

¿Flores ilegales? La expansión de los modelos de propiedad intelectual a los recursos vegetales*

Introducción

Cada vez se hace más relevante la discusión sobre el tema de los derechos de obtentor en variedades vegetales en México. Independientemente de que las propuestas legislativas que buscan ampliar estos derechos en México no han sido aprobadas, representan un esfuerzo visible del trabajo y la presión que se ejercen desde entornos de la agricultura industrial. Este trabajo de *lobby* político tiene el potencial de generar y reforzar cambios legislativos que tendrían un impacto significativo en México, por lo que es necesario generar también discusiones y movilización en las que se destaquen elementos y problemáticas que se deben tener presentes para evitar una afectación mayor a las comunidades indígenas y campesinas en este país. El presente texto busca contribuir a esa discusión.

Los derechos de obtentor en variedades vegetales tienen impactos en distintos sentidos. Algunos de los textos que se incluyen en este libro se enfocarán en aspectos relacionados con la bioética, la soberanía alimentaria, el impacto ambiental, entre muchos otros temas

* Elaborado por Lucero Ibarra Rojas, profesora-investigadora titular en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) e integrante del Colectivo Emancipaciones de Estudios Críticos del Derecho y las Humanidades: lucero.ibarra@cide.edu ORCID: 0000-0002-5245-3189.

y problemáticas. El presente trabajo busca abordar la discusión desde una mirada crítica a los modelos de propiedad intelectual, destacando sus bases epistémicas, su papel en las economías del conocimiento y la manera en la que se gestionan en México; poniendo especial énfasis en lo que esto representa respecto de la expansión de los derechos de obtentor en variedades vegetales.

La propiedad intelectual: bases epistémicas

La propiedad intelectual es un área del derecho cuya base epistémica requiere ser comprendida para entender por qué las herramientas que la integran frecuentemente contribuyen más al despojo que al reconocimiento de la cultura y conocimiento de los pueblos o incluso de las personas. La propiedad intelectual es una manera artificial de crear monopolios, barreras artificiales, para la explotación del conocimiento. Históricamente, en las tradiciones occidentales en las que se concibió esta forma de derecho, frecuentemente se trató de un privilegio temporal que estaba justificado como una manera de promover la ciencia y el arte. Sin embargo, con el tiempo, esto pasó de ser un privilegio a una forma de propiedad en el derecho. Esta transición generó las bases de leyes cada vez más expansivas y estrictas a nivel internacional.¹

Como forma de propiedad, la intelectual es bastante particular. Es difícil establecer con claridad el objeto de la propiedad y también su justificación. El monopolio es artificial porque, a diferencia de las cosas, las ideas, la creación y el conocimiento, existen en tanto que se expresan y se comparten. Las ideas, a diferencia de las cosas, adquieren valor conforme se difunden y se usan, pero la propiedad intelectual de hecho limita el uso. Además, las ideas

¹ Peter Drahos, Peter, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot, U. K., Ashgate, 1996, pp. 13-39.

y el conocimiento sin expresarse, realmente no se pueden apropiar. Entonces el derecho de propiedad se establece sobre la expresión de las ideas, pero no realmente sobre los objetos en los que se hace esa expresión. No se puede ser dueño de la idea, ni es el objetivo ser dueño del objeto en el que se expresa o el objeto que se produce a partir de esta idea, sino de un proceso intermedio que permite que el objeto se venda pero alguien más siga siendo dueño de su contenido o esencia.

Los modelos más conocidos de propiedad intelectual son las patentes, para la ciencia, y los derechos de autor o el copyright, para las artes; a los cuales se les suman los derechos de obtentor como una forma de propiedad intelectual específicamente para las variedades vegetales. Los derechos de obtentor retoman muchos aspectos de las patentes, pero emergen precisamente de la renuencia de varios países de aplicar el derecho de patentes a las variedades vegetales.² Lo anterior considerando que en la mayor parte, el conocimiento sobre variedades vegetales es, en todo caso, un descubrimiento y no una invención. Es decir, las plantas existen más allá de las personas e independientemente del conocimiento que tengamos sobre las mismas. En algunos casos, las modificaciones genéticas eran la excepción, pero no todos los países las han incluido como patentables. En este contexto, los derechos de obtentor son herramientas que permiten ampliar la propiedad intelectual a las variedades vegetales y, siguiendo la lógica de esta área del derecho, no se trata de una apropiación de cada semilla individual, que puede cambiar de dueño para su uso. El derecho es más amplio: es una apropiación del conocimiento sobre las características biológicas y sus posibles usos.

Esta ampliación se da a pesar de las múltiples discusiones que se han generado en el campo académico sobre las bases epistémicas de la propiedad intelectual y las exclusiones

² Shiva, Vandana, "Biodiversity, Intellectual Property Rights, and Globalization", en Santos, Boaventura de Sousa (ed.), *Another Knowledge is Possible. Beyond the Northern Epistemologies*, Nueva York, Verso, 2007, pp. 272-287.

que le son inherentes.³ En términos generales, los modelos tradicionales se basan en dos elementos: individualidad e innovación. Las patentes, por ejemplo, han estado ligadas históricamente con los procesos de colonización⁴ y con el posicionamiento de la noción cartesiana de lo científico, como única forma de llegar al conocimiento. Es un modelo que piensa al científico como un ser que reflexiona en lo individual a través de un método que lo distancia de lo conocido. Esta idea se reafirma en la noción de innovación que es necesaria para la propiedad intelectual, como una ruptura o distanciamiento de lo que antes se conocía.

El resultado es lo que algunos autores han llamado una epistemología caníbal.⁵ A través de los modelos de propiedad intelectual se reconoce solamente el conocimiento que emerge de un proceso individual de reflexión con base en un método científico que se idealiza en contextos institucionales. No se reconocen otras formas de conocimiento, especialmente cuando son colectivas o cuando tienen un vínculo con la tradición. La separación misma del arte y de la ciencia, y ambas de lo espiritual, ha sido señalada constantemente como problemática.⁶ Sin embargo, en la actualidad, esta separación se ha mantenido, pero también se

³ Por ejemplo, Stoll Peter-Tobias y von Hahn, Anja, "Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law", en von Lewinski, Silke (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property. Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, La Haya, Kluwer, 2004, pp. 5-47; véase también Dutfield, Graham, "TK Unlimited: The Emerging but Incoherent International Law of Traditional Knowledge Protection", *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 20, núm. 5-6, 2017, pp. 144-59, disponible en: <https://doi.org/10.1111/jwip.12085>.

⁴ Shiva, Vandana, *op. cit.*

⁵ Teubner, Gunter y Fischer-Lescano, Andreas, "Cannibalizing Epistemes: will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions", en Beat Graber, Christoph y Burri-Nenova, Mira (eds.), *Intellectual Property And Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, pp. 17-45.

⁶ Domman, Monika, "Lost in tradition? Reconsidering the History of Folklore and its Legal Protection since 1800", en Beat Graber, Christoph y Burri-Nenova, Mira (eds.), *Intellectual Property And Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment, cit.*, pp. 3-16.

ha identificado la importancia de lo que se conoce como *conocimiento tradicional*,⁷ aunque sin eliminar las exclusiones del mismo y de los agentes que lo producen de la propiedad intelectual. En parte por esto, la noción de conocimiento tradicional se ha consolidado en el activismo y para señalar que las patentes, y la propiedad intelectual en general, constituyen epistemologías que niegan otros conocimientos, en perjuicio especialmente de sectores históricamente menos reconocidos como actores de conocimiento, como son las mujeres o los pueblos indígenas.⁸

Patentes, desarrollo y derechos de obtentor

Los derechos de propiedad intelectual no solamente se han ampliado a pesar de representar una visión epistemológica limitada, sino también a pesar de tener efectos mucho menos favorables en el desarrollo de lo que se suele pensar. Las patentes, por ejemplo, suelen tomarse como una medida de innovación, pero esto no significa que un sistema fuerte de patentes de hecho genere más innovación local en todos los contextos. Es ya casi un sentido común en la literatura de propiedad intelectual que las patentes, así como el resto del sistema de propiedad intelectual, son un obstáculo para el nacimiento y la consolidación de industrias del conocimiento.⁹

⁷ OMPI, *Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales*, Ginebra, OMPI, 2015, disponible en: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf.

⁸ Gibb, Heather, "Gender Dimensions of Intellectual Property and Traditional Medicinal Knowledge", Colombo, UNDP Regional Centre in Colombo, 2007; Gearhart-Sema, Terra L., "Women's work, Women's Knowing: Intellectual Property and the Recognition of Women's Traditional Knowledge", *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 21, núm. 2, 2009, pp. 372-404, disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlf/vol21/iss2/4>.

⁹ Pretorius, Willem, "TRIPS and Developing Countries: How Level is the Playing Field?", en Drahos, Peter y Mayne, Ruth (eds.), *Global Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and Development*, Hampshire, Palgrave

Un ejemplo de esto son las industrias médicas. Los países que actualmente lideran el sector médico consolidaron sus industrias, en cierta medida, gracias a leyes que no contemplaban patentes médicas.¹⁰ Esto les permitía usar el conocimiento desarrollado en otros países. Una vez que estas industrias eran fuertes, los sistemas de derecho se transformaron para proteger su inversión ya lograda en conocimiento y consolidar sus roles en el mercado. Una vez fortalecida la industria del conocimiento, países como Estados Unidos realizaron el trabajo de tratar de imponer criterios más estrictos de propiedad intelectual en el resto del mundo.¹¹ Esto se ha hecho de manera significativa a través de la Organización Mundial de Comercio, pero, de hecho, se ha promovido de manera más agresiva a través de tratados de comercio bilaterales o regionales. En el caso de México, primero el TLCAN y ahora el T-MEC son esenciales para entender cómo ha cambiado la propiedad intelectual en las últimas décadas.¹² El compromiso de avanzar la agenda de los derechos de obtentor en México se concretó también en la negociación del T-MEC.

La importancia de reglas menos estrictas para desarrollar industrias del conocimiento es ampliamente conocida en la literatura especializada, pero aunque no suele retomarse en el discurso político, tampoco es ajena a la discusión sobre propiedad intelectual en foros in-

Macmillan, 2002, pp. 183-197; Drahos, Peter, "Negotiating intellectual property rights: between coercion and dialogue", Drahos, Peter y Mayne, Ruth (eds.), *Global Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and Development*, cit., pp. 127-182; Drahos, Peter y Braithwaite, John, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy*, Londres, Earthscan, 2002.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Pretorius, Willem, *op. cit.*

¹² Jalife Daher, Mauricio, "Nueva regulación de las indicaciones geográficas en México", en *Seminario de Propiedad Intelectual*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=O9_3pVkdeNk&t=00h00m01s; Aboites, Jaime y Soria, Manuel, *Economía del conocimiento y propiedad intelectual. Lecciones para la economía mexicana*, México, Siglo XXI, Universidad Autónoma Metropolitana, 2008.

ternacionales. De hecho, es la razón por la que los países considerados en vías de desarrollo frecuentemente pelean y obtienen que se les concedan algunos años para consolidar sus industrias, antes de aplicar leyes de propiedad intelectual más expansivas. Es también la razón por la que los tratados internacionales sobre derechos de obtentor se desarrollaron en gran medida sin la participación de países en vías de desarrollo.¹³

Lamentablemente, la otra gran paradoja que es importante tener presente es que México tiene una orientación particular, y con frecuencia injustificadamente, favorable a la propiedad intelectual. México suele firmar tratados en los que ha aceptado reglas cada vez más extensivas y estrictas en materia de propiedad intelectual. Una primera lectura es que lo hace por la presión de Estados Unidos, pero es una lectura incompleta. En México, tanto la literatura como las instituciones, suelen ser poco críticas de la propiedad intelectual y asumir posiciones que corresponden a un país que constituye una potencia científica y cultural a nivel internacional.

En materia de propiedad industrial, especialmente en patentes, esta posición no encuentra ningún fundamento. El registro de patentes en México se incrementó después de la firma del TLCAN, por ejemplo, pero los registros se han dado en gran medida a empresas extranjeras, las patentes otorgadas a mexicanos no ha llegado ni al 5%.¹⁴ Solamente el Instituto Politécnico Nacional ha aparecido como un actor medianamente relevante en el registro de patentes. Este panorama no presenta elementos favorables para ampliar el marco de los derechos de obtentor en México.

Los pueblos y comunidades indígenas y campesinos enfrentan, además, mayores obstáculos para acceder al sistema de propiedad intelectual. El primer obstáculo es precisa-

¹³ Shiva, Vandana, *op. cit.*

¹⁴ Santamaría Hernández, Esteban y Castro de Ángel, Carlos Arturo, *Panorama de la propiedad intelectual en México: otra perspectiva*, México, Centro de Análisis para la Investigación en Innovación, 2016, p. 17.

mente la falta de reconocimiento de sus conocimientos. La documentación para lograr los registros tiene que cumplir requisitos técnicos en los que se reconoce solamente el conocimiento expresado en condiciones técnicas y jurídicas ajenas a las comunidades indígenas y campesinas. Las universidades, por ejemplo, podrían considerarse aliadas para facilitar los registros, pero esto parece poco probable si consideramos que no han logrado establecerse como productoras de patentes por sí mismas. La titularidad es el segundo obstáculo. Siguiendo la línea de las patentes que se conceden con mucha facilidad a personas morales, como las empresas o las universidades, los derechos de obtentor también favorecen la titularidad de la institución empleadora. Eso, sin embargo, no se extiende a una facilidad general de reconocer personas colectivas, como serían las comunidades indígenas o campesinas, en cuanto titulares de los derechos. Para esto, las instituciones mexicanas relacionadas con la propiedad intelectual se han mostrado muy poco dispuestas. La personalidad jurídica de las comunidades indígenas se ha robustecido significativamente por fuera del derecho agrario en los últimos años, pero no ha alcanzado todavía un reconocimiento transversal en el derecho mexicano. La personalidad jurídica de comunidades campesinas que no sean reconocidas como indígenas, es inexistente.

Sin embargo, antes de centrar la discusión en el registro de propiedad intelectual por parte de comunidades indígenas o campesinas, debemos tener presente que los pueblos indígenas sí tienen derechos que son relevantes para el caso, tanto en el sentido de los derechos que reconoce el Estado como en un sentido de pluralismo jurídico. En el primer sentido, las comunidades indígenas tienen derecho a la consulta libre, previa e informada. Cualquier propuesta de ley será siempre una violación de sus derechos cuando, teniendo un impacto relevante en estas comunidades, no las tome en cuenta. Sin embargo, el tema de la consulta es limitado. Las comunidades indígenas tienen derechos de autodeterminación y también tienen derechos propios, ambos requieren ser considerados. Los primeros se deben tomar en cuenta para determinar si la materia de los derechos, el conocimiento sobre las variedades vegetales, es efectivamente algo que se desea ubicar en el marco de lo jurídico y en las

dinámicas de comercio. Los derechos indígenas, por su parte, son necesarios para entender cómo construir esos marcos jurídicos desde una perspectiva intercultural que pueda aspirar también a la justicia epistémica.

Teniendo presente los obstáculos y consideraciones anteriores, la expansión de los derechos de obtentor contribuye más claramente a la biopiratería de lo que ayuda a remediarla. La biopiratería se da cuando agentes privilegiados por la propiedad industrial adquieren derechos sobre la biodiversidad con base en el conocimiento de comunidades indígenas.¹⁵ Esto se refuerza por el hecho de que los modelos de propiedad que refieren al conocimiento favorecen que el derecho pertenezca a quien primero registra, por lo que la única manera de detener un registro ilegítimo es con un registro previo. Tomando en cuenta, además, que son los conocimientos de las comunidades, ancestrales, actuales y continuos, los que no son reconocidos por la epistemología caníbal de la propiedad intelectual, es evidente que reforzarla genera condiciones más bien para proteger los intereses de quienes ejercen la biopiratería. La propiedad intelectual no se ha reformado en un sentido que busque mayor justicia epistémica en México y, para hacerlo, necesitaría replantearse desde el reconocimiento de otras formas de conocer el mundo y también desde otras claves jurídicas.¹⁶

Dado todo lo anterior, la posibilidad de que las comunidades realicen registros preventivos es poco realista. Es una propuesta que no toma en cuenta los recursos necesarios, la poca voluntad institucional, ni la falta de reconocimiento de los conocimientos tradicionales. Esta propuesta tampoco toma en cuenta que la Ley es de por sí una afrenta a los derechos de las comunidades. Implementar una estrategia defensiva de registro sería insostenible a largo

¹⁵ Shiva, Vandana, *op.cit.*

¹⁶ Un ejemplo de esto en materia de derecho de autor, es el trabajo que realizamos con la Fogata Kejtsitani de Cherán: Ibarra Rojas, Lucero *et al.*, "What's yours is mine and what's mine is mine? Re-thinking intellectual property and research ethics from the experience of the Purhépecha community of Cherán", *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 10, núm. 1, 2020, pp. 6-34, disponible en: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1102>.

plazo y solamente serviría para legitimar una estrategia jurídica con un impacto nocivo enorme; en la medida que amplía el manto de lo apropiable a la naturaleza.

Reflexiones finales

La discusión que nos ocupa aquí es fundamental y tiene implicaciones que no deben pasarse por alto. Por supuesto, es difícil concebir una propuesta que responda adecuadamente a los conocimientos y la autodeterminación de los pueblos, si no se construye con ellos. Sin embargo, quizás lo más relevante en este asunto es mantener vigente el cuestionamiento sobre si deberíamos establecer alguna forma de propiedad sobre la naturaleza.

Se debe tener siempre presente que no estamos hablando de ser dueño de una semilla, como objeto, estamos hablando de ser dueño del conocimiento sobre la composición genética de esa semilla y sus posibles usos. Estamos hablando de tratar de generar barreras artificiales sobre un organismo vivo, que realmente no creamos y que tampoco realmente controlamos. Las personas intercambian semillas y esto es parte esencial del desarrollo del campo; pero también hay procesos naturales por los cuales la vegetación crece y avanza más allá de las fronteras que son, casi siempre, artificiales. No controlamos ni las flores de nuestras macetas. ¿Qué pasa entonces si todas las variedades vegetales son privadas y se da una mezcla, o una flor nace en un lugar imprevisto? Con los derechos de obtentor se genera la posibilidad de plantas que por su propia existencia sean ilegales. No por sus efectos, no por lo que pasa si las consumimos o por daños al medio ambiente, sino meramente por existir. La principal lección que debemos entender de los procesos que han pasado los distintos campos de la propiedad intelectual, es que no todo debe ser apropiado. Las barreras de la propiedad implican exclusiones. Los beneficios que la propiedad da a unas cuantas personas son limitaciones para todas las demás. Además, no todo lo que existe en el mundo existe para y por los seres humanos.