de las secciones 1 a 7, de la Parte II, es decir, amplía la concepción de propiedad intelectual del Artículo 28 constitucional a: derechos de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio; indicaciones geográficas; dibujos y modelos industriales; patentes; esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados.
- *Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN)*. El Capítulo XVII es de propiedad intelectual, y también amplía la concepción de propiedad intelectual a derechos de autor, fonogramas, marcas, patentes, esquemas de trazado de circuitos semiconductores integrados, secretos industriales y diseños industriales.
- *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*. Se aplica a la propiedad industrial en su acepción más amplia, con inclusión de las *patentes*, las *marcas*, los *dibujos y modelos industriales*, los modelos de utilidad, las marcas de servicio, los nombres comerciales, las *indicaciones geográficas* y a la represión de la competencia desleal.
- *Protocolo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas*.
- *Tratado de Cooperación en Materia de Patentes*. Permite buscar protección por *patente* para una invención en muchos países al mismo tiempo, mediante la presentación de una solicitud “internacional”.
- *Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales*.
- *Arreglo de Niza*. Establece una clasificación de productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicio (la *Clasificación de Niza*).
- *Arreglo de Estrasburgo*. Que divide la tecnología en ocho secciones y es útil para recuperar los documentos de patente durante la búsqueda en el “estado de la técnica”.
- *Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los Elementos Figurativos de las Marcas*.

#### B. *Derechos de autor y derechos conexos*

La Ley Federal del Derecho de Autor, acorde a su Artículo 1º, tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; la protección de los derechos de los autores, como reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas; de los artistas intérpretes o ejecutantes; artista intérprete o ejecutante

designan al actor, narrador, declamador, cantante, músico, bailarín, o a cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión del folclor, o que realice una actividad similar a las anteriores, aunque no haya un texto previo que norme su desarrollo; así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual.

A lo que debe agregarse que el Artículo 173 de la misma Ley confiere la facultad de usar y explotar *en forma exclusiva* títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación, es decir las llamadas *reservas de derechos*, cuyos titulares tampoco se cuentan entre los que tienen un privilegio que no se considera monopolio en el Artículo 28 constitucional.

Ello es relevante, en tanto que las reservas de derechos son una figura que solo se contempla en la legislación mexicana, y sin abundar en los planteamientos respecto a su debida o indebida incorporación, lo cierto es que la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana otorga el derecho de uso exclusivo para dichas reservas de derechos que recaen a: *títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales* aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los géneros que el propio Artículo 173 prevé como *publicaciones periódicas; difusiones periódicas; personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos, personas o grupos dedicados a actividades artísticas y promociones publicitarias*, que por no encontrarse en los tratados internacionales, es un tema que debería incluirse entre los privilegios a los que alude el Artículo 28 constitucional, pues es propio de nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, la protección de los autores y titulares de derechos conexos está también garantizada y regulada en diversos instrumentos y tratados internacionales, aprobados por México, unos sustantivos y otros que establecen mecanismos para su protección y que por ser parte de la *propiedad intelectual*, reconocida a nivel internacional, comparten algunos con los ya mencionados para los derechos de propiedad industrial:

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. En la parte del Artículo 27, establece que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes, así como a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En la parte del Artículo 15, que establece el reconocimiento de los Estados parte del derecho de toda persona a participar en la vida cultural; gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; y 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, con relación a la obligación de los Estados de respetar la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora.

- *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*. En su Artículo 2° establece que, para los efectos de dicho Acuerdo, la expresión "*propiedad intelectual*" abarca todas las categorías de que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II, es decir, amplía la concepción de *propiedad intelectual* del Artículo 28 constitucional a: derechos de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio; indicaciones geográficas; dibujos y modelos industriales; patentes; esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados.
- *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*. El Capítulo XVII es de *propiedad intelectual* que también extiende la concepción de la misma a derechos de autor y fonogramas, entre otros derechos de propiedad intelectual.
- *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. Establece la protección de las obras y los derechos de los autores, y ofrece a los creadores los medios para controlar quién usa sus obras, cómo y en qué condiciones.
- *Convención de Roma* sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, que asegura la protección de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes.
- *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*. Trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital.
- *Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*. Se contemplan los derechos de *propiedad intelectual* de dos categorías de beneficiarios, especialmente en el entorno digital: *i*) los artistas intérpretes o ejecutantes (actores, cantantes, músicos, etc.) y; *ii*) los productores de fonogramas (personas físicas o jurídicas que toman la iniciativa y tienen la responsabilidad de la fijación de los sonidos de la interpretación o ejecución).

### C. *Derechos de los obtentores de variedades vegetales*

La Ley Federal de Variedades Vegetales brinda una protección para los obtentores de variedades vegetales, que son aquellas personas físicas o morales que mediante un proceso de mejoramiento hayan obtenido y desarrollado, una variedad vegetal de cualquier género y especie, y en términos del Artículo 4° de dicha Ley tienen, entre otros derechos, el aprovechamiento y explotación, *en forma exclusiva y de manera temporal*, de las variedades

vegetales que desarrollen y su material de propagación, para su producción, reproducción, distribución o venta, así como para la producción de otras variedades vegetales e híbridos con fines comerciales.

Los obtentores de las variedades vegetales también encuentran protección en los distintos instrumentos y tratados aprobados por México, como:

- *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. En la parte del Artículo 27, establece que toda persona tiene derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios de él.
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En la parte del Artículo 15 que establece el reconocimiento de los Estados de gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; y beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, y el compromiso de los Estados Parte para respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
- *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*. En su Artículo 2° hace referencia a los obtentores de las variedades vegetales como parte de la *propiedad intelectual*, pues establece que para efectos de dicho Tratado: "... derechos de propiedad intelectual se refiere a derechos de autor y derechos conexos, derechos de marcas, derechos de patente, derechos de esquemas de trazado de circuitos integrados, derechos de secretos industriales, derechos de los obtentores de vegetales, derechos de las indicaciones geográficas y derechos de diseños industriales".
- *Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)* de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, al que México se encuentra adherido, y está pendiente que se adhiera a UPOV de 1991.

Esas leyes y tratados amplían los sujetos y objetos reconocidos en el texto constitucional, lo que produce una desarticulación que podría generar inseguridad jurídica con relación a si todos los creadores –en sentido amplio– son titulares de derechos humanos de propiedad intelectual, o si solo los que se mencionan en el Artículo 28, siendo que debería establecerse desde la Constitución para dar certeza sobre la inclusión de todos los sujetos meritorios de reconocimiento y protección en nuestra Carta Fundamental.

La importancia de regular con suficiencia a quienes son susceptibles del *derecho humano de propiedad intelectual* y no buscar en el resto de la configuración que se encuentra en las leyes que desarrollan dicho derecho, estriba en un principio fundamental de seguridad jurídica, que además sirve para asegurar y complementar la observancia de

otros *derechos humanos* como son los de salud, educación y acceso a la cultura y progreso científico, de ahí su trascendencia.

### III. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL

#### 1. Necesidad de reformar el Artículo 28 constitucional en congruencia con las leyes ordinarias y los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual

Como se ha visto, el Artículo 28 constitucional excluye a diversos sujetos y objetos merecedores de la misma protección que los autores, artistas, inventores y perfeccionadores a que el mismo se refiere de manera expresa; por lo que es manifiesta la necesidad de empatar el texto constitucional con las disposiciones que de manera dispersa comprenden privilegios exclusivos que no están dentro de la Constitución y que, sin embargo, están autorizados en términos de la legislación secundaria.

A la par de ello, los *derechos humanos de propiedad intelectual* de los titulares de signos distintivos, de diseños industriales, de reservas de derechos, de derechos conexos a los derechos de autor, así como los obtentores de variedades vegetales, deben ser constitucionalmente reconocidos, pues si la propiedad intelectual en general es considerada un derecho humano, luego, es lógico que los demás creadores –en sentido amplio– deben gozar de igual reconocimiento y protección.

Una razón de la exclusión de los demás *derechos de propiedad industrial* y sus titulares, así como de los titulares de las reservas de derechos, podría ser que, tradicionalmente los titulares de *derechos humanos* solo son personas físicas, por razones de ser inherentes a la persona humana, lo que excluía la concepción de titularidad de *derechos humanos* a favor de las personas morales, de manera que la titularidad del *derecho humano de propiedad intelectual* no se atribuía a una persona moral.

Ello puede obedecer a que el texto del Artículo 28 constitucional tiene una redacción en el contexto de 1917, con una modificación de 1983, en el que no existía un paradigma como el que ahora se tiene, que incluye el reconocimiento de *derechos humanos* extendidos y en lo aplicable a las personas morales, tal como ha sido ya una tendencia en los criterios del Poder Judicial de la Federación<sup>13</sup>.

Por lo tanto, urge empatar el Artículo 28 constitucional con el Artículo 1°, pues este último es claro cuando establece que en los Estados Unidos Mexicanos *todas las personas* gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, *cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

---

<sup>13</sup> Tesis VII.2°.C.J./2 (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, abril de 2013, p. 1902.

Esto último permite plantear la inquietud de cuál sería el fundamento para restringir el derecho humano a una libre concurrencia con base en un privilegio otorgado a un particular con un derecho exclusivo sobre una marca, siendo que dicho privilegio exclusivo no está constitucionalmente establecido, y por tanto el titular de ese no encontraría verdaderamente un caso o condición constitucional que válidamente limite o restrinja su derecho de libre concurrencia.

Además, igualar el Artículo 28 constitucional comprendiendo a todos los titulares de la protección, puede ayudar a esclarecer temas que en la práctica son motivos de conflicto, que alcanzan inclusive el orden mediático, por ejemplo, la propiedad intelectual indígena, pues definir quién es el titular de las expresiones de folclor, de las artesanías de los pueblos e incluso de sus recursos naturales, y el manejo que de estos hacen para medicina tradicional, es necesario como fuente de riqueza tanto a nivel económico como cultural.

A mayor abundamiento, la Ley Federal del Derecho de Autor tiene un título dedicado a la protección de las culturas populares, y establece que las obras sobre las expresiones de las culturas populares están protegidas independientemente de que no se pueda determinar la autoría individual de ellas o que el plazo de protección otorgado a sus autores se haya agotado; es decir, a la par de los tratados internacionales que establecen la protección de la propiedad intelectual en general, el Estado mexicano está obligado a atender los tratados internacionales relativos a los derechos indígenas, en congruencia con lo preceptuado en el propio Artículo 2º constitucional.

Y no solo en materia autoral, los pueblos indígenas en México tienen una larga tradición en la inventiva y creación desde la época prehispánica, pues tienen producción textil distintiva, hacen uso de colorantes, de tejidos y materiales, aunado a que usan tecnología propia, pues solo por citar solo un ejemplo:

Otro arte importante de los indígenas ha sido el preparar bebidas alcohólicas típicas de su región, con su propia tecnología, situación que ha sido aprovechada por comerciantes y gobiernos para lograr ingresos importantes, sin embargo, poco han beneficiado al indígena, a no ser que sean peones de los industriales y comerciantes de esas bebidas alcohólicas<sup>14</sup>.

Estos temas son relativos a un sector al que ha tratado de incorporarse, como en la reforma constitucional al Artículo 4º en 1992, y la actual redacción del Artículo 2º (que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001), que reconoció sus derechos a la no discriminación y derechos culturales, pero no estableció los mecanismos para materializarlos, siendo esto uno de los principales retos de prospectiva en materia de propiedad intelectual, pues “cuando hablamos de justicia indígena, por ejemplo, al considerar los sistemas normativos indígenas,

---

<sup>14</sup> Viñamata Paschkes, Carlos, *Indigenismo y propiedad intelectual*, México, Porrúa, 2006, p. 163.

es necesario establecer un punto de conexión con el Pluralismo Jurídico, categoría más amplia que, hasta ahora, ha gozado de un contenido incierto e indeterminado”<sup>15</sup>.

Además, en los términos de la Ley Federal del Derecho de Autor, la protección intelectual de los indígenas se hace aun cuando no exista un autor determinado, lo que evidentemente se refiere a derechos colectivos de los indígenas, cuyos titulares cuentan con “*bienes participativos*”<sup>16</sup> que se generan colectivamente, y quienes participan en su creación pueden gozar de ellos sin que puedan apropiárselos de modo exclusivo.

Ello es relevante, pues se ha reconocido que la Democracia es un sistema de vida fundamental en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo mexicano, lo que exige la “participación incluyente de todos los sectores de la población en la toma de decisiones fundamentales y en la orientación ideológica que debe darse a los asuntos públicos del país”<sup>17</sup>.

Dicha participación no debe circunscribirse exclusivamente a su participación en la toma de decisiones y en la orientación ideológica de asuntos públicos, sino que también debe permitirse el acceso incluyente a derechos fundamentales de todos los sectores sociales, lo que actualmente no se cumple.

Se afirma lo anterior, pues si bien el Artículo 2º constitucional concentra los derechos fundamentales de los indígenas, lo cierto es que aún no existen mecanismos que garanticen el hacer efectivos dichos derechos, sobre todo los que se establecen en el inciso A, fracción IV de dicho Artículo, que establece: “Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades 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”.

Numerosos son los autores que se han pronunciado en torno a la incompleta concepción del problema y los factores que deben estar involucrados para lograr la inclusión de los pueblos indígenas y un acceso efectivo de su riqueza y reconocimiento de derechos de propiedad intelectual, como Emilio Rabasa que al respecto señaló: “En otras palabras, el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, específicamente de libre determinación y de autonomía, ha estado sujeto a una serie de factores en cierta medida ajenos al indianismo, y más bien relacionados con el contexto político específico en el que se ha planteado la reforma constitucional”<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: Una reivindicación del pasado hacia el presente*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015. p. 24.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>17</sup> Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Los derechos fundamentales de los indígenas. Perspectivas federal, regional, local e internacional en materia electoral*, México, Porrúa-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. IX.

<sup>18</sup> Rabasa Gamboa, Emilio, *Derecho Constitucional Indígena*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, p. 179.

De donde se sigue que la incorporación de la *propiedad intelectual* indígena y su eficaz protección no es una cuestión sencilla, pues plantea problemas desde diversas aristas, sin embargo, debe alcanzarse pues “la renovación del orden jurídico es un imperativo de la realidad, y por supuesto, de la justicia”<sup>19</sup>.

Por lo tanto, el reconocimiento de todas las personas que aportan recursos intelectuales al país e incluso fuera de él, es solo un ejemplo de los retos que genera la protección de la creatividad en un entorno global tanto de lo mexicano en México y en el mundo, como lo del mundo en México.

Esto es base para dar certeza en lo que pinta ser los esquemas de generación de riqueza futura que es la *propiedad intelectual* vista, además, con un enfoque pluricultural propio de nuestro país, en donde si hay seguridad jurídica habrá avances, y si no la hay no se puede tener acceso a nuevos avances.

## 2. Propuesta

De todo lo anterior, podemos concluir que si nuestra Constitución es el fundamento de las otras leyes, entonces debe ser suficiente y fijar conceptos fundamentales, y dejar a las leyes únicamente desarrollar su contenido, pues siendo la Constitución la Ley Fundamental, debe precisamente fundar a las demás y no como se advierte en este caso, en donde las ordinarias amplían los privilegios exclusivos y los titulares de los mismos correlativamente, que de alguna manera limitan otros derechos que la propia Constitución reconoce sin mayores limitantes.

Aunado a que la legislación interna incluye figuras jurídicas no comprendidas en los tratados internacionales, como son las *reservas de derechos*, que son un privilegio legal, por lo que deben encontrar un sustento en la Constitución a fin de poder ser una limitación válida para el ejercicio de otros derechos.

Es un tema de congruencia que bien cabría revisar a cien años de la Constitución de 1917, para que se establezcan elementos que permitan enfrentar los nuevos retos en materia de *propiedad intelectual* de una forma incluyente y completa.

En ese sentido, pueden plantearse dos alternativas:

1. Hacer un catálogo exhaustivo de los sujetos y objeto de derecho de propiedad intelectual; o bien,
2. Hacer una mención general de la protección de la *propiedad intelectual*.

Nos inclinamos más por la segunda postura, pues la primera corre el riesgo de presentar la misma exclusión y con el tiempo caer en la obsolescencia, pues si hacemos el ejercicio de intentar comprender a todas las personas y núcleos poblacionales meritorios

---

<sup>19</sup> González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, p. 20.

de protección, se corre el riesgo de excluir con las consecuencias de inseguridad jurídica que no resuelven el planteamiento de este trabajo.

En cambio, si en términos generales señalamos que no constituyen monopolios *los privilegios que por determinado tiempo se conceda a cualquier persona o grupo de personas que reuniendo los requisitos legales de los ordenamientos respectivos obtengan respecto de intelecto por su creatividad o inventiva derechos exclusivos*, se entenderían comprendidos sujetos que tienen derecho a la protección de la *propiedad intelectual*.

Por otra parte, sería oportuno incorporar a la Constitución el reconocimiento expreso de los derechos morales aparejados a los derechos patrimoniales de los derechos de *propiedad intelectual*, a partir de reconocer permanentemente al autor de la actividad intelectual.

De tal suerte, el texto del décimo párrafo del Artículo 28 de la Constitución podría modificarse para quedar como sigue:

Artículo 28.- ...

Tampoco constituyen monopolios los privilegios legales que por tiempo determinado se concedan a las personas, que les permitan explotar en exclusiva el resultado de su actividad intelectual, en reconocimiento a sus aportaciones al desarrollo científico, tecnológico, cultural o artístico, así como el reconocimiento permanente a su autoría...

#### IV. CONCLUSIONES

1. El Artículo 28 de nuestra Constitución no comprende a todos los sujetos ni todos los objetos de protección de los derechos de propiedad intelectual, pues solamente se refiere a autores, artistas, inventores y perfeccionadores de mejoras; por lo que el marco legal de protección se ha construido en las leyes secundarias y en los tratados internacionales.

2. La Constitución, como Ley Fundamental, debe regular de forma completa los derechos de *propiedad intelectual*, pues son *derechos humanos*, que a su vez, son límites y restricciones de otros *derechos humanos*, como podrían ser el de libre concurrencia o el de libertad de trabajo.

3. Por lo tanto, los retos de la Constitución, a cien años de vigencia, en materia de propiedad intelectual se refieren a una inclusión completa de los sujetos y objetos de protección de derechos de propiedad intelectual, lo que abarca todas las figuras que conforman el esquema de la propiedad intelectual, y además, a todas las personas que con motivo de sus inventos o creaciones merecen de tal protección y reconocimiento.

4. Debe entonces reformarse el Artículo 28 constitucional, pero no para establecer un catálogo de derechos y sujetos de dichos derechos, sino englobarlos a todos, a fin de que las leyes secundarias desarrollen dichos derechos y los tratados internacionales los complementen y establezcan los mecanismos para su debida protección a nivel mundial.

## V. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. Bibliografía

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, *Derecho de los autores, artistas, inventores*, 3ª. ed., México, 2015, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo *et.al* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e internacional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, t. I.

GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.

LA SALLE, Fernando, "¿Qué es una Constitución?", <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2284/5.pdf>.

*Las Constituciones de México*, 2ª. ed., México, H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales, 1991.

*Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: Una reivindicación del pasado hacia el presente*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

ORTÍZ BAHENA, Miguel Ángel (coord.), *Ley de la Propiedad Industrial. Comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPI)*, México, Porrúa, 2015.

PÉREZ DE LOS REYES, Marco Antonio, *Los derechos fundamentales de los indígenas. Perspectivas federal, regional, local e internacional en materia electoral*, México, Porrúa-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

RABASA GAMBOA, Emilio, *Derecho Constitucional Indígena*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.

VIÑAMATA PASCHKES, Carlos, *Indigenismo y propiedad intelectual*, México, Porrúa, 2006.

### 2. Legislación

*Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los Elementos Figurativos de las Marcas.*

*Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.*

*Arreglo de Estrasburgo.*

*Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales.*

*Arreglo de Niza.*

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.*

*Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas.*

*Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.*

*Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978.*

*Declaración Universal de los Derechos Humanos.*

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

*Protocolo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas.*

*Tratado de Cooperación en Materia de Patentes.*

*Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.*

*Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.*

*Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).*

### 3. Otros

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, mayo de 2014, p. 539.*

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, abril de 2013, p. 1902.*

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, febrero de 2012, p. 1375.*