

La protección jurídica de la biodiversidad y los saberes comunitarios

*La libre determinación, el territorio y la autonomía
frente a las patentes, los derechos de obtentor y el sistema sui generis*

Raymundo Espinoza Hernández

Abogado y politólogo, asesor de la ANAA

PAPIME PE310616

**Antecedentes y
contexto jurídico-institucional**

- ◆ La protección a las obtenciones vegetales y el establecimiento de derechos sobre las variedades vegetales inició en Estados Unidos, primero mediante contratos y posteriormente a través de reformas legislativas, en particular a la Ley de Patentes.
- ◆ Por gracia de una ficción jurídica se equipara un ser vivo a un objeto susceptible de ser patentado (patentabilidad de la materia viva).
- ◆ La protección de la propiedad intelectual aplicada a las variedades vegetales se consolidó con el reconocimiento de los derechos de obtentor.
- ◆ Así las cosas, en Estados Unidos la protección de variedades vegetales se rige por los siguientes lineamientos:
 1. La Ley Estadounidense sobre la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1970, para plantas reproducidas por vías sexual, plantas reproducidas a partir de tubérculos y los híbridos de primera generación.
 2. Las patentes de utilidad, que incluye plantas y componentes de plantas genéticamente modificadas (genes y células) (Ley de Patentes).
 3. Las patentes vegetales, para plantas de reproducción asexual (Ley sobre Patente Vegetales de 1930).

- ◆ En Europa, la propiedad industrial para materiales fitogenéticos y productos agrícolas avanzó por el camino de la protección de la propiedad intelectual a través del reconocimiento de derechos de obtentor sobre nuevas variedades vegetales.
- ◆ Ante la imposibilidad de extender las patentes a las variedades vegetales, se fue construyendo un régimen especial de protección.
- ◆ El modelo de protección de obtenciones vegetales surgió en Europa, posteriormente fue acogido en Estados Unidos y proyectado mundialmente.

Organización
Mundial de Comercio
(OMC)

Acuerdo sobre los Aspectos
de los Derechos de Propiedad Intelectual
relacionados con el Comercio
(ADPIC o TRIPS 1994)

Convenio Internacional
para la Protección
de las Obtenciones Vegetales
(Convenio de la UPOV 1961)

Revisiones
del Convenio de la UPOV
(UPOV 72, 78 y 91)

Sistemas
sui generis

Acuerdos de
Integración Económica
(TLCAN, TTP, TISA,
TTIP etcétera)

Convenio de
Diversidad Biológica
(CDB 1992)

Protocolo de Nagoya sobre
Acceso a los Recursos Genéticos
y Participación Justa y Equitativa
en los Beneficios que se Deriven
de su Utilización (2010)

Protocolo de Cartagena
sobre Seguridad de
la Biotecnología
(2000)

Protocolo
de Nagoya-Kuala Lumpur
sobre Responsabilidad
y Compensación (2010)

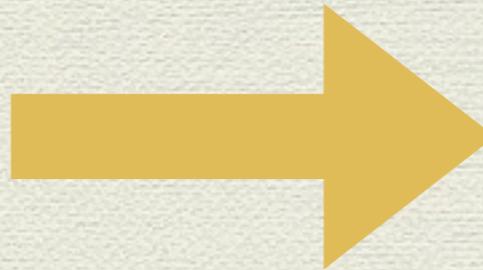
Tratado Internacional
sobre los Recursos Fitogenéticos
para la Alimentación y la Agricultura
(TIRFAA 2001)

- ◆ El Convenio de la UPOV y su revisión drástica de 1991 son instrumentos operativos del desarrollo capitalista contemporáneo.
- ◆ Los regímenes de patentes y derechos de obtentores no se entienden sino como mecanismos de garantía para la extracción de plusvalor extraordinario en el marco del desarrollo de tecnología capitalista productora de valores de uso nocivos.
- ◆ A partir del ADPIC la adhesión al UPOV se acrecienta. Para los adherentes posteriores a 1991, la versión válida es la de tal año, mientras que muchos de los antiguos miembros han permanecido en el UPOV 78, salvo los casos de países que para cumplir con obligaciones derivadas de acuerdos de libre comercio tuvieron que transitar al UPOV 91. Asimismo, varios países que protegen la propiedad intelectual sobre variedades vegetales no son parte de la UPOV, sino que cuentan con sistemas *sui generis*.
- ◆ 51 países aplican la versión 91, 19 UPOV 78 y únicamente Bélgica la de 1972.

- ◆ Los países que no son miembros de la OMC ni forman parte de la UPOV pueden decidir si establecen o no un régimen de protección para las obtenciones vegetales. Asimismo, en caso de que decidan hacerlo, pueden definir su alcance y características.
- ◆ Los países miembros de la OMC, en cambio, tienen la obligación de proteger las obtenciones vegetales en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.
- ◆ El Acuerdo permite (no obliga a) la patentabilidad de plantas, pero sí establece el deber de otorgar protección a las obtenciones vegetales, sea mediante patentes o bien a través de un sistema *sui generis*.

UPOV

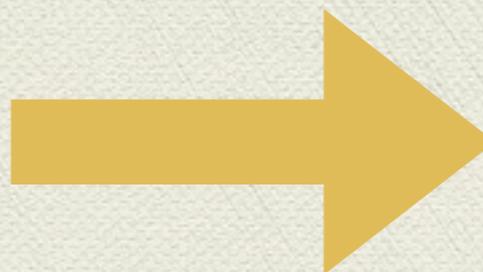
Entre una versión y otra varía particularmente el derecho del agricultor de conservar una parte de su cosecha para volver a sembrarla en la siguiente temporada, lo que significa que las distintas versiones no prevén las mismas excepciones al derecho de obtentor.



Fundamenta los derechos de obtentor como derechos de propiedad intelectual específicos para el mundo vegetal.

ADPIC-TRIPS

El ADPIC-TRIPS no define qué debe entenderse por "sistema eficaz *sui generis*" para la protección de la propiedad intelectual de las obtenciones vegetales. La protección ofrecida por UPOV fue presentada como la única opción *sui generis* viable, de aquí que muchos países se unieran a UPOV para atender las exigencias del ADPIC-TRIPS y como resultado de los diversos tratados y acuerdos de libre comercio e inversiones.



Permite las patentes sobre plantas y los procedimientos esencialmente biológicos para su producción, a la vez que hace obligatoria la protección a todas las obtenciones vegetales, sea mediante patentes o un sistema eficaz *sui generis*.

- ♦ Las propuestas que se han hecho dentro de este marco han ido desde **apostarle a la patente (incluso colectiva y comunitaria) para después liberarla mediante el otorgamiento generalizado de licencias**, o bien la **construcción creativa de sistemas *sui generis* que garanticen el acceso y disfrute colectivo del patrimonio biocultural**, a la vez que generen y distribuyan beneficios a la sociedad, pueblos y comunidades.
- ♦ Una tesis popular en este sentido: “El sistema de la UPOV ofrece un modelo de protección centrado en los **intereses comerciales de los obtentores**. El CDB, el Protocolo de Nagoya y el TIRFAA incluyen elementos que reflejan otros intereses, en particular la **conservación de la biodiversidad**, la **utilización sostenible de los recursos genéticos**, y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su explotación. Algunos de estos objetivos y elementos pueden incorporarse en un régimen *sui generis* de obtenciones vegetales. El principio de la **participación en los beneficios** conforme al Protocolo de Nagoya del CDB puede utilizarse como modelo para ciertas categorías de obtenciones vegetales, mientras que el concepto de **derechos del agricultor** del TIRFAA (omitido en el régimen de la UPOV) puede brindar la base para el reconocimiento de las contribuciones hechas por los agricultores en la conservación y mejora de los recursos fitogenéticos.”
- ♦ El **espectro de propuestas se mueven siempre dentro del marco del Derecho de la propiedad intelectual**. Desde esta perspectiva reducida no se agotan las opciones de protección de la biodiversidad y los saberes tradicionales, por ejemplo, no se dice nada respecto del derecho fundamental de los pueblos y comunidades indígenas: el derecho a la libre determinación, menos aún del derecho al territorio y la autonomía, pero tampoco se menciona el tema de la soberanía alimentaria y los delitos constitucionales o simplemente de la soberanía nacional en relación con la denuncia de los tratados de libre comercio.

- ◆ En México la obtención de variedades vegetales no se considera un invento ni un descubrimiento, sino una mejora. Por eso al obtentor no se le concede una patente, pero sí se le reconocen derechos equivalentes.
- ◆ Las leyes internas relevantes son las siguientes:
 1. La Ley Federal de Derechos de Autor (reformada en diciembre de 1993).
 2. La Ley de Propiedad Industrial (reformada en agosto de 1994).
 3. La Ley de Variedades Vegetales (de octubre de 1996).
 4. La Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (reformada en diciembre de 1996).
 5. La Ley de Desarrollo Rural Sustentable (de diciembre de 2001). En esta ley se habla expresamente de “patrimonio de biodiversidad nacional” y “derechos de propiedad intelectual de comunidades indígenas y campesinas”).
 6. La Ley de Desarrollo Forestal Sustentable (de febrero de 2003).
 7. La Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (de marzo de 2005)
 8. La Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas (de junio de 2007).
- ◆ Aunque México se rija por el UPOV 78, sus leyes internas ya contienen una regulación equivalente a la contenida en la versión revisada de 1991.

Los saberes comunitarios

- ◆ Los saberes comunitarios nos remiten a conocimientos concretos de naturaleza colectiva, que se transmiten través del proceso mismo de socialización humana.
- ◆ Se trata de conocimientos que satisfacen necesidades colectivas y expresan capacidades sociales generadas históricamente a partir de la praxis comunitaria.
- ◆ De esta manera, se trata de conocimientos producidos, reproducidos y desarrollados socialmente.
- ◆ En términos de la CEP, los saberes comunitarios son valores de uso.
- ◆ En este sentido, el marco y las figuras propuestas por el Derecho de Propiedad Intelectual aparecen como limitadas y rígidas para captar la riqueza y complejidad de los saberes comunitarios.

- ♦ **La base material de los saberes comunitarios son la comunidad misma y el territorio, éstas son las fuerzas productivas que permiten su generación, uso, disfrute y transformación.**
- ♦ **Las amenazas a la comunidad o al territorio ponen en peligro no sólo a los saberes tradicionales sino también a la biodiversidad.**
- ♦ **Para el capital es muy importante destruir el tejido social profundo y controlar los recursos naturales.**
- ♦ **El capitalismo contemporáneo recurre de manera cotidiana a los privilegios y el despojo. Ambas figuras se encuentran reguladas jurídicamente y son funcionales a la acumulación salvaje de capital.**
- ♦ **Los privilegios contenidos en las patentes o en los derechos de obtentor forman parte de complejos mecanismos de despojo y extracción de plusvalía extraordinaria.**
- ♦ **Las normas jurídicas y políticas públicas que establecen estas figuras no pueden funcionar como auténticos mecanismos de protección de los saberes comunitarios (“de los recursos biológicos y genéticos y de los conocimientos indígenas asociados con ellos”).**
- ♦ **En nombre de la seguridad jurídica de propietarios e inversionistas se vulneran los derechos fundamentales de la sociedad, de los pueblos y comunidades indígenas, sea porque se violan las normas que los contienen y que prevén sus garantías o bien porque se aplican las normas que se han diseñado para asegurar los derechos del capital.**

¿Patrimonio biocultural?

- ◆ **Patrimonio biocultural es una expresión cuyo uso tiene como efecto la sustitución del concepto de territorio,** termino consolidado en el marco de los derechos de pueblos y comunidades indígenas.
- ◆ **En “patrimonio biocultural” cabe todo: naturaleza y cultura, contenido y forma.**
- ◆ **Biodiversidad y saberes tradicionales entran subordinados a la idea de patrimonio y, por este camino, al derecho de propiedad, el derecho fundamental de la sociedad mercantil.**
- ◆ **Así, la protección jurídica del patrimonio biocultural se vuelve análoga a la protección del derecho de propiedad, pero no de cualquier propiedad, sino de la propiedad privada capitalista sobre los medios de producción de la riqueza social.**

- ♦ Una definición bastante extendida es la siguiente: “...el patrimonio biocultural se refiere a los recursos biológicos o fitogenéticos silvestres, semidomesticados y domesticados, que van desde la variabilidad genética (genes), hasta los sistemas de uso incluyendo los agrícolas, paisajes a distintas escalas, forjados según las prácticas y conocimientos indígenas tradicionales [...] se refiere también a los imaginarios socio ambientales que construyen éticas locales de aproximación e integración unitaria a la naturaleza, cosmovisión que con frecuencia se puede vincular a los mitos de origen y reelaboraciones constantes en esa tensión de colonialidad y resistencia.” (E. Boege)
- ♦ Otra definición popular: “...sugerimos que es necesario un acercamiento enfocado en la protección de sistemas de conocimiento en su totalidad incluyendo sus componentes culturales, biológicos y paisajísticos para la protección del conocimiento tradicional. Nosotros presentamos el concepto de patrimonio biocultural colectivo, que engloba lo material, lo espiritual y cultural, así como los componentes intelectuales de los sistemas de conocimiento, como la base para proteger y salvaguardar el conocimiento tradicional. Proponemos que cualquier política orientada a este fin debe basarse y ser guiada por el concepto holístico de patrimonio biocultural colectivo para reflejar la realidad de varios sistemas locales de conocimiento, reforzar y fortalecer tales sistemas. Se trata de proponer estrategias alternativas *sui generis* para la protección del conocimiento tradicional, que consiste en el pleno reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades locales para poseer y controlar su patrimonio biocultural, incluso para conservarlo para seguridad de sustento y para la restitución del que les han quitado.” (Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas)

Lo cierto y lo falso

- ◆ Propiedad intelectual, patentes, derechos de obtentor, sistemas *sui generis*, regímenes de acceso o contratos y beneficios, no resuelven el problema, son parte del problema.
- ◆ Lo mismo sucede con el concepto “miscelánea” de patrimonio biocultural. No resuelve el problema de la amenaza y necesaria protección de la biodiversidad y los saberes tradicionales con ella asociados, sino que forma parte del desarrollo mismo del problema.
- ◆ Los ejidos y comunidades agrarias o comunidades indígenas no se refieren a su territorio y cultura como “patrimonio biocultural”, como sí lo hacen académicos, funcionarios públicos y gestores de negocios que usan e insisten en introducir tal expresión en los debates sobre la protección de la biodiversidad y los saberes tradicionales.

- ◆ La biodiversidad, el medio ambiente y la naturaleza en su conjunto, lo mismo que la diversidad cultural, el saber y la cultura en general, son valores de uso universales que las jurisdicciones estatales, las instancias regionales y la comunidad internacional deben proteger en beneficio de la humanidad, mediante instrumentos idóneos (en su estructura, en sus procedimientos, en sus fines, en sus efectos).
- ◆ ¿Las patentes y los derechos de obtentor, la Propiedad Intelectual (como propiedad industrial, derechos de autor o sistemas *sui generis*) son instrumentos idóneos para proteger la naturaleza y la cultura en tanto valores de uso concretos de carácter universal?
- ◆ ¿Los contratos, licencias, regímenes de acceso y distribución de beneficios, los fondos de compensación o los simples registros y las ANP son instrumentos idóneos para dicha protección?

- ◆ Una tesis popular: “La normatividad jurídica nacional e internacional basada en la perspectiva del derecho individual desprotege las creaciones de sujetos colectivos como los pueblos indígenas y campesinos, por ello es una necesidad urgente reconocer y proteger en los ámbitos normativos e institucional la propiedad intelectual colectiva de estos pueblos respecto de su patrimonio biocultural. El vacío es aprovechado por personas o empresas para apropiarse de los conocimientos tradicionales y creaciones artísticas de los pueblos con fines de lucro. El pleno reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual colectiva en relación con el patrimonio biocultural, es una reivindicación histórica y aspiración de los pueblos indígenas, pues de ellos depende su supervivencia y el mantenimiento de la diversidad étnica, cultural y natural en el planeta.” (A. Regino).

- ◆ Lo cierto es que la **biodiversidad y los saberes comunitarios asociados con ella requieren de una protección jurídica que fortalezca su protección social.**
- ◆ Lo falso es que la vía idónea para garantizar dicha protección sea la propiedad intelectual.
- ◆ Lo cierto es que **la naturaleza y la cultura deben ser protegidos.**
- ◆ Lo falso es que el régimen jurídico construido en torno al patrimonio biocultural sea el medio adecuado.
- ◆ Lo cierto es que **el derecho al territorio debe ser reconocido y garantizado por el Estado.**
- ◆ Lo falso es que figuras jurídicas como las patentes, los derechos de obtentor e incluso los sistemas *sui generis* y los regímenes de acceso o contratos y beneficios, sean alternativas reales.

Preguntas y respuestas claves

¿Los núcleos de población agraria y los pueblos y comunidades originarios y equiparables tienen derechos fundamentales y son sujetos de Derecho? Sí, independientemente de que se diga o no de manera explícita que poseen personalidad jurídica.

¿Qué mecanismos de exigibilidad se encuentran a su disposición? Diversas garantías sociales e institucionales, legitimadas jurídicamente por la libertad de expresión y el derecho a la protesta social y que pueden conducir al ejercicio de acciones colectivas y de amparo.

¿De qué manera pueden acceder a la justicia y, en su caso, a la jurisdicción del Estado? Individual o colectivamente, a través de sus representantes y autoridades tradicionales o bien de manera directa.

¿Cómo cumple el Estado con su deber de proteger el medio ambiente y la biodiversidad? Mediante regulación e instrumentos de política pública y a través de la tutela judicial.

¿Cómo cumple el Estado con su deber de proteger la composición pluricultural de la Nación mexicana y garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la libre determinación? Reconociendo el carácter fundamental del derecho a la libre determinación, respetando sus ámbitos de autonomía y observando los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

¿Cómo cumple el Estado con su deber de proteger la propiedad social de la tierra y la integridad del territorio? No reduciendo la propiedad social a propiedad privada y no aplicando al territorio las figuras de la propiedad intelectual.

¿Cómo reivindicar el territorio y defender la propiedad social?

- ◆ Los procesos sociales de reivindicación del territorio y defensa de la propiedad social se desarrollan en condiciones práctico-materiales adversas.
- ◆ Los marcos normativos e institucionales no favorecen ni garantizan el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de pueblos y comunidades originarios y equiparables ni de núcleos de población ejidal o comunal.
- ◆ **Se requieren estrategias integrales orientadas al empoderamiento comunitario que contemplen las diversas dimensiones y momentos del procesos de reivindicación y defensa del territorio y la propiedad social.**
- ◆ **La protección de la biodiversidad y de los saberes tradicionales forma parte de los mismos procesos de exigibilidad de derechos y empoderamiento social, por tanto, no es necesario verla como un proceso aislado, unilateral y externo a la comunidad, que, además, requiere de mecanismos singulares técnicos excluyentes para su gestión.**
- ◆ **La biodiversidad y los saberes tradicionales se protegen haciendo valer el derecho a la libre determinación, protegiendo el territorio y defendiendo la propiedad social. En todo caso, la biodiversidad y los saberes tradicionales deben protegerse jurídicamente a través de procesos sociales de reivindicación de derechos fundamentales orientados al empoderamiento comunitario.**
- ◆ De consolidarse las propuestas en torno a la propiedad intelectual colectiva en relación con el patrimonio biocultural, seguramente esta figura jurídica se convertirá en objeto de conflictos ambientales y territoriales, lo mismo que ahora lo son las consultas indígenas o lo han sido los servicios ambientales, por ejemplo. Figuras novedosas que no liberan a las comunidades del problema sino que las sumergen en sus complejidades.

Contacto

E-mail:

opuestosbinarios@yahoo.com.mx

Twitter:

@RaydiDutschke

Página web:

www.afectadosambientales.org

Twitter:

@AAmbientales

