

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS JURÍDICO-ECONÓMICOS

“COMUNIDADES INDÍGENAS Y SUS DERECHOS DE
APROPIACIÓN DE RECURSOS NATURALES”

T E S I S

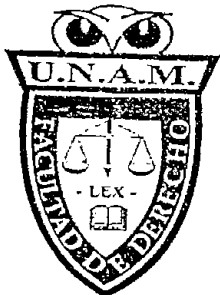
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

XOCHITL ERENDIRA ZOLUETA JUAN

ASESOR:
LIC. FEDERICO JAVIER ARCE NAVARRO

MÉXICO, D.F., FEBRERO DE 2005.



m. 342644



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Xóchitl Eréndira Zolueo

Juan

FECHA: 6 abril 2005

FIRMA: [Signature]



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
ESTUDIOS JURÍDICO-ECONÓMICOS

OFICIO FDER/SEJE/015/03/05.

ASUNTO: Aprobación de Tesis.

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR.
P R E S E N T E.

La pasante XÓCHITL ERÉNDIRA ZOLUETA JUAN, con número de cuenta 9532079-9, elaboró su tesis profesional en este Seminario, bajo la dirección del Lic. Federico Javier Arce Navarro, titulada: "COMUNIDADES INDÍGENAS Y SUS DERECHOS DE APROPIACIÓN DE RECURSOS NATURALES".

La pasante ZOLUETA JUAN ha concluido la tesis de referencia, la cual estimo satisface los requisitos exigidos para esta clase de trabajos, por lo que me permito otorgarle la APROBACIÓN, para los efectos académicos correspondientes.

"La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación, dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad de Derecho".

Me es grato hacerle presente mi consideración.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D. F., a 1 de marzo de 2005.
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO

LIC. AGUSTÍN ARIAS LAZO.

cle

México, D. F., a 14 de Febrero de 2005.

LIC. AGUSTÍN ARIAS LAZO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
ESTUDIOS JURÍDICO-ECONÓMICOS.
P R E S E N T E.

Por medio de la presente hago de su conocimiento que apruebo en todas y cada una de sus partes la tesis **"COMUNIDADES INDÍGENAS Y SUS DERECHOS DE APROPIACIÓN DE RECURSOS NATURALES"**, presentada por la alumna Xóchitl Eréndira Zoluea Juan con número de cuenta 95320799, al cumplir con los requisitos obligatorios de forma y fondo para su presentación y aprobación en el Seminario de Estudios Jurídico-Económicos.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE



LIC. FEDERICO JAVIER ARCE NAVARRO

*Las ciudades creen que son obra de la mente o del azar,
pero ni la una ni el otro bastan para mantener en pie sus muros,
sino la respuesta que dan a una pregunta tuya.*

*La ciudad no está hecha de esto,
sino de relaciones entre la medida de su espacio
y los acontecimientos de su pasado.*

Italo Calvino

AGRADECIMIENTOS

A mis padres

Por llenar mi vida con amor, apoyándome e impulsándome en la construcción de sueños.

A mis hermanas

Que siempre me han apoyado en todo momento.

A mi Abigail

Por ser una pequeña lucecita que a diario alegra y motiva mi vida.

A los amigos y amigas

Con los que a partir de 1999 aprendí la importancia de la dignidad en la UNAM.

A l@s amig@s-compañer@s zapatistas

Que son corazón, piedra, árbol, espada y río y con los cuales se comparte esperanza, alegría y dolor.

A l@s amig@s

Que han estado a lo largo de mi vida, por su compañía y apoyo.

A los sin voz ni rostro, que caminan por el sureste su paso de dignidad y
resistencia

Por su dignidad y por enseñarme a soñar un mundo donde caben muchos mundos.

A los académicos

*Que lo largo de mi vida han contribuido en mi formación, y con cariño especial al
Lic. Federico J. Arce Navarro por motivar en clases el interés para analizar el
derecho desde otras perspectiva y apoyar la elaboración del presente trabajo.*

A todos aquellos que resisten en algún lugar de este planeta
Y que son los colores del arco iris de la dignidad humana

ÍNDICE

| | PÁG. |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 9 |
| | |
| CAPÍTULO I | |
| DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS O LOCALES | |
| SOBRE LOS RECURSOS NATURALES DE SU TERRITORIO | |
| 1.1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES | 12 |
| 1.1.1. Derecho colectivo | 12 |
| 1.1.2. Derecho Indígena | 16 |
| 1.1.3. Pueblo y comunidad indígena | 22 |
| A. Pueblo Indígena | 22 |
| B. Comunidad Indígena | 27 |
| 1.1.4. Territorio, tierra y hábitat | 29 |
| A. Territorio | 29 |
| B. Tierra | 31 |
| C. Hábitat | 32 |
| 1.1.5. Recursos naturales: recursos biológicos, genéticos y diversidad biológica | 32 |
| A. Recursos biológicos | 33 |
| B. Recursos genéticos | 33 |
| C. Diversidad Biológica o Biodiversidad | 33 |
| 1.2. MARCO JURÍDICO DE ACCESO A LOS RECURSOS NATURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. | 34 |
| 1.2.1. Marco jurídico nacional | 34 |
| 1.2.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. | 34 |
| 1.2.1.2 Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente | 35 |
| 1.2.2. Marco jurídico Internacional | 36 |
| 1.2.2.1 Convenio 169 de la OIT | 36 |
| 1.2.2.2. Convenio sobre la Diversidad Biológica | 37 |
| 1.3. ACUERDOS NO VINCULATORIOS | 38 |
| 1.3.1 Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (ONU) | 38 |
| 1.3.2 Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (OEA) | 39 |
| 1.3.3 Los Acuerdos de San Andrés | 40 |
| 1.3.4 Ley COCOPA | 42 |
| 1.3.5 Proyecto de Ley Reglamentaria del artículo 4° constitucional | 44 |

**CAPÍTULO II
CONOCIMIENTO TRADICIONAL INDÍGENA Y RECURSOS NATURALES**

| | | |
|---------|--|----|
| 2.1 | CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL..... | 45 |
| 2.1.1 | Concepto y naturaleza jurídica del conocimiento tradicional | 45 |
| 2.1.2 | Papel del conocimiento tradicional de las comunidades y pueblos indígenas en el uso y conservación de los recursos naturales | 51 |
| 2.2 | PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL..... | 53 |
| 2.2.1 | Conocimiento Tradicional como patrimonio cultural inmaterial | 54 |
| 2.2.1.1 | Marco Internacional | 55 |
| | A) UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) | 55 |
| 2.2.1.2 | Marco Nacional | 57 |
| | A) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos | 57 |
| | B) Ley Federal de Monumentos y Zonas Arqueológicas | 58 |
| | C) Leyes estatales sobre patrimonio cultural intangible: Baja California, Coahuila, Guanajuato y Nuevo León | 58 |
| 2.2.2 | Conocimiento Tradicional como saber colectivo | 60 |
| 2.2.2.1 | Marco internacional | 60 |
| | A) Convenio 169 de la OIT | 60 |
| | B) Convenio sobre la Diversidad Biológica | 60 |
| | C) Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) | 62 |
| 2.2.2.2 | Declaraciones internacionales | 63 |
| | A) Proyectos de Declaraciones sobre pueblos indígenas de la ONU y la OEA | 63 |
| | i) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (ONU) | 63 |
| | ii) Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas (OEA) | 64 |
| | B) Declaraciones realizadas por los pueblos indígenas | 65 |
| 2.2.2.3 | Marco nacional | 65 |
| | A) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos | 65 |
| | B) Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente | 66 |
| | C) Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable | 66 |
| | D) Ley General de Vida Silvestre | 67 |
| | E) Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca | 67 |
| | F) Ley de derechos, cultura y organización indígena del Estado de Quintana Roo | 68 |
| 2.2.2.4 | Documentos no vinculatorios | 68 |
| | A) Acuerdos de San Andrés | 68 |

CAPÍTULO III
DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS SOBRE
LOS RECURSOS GENÉTICOS Y BIOLÓGICOS.

| | |
|---|-----|
| 3.1. DERECHO DE LAS COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LOS RECURSOS GENÉTICOS _____ | 69 |
| 3.2. PROPIEDAD INTELECTUAL _____ | 70 |
| 3.2.1 Sistema de Patentes | 73 |
| 3.2.1.1. Concepto de patente | 74 |
| 3.2.1.2. Requisitos para la obtención de patentes | 75 |
| 3.2.1.3. Patentes sobre organismos vivos | 75 |
| 3.2.1.4. Marco Jurídico de las Patentes en México | 76 |
| 3.2.1.5. Organismos que regulan las patentes: IMPI y OMPI | 79 |
| A) Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) | 79 |
| B) Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) | 80 |
| 3.2.2 Patente y conocimiento tradicional | 81 |
| 3.2.2.1 Concepto de Biopiratería | 82 |
| 3.2.2.2. Casos de patentes y conocimiento tradicional | 84 |
| 3.2.2.3 Conflicto entre el sistema de patentes y la protección del conocimiento tradicional indígena | 86 |
| 3.3 PROPIEDAD INTELECTUAL INDIVIDUAL FRENTE A LA PROPIEDAD INTELECTUAL COLECTIVA _____ | 86 |
| 3.3.1 Creación de un sistema de propiedad intelectual <i>sui géneris</i> | 87 |
| 3.3.1.1 Alcances del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) | 88 |
| 3.3.1.2 Convenio 169 de la OIT | 88 |
| 3.3.1.3 Decisión Andina 391 y 486 de la Junta del Acuerdo de Cartagena | 89 |
| 3.3.1.4 Los Caso de Costa Rica, Filipinas, Perú y Panamá | 90 |
| A) Costa Rica | 90 |
| B) Filipinas | 92 |
| C) Perú | 93 |
| D) Panamá | 94 |
| 3.3.1.5 Propuestas del Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore | 95 |
| 3.4. ACCESO EQUITATIVO A LOS BENEFICIOS _____ | 98 |
| 3.4.1 Convenio sobre la Diversidad Biológica | 98 |
| 3.4.2 Directrices de Bonn | 98 |
| 3.4.3 Convenio 169 de la OIT | 102 |
| 3.4.4 Experiencias de otros países | 103 |
| A) Perú | 103 |
| B) Filipinas | 103 |
| C) Costa Rica | 103 |

| | | |
|------|---|-----|
| 3.5. | IMPORTANCIA DE QUE MÉXICO CUENTE CON UN MARCO JURÍDICO RESPECTO AL ACCESO DE LOS RECURSOS NATURALES, GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL | 104 |
|------|---|-----|

**CAPÍTULO IV
PROPUESTA SOBRE UN MARCO JURÍDICO DE ACCESO A LOS RECURSOS NATURALES, GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL.**

| | | |
|----------|--|-----|
| 4.1. | PROPUESTAS DE PROTECCIÓN | 106 |
| 4.1.1 | Protección de la biodiversidad.- A) conservación <i>ex situ</i> : bancos de germoplasma y jardines botánicos. B) conservación <i>in situ</i> : áreas naturales protegidas. | 106 |
| 4.1.1.1 | Conservación <i>ex situ</i> | 106 |
| | A) Banco de germoplasma | 107 |
| | B) Jardín botánico | 109 |
| 4.1.1.2 | Conservación <i>in situ</i> | 109 |
| | A) Áreas Naturales Protegidas | 110 |
| 4.1.2 | Protección del conocimiento tradicional y los recursos genéticos en el régimen de propiedad intelectual: marcas, secreto industrial, patentes <i>sui generis</i> , contratos sobre uso de la biodiversidad y otros contratos | 111 |
| 4.1.3 | Análisis del Proyecto de Iniciativa de Ley para el Acceso y Aprovechamiento de los Recursos Genéticos | 116 |
| 4.1.4 | Análisis de las iniciativas de Ley sobre el Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas | 119 |
| | A) Proyecto de Iniciativa de Ley General de Protección al Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas, presentada por el Senador Francisco Fraile García | 120 |
| | B) Proyecto de Iniciativa de Ley General de Protección a los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas, presentada por el Diputado Ángel Paulino Canul Pacab | 123 |
| 4.2. | PROPUESTA SOBRE EL DERECHO DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES (BIOLÓGICOS, GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL), DESDE EL DERECHO INDÍGENA | 125 |
| 4.2.1. | Propuesta sobre el derecho de los pueblos y comunidades indígenas sobre sus recursos naturales, desde el derecho indígena | 125 |
| 4.2.1.1. | Sujetos titulares del derecho | 126 |
| 4.2.1.2. | Reconocimiento de las tierras y territorios indígenas | 129 |
| 4.2.1.3. | Reconocimiento de un derecho ambiental indígena | 130 |
| 4.2.1.4. | Patrimonio de los pueblos y comunidades indígenas asociado a los recursos naturales | 135 |
| 4.2.1.5. | Derecho a la consulta y participación en las decisiones sobre los recursos naturales de sus tierras y territorios | 137 |

| | | |
|---|-------|-----|
| CONCLUSIONES | _____ | 139 |
| BIBLIOGRAFÍA | _____ | 142 |
| HEMEROGRAFÍA | _____ | 145 |
| OTRAS FUENTES | _____ | 146 |
| REFERENCIAS ELECTRÓNICAS | _____ | 150 |
| ANEXO I | | |
| Proyecto de Decreto de la Ley para el Acceso y Aprovechamiento de los Recursos Genéticos. | _____ | 151 |
| ANEXO II | | |
| A. Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Protección al Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas del Senador Francisco Fraile. | _____ | 175 |
| B. Proyecto de Iniciativa de la Ley General de Protección a los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas; y de reformas y adiciones a diversos artículos de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, suscrita por el Diputado Ángel Paulino Canul Pacab | _____ | 183 |

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se integra por cuatro capítulos y dos anexos, los cuales pretenden establecer la importancia de que México cuente con un marco jurídico que proteja el acceso a los recursos naturales, genéticos y el conocimiento tradicional que poseen las comunidades indígenas, fundamentadas en el reconocimiento del derecho colectivo y el derecho indígena.

El capítulo primero, titulado el "Derecho de las comunidades indígenas o locales sobre los recursos naturales de su territorio", se subdivide en dos apartados importantes. La primera parte pretende delimitar los conceptos más importantes para el desarrollo del presente trabajo, ya que algunos aún no encuentran un consenso en la teoría del derecho, ejemplo de ello son el derecho colectivo y el derecho indígena. Sin embargo, al ser paradigmas que están revolucionando la forma de concebir y aplicar el derecho, consideramos necesario establecer una posición al respecto.

Así, el derecho colectivo es aquél que protege el derecho de diversos grupos, clases o categorías, siendo un factor común la identidad cultural, por lo tanto, los titulares del derecho colectivo pueden ser los pueblos o comunidades indígenas. Con base en los derechos colectivos, se sustenta la validez del Derecho Indígena como un conjunto de normas jurídicas, instituciones, procedimientos y autoridades que permiten la cohesión y estabilidad de las comunidades indígenas.

Además, se incluyen los conceptos pueblo y comunidad indígena, territorio, tierras, hábitat, recursos naturales, biológicos, genéticos y la diversidad biológica, estableciendo la diferencia entre cada uno de ellos.

En la segunda parte del primer capítulo se hace una breve reseña histórica de los principales ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales que han incorporado en sus textos el derecho de las comunidades o pueblos indígenas para acceder a los recursos naturales de sus tierras.

El acceso a los recursos naturales por los pueblos y comunidades indígenas está vinculado con otros temas que en nuestros días se están analizando en foros internacionales y, en menor grado, en foros nacionales, por lo tanto, en los siguientes capítulos analizamos la importancia del conocimiento tradicional y los derechos sobre los recursos biológicos y genéticos para los pueblos indígenas.

Así, en el segundo capítulo, denominado "Conocimiento tradicional indígena y recursos naturales", se analiza la importancia del conocimiento tradicional ligado al aprovechamiento de la biodiversidad.

Examinamos los instrumentos jurídicos que han establecido al conocimiento tradicional como patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas, así

como las últimas posiciones que consideran a este conocimiento dentro de los derechos de propiedad intelectual.

Destacando que el conocimiento tradicional es de naturaleza colectiva, por lo cual requiere de una regulación *sui generis*, que garantice el derecho de los pueblos y comunidades indígenas.

De esta forma, el tercer capítulo, denominado "Derecho de las comunidades indígenas sobre los recursos genéticos y biológicos", pretende establecer que el debate del acceso a los recursos naturales incluye a los recursos genéticos y biológicos; por lo tanto, esto plantea un conflicto más para el marco jurídico actual.

En este capítulo, se plantea primero algunas de las confrontaciones que existen entre el sistema de propiedad intelectual y el conocimiento tradicional relacionado al aprovechamiento de los recursos naturales, sobresaliendo el conflicto con el sistema de patentes. Por ello, se analiza el funcionamiento del sistema de patentes en el ámbito nacional e internacional relacionado a los recursos genéticos y biológicos.

En este capítulo, también se destaca la importancia de las prácticas de bioprospección, ya que actualmente los pueblos indígenas las consideran como actividades que roban el conocimiento tradicional y la biodiversidad de su tierras y territorios para ser patentado, obteniendo beneficios que no favorecen a los Estados ni a los pueblos y comunidades indígenas.

Por ello, se analizan las posiciones respecto al tema dentro de los grupos de trabajo de la UNESCO y del Convenio sobre la Diversidad Biológica, siendo de gran relevancia la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (a través del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore), ya que está impulsando la discusión del conocimiento tradicional y la propiedad intelectual en el ámbito internacional.

Al considerar que faltan mecanismos jurídicos que garanticen la protección de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad para los pueblos y comunidades indígenas, se plantea la necesidad de crear un sistema *sui generis*, de carácter preventivo o positivo. Esto es, un sistema *sui generis* puede impedir que terceros hagan valer o adquieran derechos sobre estos temas o crear modelos nacionales diferentes a los establecidos hasta ahora, considerando el acceso equitativo a los beneficios para los pueblos o comunidades indígenas.

Finalmente, el cuarto capítulo, intitulado "Propuesta sobre un marco de acceso a recursos naturales, genéticos y conocimiento tradicional", destaca que los actuales mecanismos de protección de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales relacionados a los pueblos indígenas, se basan en un derecho individual, el cual no garantiza la protección del derecho colectivo de los pueblos y las comunidades indígenas.

Por lo tanto, se requiere crear una propuesta jurídica basada en el Derecho Indígena que contemple los siguientes aspectos:

- a) El reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos colectivos.
- b) Establecer como espacios diferenciados a las tierras y territorios indígenas.
- c) Reconocer la validez de un derecho ambiental indígena.
- d) Protección del patrimonio intelectual y cultural de las comunidades indígenas.
- e) La participación y consulta de las comunidades indígenas por el Estado y los particulares, para la toma de decisiones que afecten los recursos naturales de las tierras y territorios indígenas.

De esta forma, se logrará establecer un marco jurídico plural que permita dar respuesta a los conflictos surgidos por las diferencias culturales en México, respetando y promoviendo las diferentes cosmovisiones que existen en nuestra nación.

CAPÍTULO I.- DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS O LOCALES SOBRE LOS RECURSOS NATURALES DE SU TERRITORIO.

1.1 CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.1.1. DERECHO COLECTIVO

Actualmente, existe una crisis del Estado-nación y su derecho, toda vez que el equilibrio que mantenía el orden jurídico moderno, sustentado en el reconocimiento y protección de los derechos individuales, está siendo cuestionado por el reconocimiento del derecho colectivo.

Los derechos individuales establecidos en las Constituciones modernas se han adaptado a la solución de conflictos colectivos, donde el titular del derecho no es una persona individual, surgiendo la ficción de la persona moral como titular del derecho subjetivo. Este tipo de reconocimiento confirma la aceptación de un derecho individual frente a la negación de la existencia de un derecho colectivo.

El derecho colectivo es un nuevo paradigma alrededor del cual están girado grandes conflictos de nuestro tiempo. Los Estados, las naciones, los pueblos, las organizaciones internacionales gubernamentales, las minorías, etc., son sujetos colectivos que afirman su personalidad diferenciada de los individuos que los integran y reivindican derechos colectivos frente a otros sujetos colectivos e incluso frente a los derechos individuales.

El derecho colectivo está siendo tema de debate, algunos sectores lo han concebido como estrictamente estatal, esto es, los conflictos respecto a derechos colectivos corresponden al campo de acción del Estado y, por lo tanto, al derecho público, por lo que se habla de un derecho colectivo sobre los bienes públicos. Dicha concepción parte del supuesto de la existencia de intereses individuales que convergen en un grupo, por lo que el conjunto de éstos es el fundamento de los derechos colectivos.

Otra postura dentro del derecho establece la existencia de los llamados derechos colectivos fuera del ámbito estatal y los diferencia de los llamados "derechos difusos"¹. Establece que la expresión "derechos colectivos" se refiere a una categoría de derechos distinta a la de los derechos individuales que está relacionada con la preservación de la identidad cultural y colectiva. Dichas normas tienen como principal característica el hecho de que su titularidad no es individualizada, es un "*derecho donde todos son sujetos del mismo derecho*"², esto

¹ Dentro de esta categoría encontramos al derecho ambiental y el derecho del consumidor.

² Mares, Carlos Federico. "Los indios y sus derechos invisibles", en Gómez, Magdalena (coordinadora). *Derecho Indígena*. INI-AMNU, México, 1997, pág. 156.

es, posee un sujeto colectivo con intereses propios distintos de los individuales. De esta forma, podría pensarse que no hablamos de un derecho propiamente, sino de un interés colectivo; sin embargo, los resultados que emanan de su ejercicio nos abren la posibilidad de hablar de un derecho colectivo distinto al derecho difuso y los derechos subjetivos.

Dentro de esta corriente, los derechos colectivos han sido considerados como parte de la tercera generación de los derechos humanos, la cual trascendió de una protección individual a la salvaguarda de derechos colectivos.

Es necesario determinar que el derecho colectivo se diferencia de los derechos humanos en tanto que no se refieren al derecho que tienen las minorías dentro de la teoría liberal, tal como lo señala Will Kymlicka, *"al intentar explicar la coexistencia de los derechos de las minorías con los derechos humanos, y sostener que dentro de los derechos subjetivos se deben reconocer derechos diferenciados en función a la pertenencia a un grupo."*³

Este autor, subraya que *"bajo los principios del liberalismo, teniendo como eje la libertad individual, sólo se puede afirmar la existencia de derechos para las minorías en la medida en que éstos sean compatibles con el respeto a la libertad o autonomía de los individuos."*⁴ Por lo tanto, los denominados derechos diferenciados para las minorías no contemplan el reconocimiento de las comunidades sobre los individuos, sino que se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes.

Esta segunda concepción, si bien reconoce la existencia de sujetos colectivos distintos al Estado, no reconoce la existencia de un derecho colectivo paralelo al derecho subjetivo, ya que el derecho colectivo se funda en el surgimiento de una cosmovisión distinta, en donde una lesión a un miembro del grupo constituye, *ipso facto*, una lesión a la colectividad entera; los defensores del derecho colectivo señalan que la argumentación que *"difiere con los defensores de derechos diferenciados se centra en el hecho de señalar no sólo la importancia que tiene un colectivo para la identidad personal, sino en sostener la existencia y legitimidad de los derechos colectivos no subordinados a los derechos individuales."*⁵

De esta forma, podemos señalar como características principales del derecho colectivo las siguientes:

1. El resultado de su acción es *erga omnes*. El derecho protegido surte efectos para todos los colectivos con iguales características, aun cuando no hayan realizado ninguna acción para reclamar dicho derecho.

³ Kymlicka, Will. *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Ed. Paidós, Barcelona, 1996, pág. 19.

⁴ Ídem.

⁵ Gidí, Antonio. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. Ed. Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003, págs. 32-33.

2. La titularidad pertenece a una colectividad de personas indeterminadas y determinables. Son indeterminadas en tanto que no pueden individualizarse, pero son determinables en la medida en que se puede identificar a los grupos, categorías, colectivos o clases que integran un Estado.
3. El ejercicio del derecho es indivisible. El derecho sólo puede ejercerlo la colectividad, nunca puede ejercerse de manera individual.
4. Son de naturaleza no patrimonial.
5. Es inalienable, imprescriptible, inembargable e intransferible.
6. Su origen se encuentra en una relación jurídica contenida en una norma escrita o consuetudinaria del colectivo.
7. El fundamento axiológico de los derechos colectivos se basa en los elementos de conservación de una comunidad, negando el interés particular de sus miembros.
8. El derecho colectivo reconoce la existencia de un pluralismo jurídico en donde se incluyen los derechos subjetivos.

Vernon Van Dyke,⁶ uno de los primeros autores que defendió la existencia de los derechos colectivos, sostiene que las comunidades étnicas, al igual que los Estados o Naciones, reúnen los criterios suficientes para ser consideradas entidades titulares de derechos colectivos y no meramente de derechos jurídicos como los tienen las corporaciones o sociedades mercantiles.

Por otra parte, León Olivé afirma que "*los derechos colectivos son derechos que los individuos disfrutan en virtud de su pertenencia a un grupo*".⁷ De tal forma que los derechos colectivos encuentran uno de sus sustentos en la existencia de grupos sociales unidos por lazos de identidad cultural, como las comunidades y pueblos indígenas, sin negar que estos derechos colectivos pueden pertenecer a diferentes grupos, categorías o clases.

Ahora bien, la pregunta es: ¿Quiénes son los titulares de los derechos colectivos? ¿Acaso son las Naciones, los ciudadanos, las minorías religiosas, los pueblos o las etnias? La respuesta más lógica es afirmar que el titular de la acción en el derecho colectivo, lo son todos, de forma indistinta; sin embargo, esto no ayuda a delimitar al sujeto titular del derecho colectivo para el presente trabajo, por lo que es necesario explicar al sujeto titular de los derechos colectivos:

⁶ Van Dyke, Vernon. **Human Rights, Ethnicity and Discrimination**. Ed. Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1985, págs. 14-15.

⁷ Olivé, León. **Multiculturalismo y Pluralismo**. Ed. Paidós-UNAM, México, 1999, págs. 92-93.

| | DERECHO DIFUSO | DERECHO COLECTIVO | DERECHO INDIVIDUAL |
|-----------------------------------|--|--|---|
| ELEMENTO SUBJETIVO (titularidad) | Comunidad formada por personas indeterminadas e indeterminables. | Colectividad de personas indeterminadas, pero determinables en grupos, categorías y clases. | Comunidad de personas perfectamente individualizadas y determinables. |
| ELEMENTO OBJETIVO (divisibilidad) | Es un derecho indivisible. | Es un derecho indivisible. | Es un derecho divisible. |
| ORIGEN (derecho material) | Las personas que integran al titular del derecho no están unidas jurídicamente. Se unen por un acto que les afecta en común. Protege el derecho de las comunidades no organizadas. | La relación de las personas integrantes de la colectividad nace de una relación jurídica contenida en una norma escrita o consuetudinaria. Presupone la existencia de una organización definida. | Surge cuando las normas jurídicas reconocen o confieren expresamente un conjunto de derechos o prerrogativas a los individuos. Protege al individuo reconocido en la ley. |

Si determinamos que el derecho colectivo es aquél que protege el derecho de diversos grupos, clases o categorías, siendo un factor común la identidad cultural, tenemos entonces que uno de los titulares del derecho colectivo son los grupos indígenas. De esta forma, podemos hablar de un derecho colectivo en sentido amplio y otro restringido respecto a estos grupos.

En sentido amplio, podemos decir que es un "*derecho a la sociodiversidad, esto es, la libertad de las Naciones de construir su identidad. En un sentido restringido, nos referimos al derecho de biodiversidad, entendida como la facultad de los pueblos indígenas para conservar su forma cultural*".⁸ Así, en los pueblos indígenas, se concibe al hombre no sólo como individuo, sino como conjunto. En este sentido, los derechos son comunitarios o colectivos (polisubjetivos); de ahí que se reconozca la existencia del derecho indígena como parte del llamado derecho colectivo y, por lo tanto, como parte del pluralismo jurídico de un Estado.

⁸ Mares, Carlos Federico. Ob. cit., pág. 158.

1.1.2. DERECHO INDÍGENA

Desde la Ilustración y la Revolución Francesa heredamos una doctrina liberal que se funda en el respeto de los derechos de los individuos, específicamente en la persona. El nacimiento de los derechos individuales con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, sólo reconoció a los individuos como dotados de capacidad para ser titulares de derechos como la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión y la igualdad, concretamente ante la ley y la justicia. Esta idea predominó desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial.

Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial surgieron varios documentos jurídicos de derecho internacional para proteger los derechos individuales, el más importante es la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*. Asimismo, apareció un nuevo concepto: *el derecho de las minorías*, producto del reclamo de grupos étnicos que constituían una minoría frente a la población de los Estados, y que por tal motivo el uso de sus derechos no contaba con los mecanismos adecuados para su pleno ejercicio. Tales reclamos demostraron que era menester promover las condiciones necesarias para garantizar la observancia de los derechos de las minorías.

La Organización de las Naciones Unidas fue la primera en establecer una Subcomisión para la prevención de la Discriminación y la Defensa de los Derechos de las Minorías, logrando que se aprobara en el año de 1992 la *Declaración sobre los Derechos de las Personas que Pertenecen a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*, la cual define a las minorías como:

*"un grupo de ciudadanos de un Estado, en una minoría o en posición no dominante en ese Estado, dotados de características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las de la mayoría de la población, solidarios los unos de los otros, animados, aunque sea implícitamente, de una voluntad colectiva de supervivencia y que tiende a la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría."*⁹

Asimismo, esta Declaración garantiza el derecho de los miembros pertenecientes a las minorías para ejercer su propia vida cultural, religiosa y a emplear su propio idioma. Es decir, este instrumento internacional reconoce como titulares de tales derechos a los individuos en lo particular y no como grupos en sí; el derecho otorgado sigue siendo individual y no colectivo.

El reconocimiento de los derechos de las minorías por los Estados nacionales pronto mostró ser insuficiente para garantizar los derechos de los pueblos indígenas, sobre todo en aquellos lugares en donde siendo mayorías eran tratadas

⁹ "Declaración sobre los Derechos de las Personas que pertenecen a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüística", aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 47/135 de 18 de diciembre de 1992, par. 181.

como minorías.¹⁰ Fue el momento en el cual se dio un salto en la historia del derecho y se comenzó a hablar de derechos colectivos como diferentes a los de los Estados y de los individuos; surgió entonces un nuevo concepto, el Derecho Indígena. Y un nuevo sujeto de derecho, el pueblo indígena.

Actualmente, aún no logra establecerse un concepto general del Derecho Indígena, el debate contemporáneo discute la validez de estas normas desde diversos enfoques. De tal forma que al hablar de derecho indígena, nos encontramos con planteamientos en pro y en contra de su existencia jurídica, los que se adhieren a la segunda postura se basan en una teoría monista del derecho y consideran como normas jurídicas únicamente las producidas por el Estado. Por el contrario, los defensores de la existencia del Derecho Indígena, parten de una teoría pluralista que propone que, a la par del Estado, existen otras instituciones creadoras de normas jurídicas como lo son la familia, la iglesia, los sindicatos, las asociaciones, las comunidades indígenas, entre otras.

La validez de las normas jurídicas indígenas podemos fundamentarlas a partir de diversas posturas ideológicas o corrientes avocadas al estudio del Derecho Indígena. Sin embargo, en la presente investigación se parte desde una perspectiva del pluralismo jurídico, tomando los elementos de reconocimiento del derecho positivo.

En nuestro derecho positivo, la existencia del Derecho Indígena es totalmente válida, el principal fundamento jurídico se encuentra en el artículo 2º, fracción II, de la Constitución Mexicana, que reconoce de manera incipiente la existencia de sistemas normativos diferentes a los emitidos por el Estado.

Dentro de la conformación del Estado nacional mexicano, los indígenas fueron reconocidos como nacionales y ciudadanos, esto es, dentro del principio de igualdad, todos los habitantes del territorio mexicano gozaban de los derechos otorgados por la Constitución, por lo tanto, los indígenas entraban en este ámbito. Este primer reconocimiento no era en razón de su diferencia cultural, obedecía a la lógica de homogenización de los Estados nacionales, que excluía la posibilidad de construir una Nación Pluricultural.

El primer reconocimiento específico de los derechos indígenas en México lo encontramos en la firma y ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes de 1991. Posteriormente, con la reforma constitucional de 1992 al artículo 4º, actualmente el artículo 2º,¹¹ reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas. Asimismo, garantiza el ejercicio de la autonomía para

¹⁰ Tal es el caso de países como Guatemala que tiene más del 50% de población indígena, o Ecuador en donde 45% de su población es indígena.

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reforma del Art. 2º, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 2001.

aplicar sus propios sistemas normativos en los conflictos internos y elección de autoridades, bajo cuatro condiciones:

- a) *Que se sujete a los principios generales de la Constitución.*
- b) *Respetar las garantías individuales.*
- c) *Observar los derechos humanos.*
- d) *Respetar la dignidad e integridad de las mujeres.*

A pesar de estar reconocidos los derechos indígenas, no existen leyes reglamentarias que prevean los procedimientos y sanciones específicas para quien no respete a las instituciones y normas indígenas.

Por otra parte, encontramos en el marco internacional el Convenio 169 sobre "Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes" de la Organización Internacional del Trabajo,¹² que establece los siguientes principios básicos:

- I. *Respeto a las culturas, formas de vida y de organización e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas y tribales.*
- II. *Participación y consulta efectiva de los pueblos interesados en las decisiones que les afecten.*
- III. *Establecimiento de mecanismos adecuados y procedimientos para dar cumplimiento al convenio de acuerdo con las condiciones de cada país.*

De esta forma, se obliga a los Estados frente a los pueblos indígenas a establecer mecanismos de protección contra la violación de sus derechos y la implementación de mecanismos legales para asegurar su ejercicio efectivo. El Convenio 169 de la OIT es el instrumento legal más completo que se tiene hasta el momento en cuanto al reconocimiento de los derechos indígenas.

Sin embargo, a pesar de la existencia de estos instrumentos jurídicos vigentes que reconocen la existencia de un derecho indígena, éstos no han logrado consolidar su eficacia ante la falta de mecanismos jurídico-procesales que permitan su ejercicio efectivo en la práctica cotidiana.

Si bien el enfoque positivista para el estudio del derecho indígena, nos ayuda a encontrar los fundamentos legales de validez para hablar del Derecho Indígena, niega la vigencia de la coexistencia de dos sistemas jurídicos diferentes dentro de un mismo territorio, ya que sólo acepta como válida la norma que emana del Estado; de ahí que los derechos indígenas sólo existan para esta corriente en tanto que son reconocidos por una norma estatal.

Desde la perspectiva del pluralismo jurídico, el derecho indígena no es ni fuente del derecho ni una forma atrasada de éste, es un sistema jurídico con categorías

¹² Aprobado en la OIT en 1989, fue ratificado por México el 11 de julio de 1990 y publicado en el Diario Oficial de la Federación 24 de enero 1991, siendo nuestro país el segundo en ratificarlo.

propias y una precisión de acuerdo a los patrones culturales diferenciados. Para la comprensión del derecho consuetudinario, Rodolfo Stavenhagen propone el *"estudio de caso en su funcionamiento real y concreto como recurso metodológico para desentrañar las normas y reglas jurídicas no solamente como enunciados sino como elementos vivos y dinámicos del derecho"*¹³, es decir, el llamado Derecho Indígena surge de una práctica cotidiana y el reconocimiento colectivo por parte de la comunidad.

Por tal motivo, es importante emplear los argumentos de la teoría del pluralismo jurídico, sobre todo si reflexionamos que los pueblos y comunidades indígenas son sujetos de derechos colectivos que cuentan con un sistema de organización comunitaria en el que ejercen su autonomía.

El pluralismo jurídico, como nuevo paradigma jurídico, plantea que existen diferentes formas de organizar la vida comunitaria, le interesa explicar la diversidad de maneras de ver la organización social regida por el derecho estatal. Se argumenta que al interior de la sociedad, el derecho estatal no es el único instrumento de regulación, ya que existen otros sistemas normativos que crean los diferentes órganos no estatales y que pueden estar o no escritos, se analizan dos niveles de normas: uno estatal y otro no estatal.

El análisis del nivel estatal considera que el derecho debe aplicarse y analizarse de diferentes maneras, según la materia: civil, penal, administrativo, internacional, etc., esto es, un derecho producido por los órganos competentes del Estado. En el estudio a nivel no estatal, estima que fuera del derecho estatal existen ciertos espacios auto-reproductores de reglas, como las reglas creadas en los partidos políticos, los sindicatos, la familia, las asociaciones religiosas, las fuerzas armadas, las universidades, las empresas, las comunidades indígenas, entre otras.

Sin embargo, el pluralismo jurídico se caracteriza por dos elementos básicos:

- a) Productores: son los sujetos que producen el derecho, y
- b) Los productos: se generan con este derecho, reflejados en la estructuración del Estado, la sociedad y el derecho.

Encontramos que dentro de un pluralismo jurídico los productores son los órganos del Estado, junto con los diversos grupos nacionales y étnicos que integran el Estado, teniendo ello como resultado una estructura incluyente en la conformación política de los órganos de gobierno, una sociedad pluricultural y la existencia de un pluralismo jurídico.

¹³ Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (Coordinadores). **Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina**. Ed. Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990, pág. 25.

Bajo este esquema, es válido hablar de la existencia de un Derecho Indígena dentro del territorio mexicano que se desarrolla de forma paralela al derecho positivo actual, pero el cual aún no logra ser integrado por completo al derecho positivo, ya que las comunidades y pueblos indígenas no son partícipes en la generación de las normas que regulan la actividad estatal.

Sin embargo, para entender el Derecho Indígena es necesario recurrir a estudios de antropología jurídica en donde se documenta la existencia de normas, procedimientos, instituciones y autoridades para regular la conducta externa de los miembros de una comunidad y la resolución de los conflictos internos.

La antropología jurídica ha descrito la existencia de un derecho consuetudinario dentro de las comunidades indígenas, el cual se basa en el respeto a las reglas que permiten la subsistencia de la colectividad. Siendo esto un sistema integrado por reglas, instituciones y autoridades claramente definidas y aceptadas por todos los miembros de la comunidad.

El Derecho Indígena es entonces paralelo a la existencia de un derecho estatal, Bartolomé Clavero nos refiere al respecto que *"el derecho de un pueblo que no forma Estado se sitúa, sin necesidad de constituirlo, a un nivel equivalente al estatal y no a otro por muy comunitario que también sea"*¹⁴, ello se debe a que este derecho, como derecho colectivo, establece reglas de identificación cultural que comprenden un territorio, procedimientos, instituciones y autoridades tradicionales con una jurisdicción, todo ello como parte de una expresión cultural; luego entonces, podemos considerar también al derecho como una manifestación cultural de cada pueblo, por lo tanto, el derecho positivo como el derecho indígena son manifestaciones culturales de dos cosmovisiones diferentes de entender la realidad, las cuales coexisten y son eficaces dentro de un mismo territorio.

El Derecho Indígena como parte cultural de una nación es un sistema normativo en constante evolución, ya que se adapta al pensamiento, organización política, formas de socialización y control del territorio que establece cada pueblo en determinada época.

El reconocimiento de la existencia del Derecho Indígena ha sido aceptado dentro de nuestro derecho positivo, mas no se ha logrado establecer una conclusión clara respecto a lo que se entiende por derecho indígena. Sin embargo, es necesario precisar el concepto de derecho indígena que se utilizará a lo largo del presente trabajo.

Rodolfo Stavenhagen se refiere al derecho consuetudinario como *"el conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distintas del derecho positivo vigente en un país determinado."*¹⁵

¹⁴ Clavero, Bartolomé. **Derecho indígena y cultura constitucional en América**. Ed. Siglo XXI, México, 1994. pág. 120.

¹⁵ Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde Diego. Ob. cit., pág. 29.

Alberto Padilla opina al respecto que *"el derecho consuetudinario indígena es el ordenamiento jurídico que nace espontáneamente en el seno de un conglomerado social determinado y se caracteriza por tener un grado de eficacia mayor que el del derecho positivo. Se trata de un derecho social por excelencia"*.¹⁶

Así, desde la óptica jurídica, el derecho consuetudinario es el que nace de la costumbre, es decir, por el uso reiterado que una sociedad considera obligatorio.

En este sentido, García Máñez nos explica que existen tres formas de derecho consuetudinario:

"1. - Derecho consuetudinario delegante, el cual surge cuando por medio de una norma no escrita se autoriza a una determinada instancia para crear derecho escrito, tal es el caso del nacimiento de nuestro sistema positivo.

2. - Derecho consuetudinario delegado, se presenta en aquellos casos en los cuales la ley escrita nos remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias, tal como sucede dentro de nuestro sistema jurídico en el derecho civil, agrario o mercantil.

*3. - Finalmente, encontramos un Derecho consuetudinario derogatorio, en el cual la costumbre se desenvuelve en ocasiones incluso en contra de los textos legales, y que pese a que se niegue por parte del legislador, tal sistema normativo es plenamente válido para el grupo social que lo respeta."*¹⁷

El derecho indígena puede estar enmarcado dentro de los dos últimos supuestos, ya que algunas normas vigentes reconocen la aplicación de las prácticas consuetudinarias dentro de los procedimientos; pero, además, encontramos un sistema normativo que es totalmente válido para los pueblos y comunidades indígenas, aún antes de que el Estado las reconozca.

Las normas de conducta utilizadas por los pueblos y comunidades indígenas cumplen con los dos elementos fundamentales de la costumbre jurídica: el carácter objetivo o llamada *"inveterata consuetudo"*, consistente en la práctica constante y prolongada de un determinado proceder, y el segundo de carácter subjetivo, la *"opinio iuris seu necessitatis"* que se caracteriza por la convicción existente de que dicha práctica es obligatoria y puede ser impuesta por la autoridad, en este caso la tradicional.

Por lo tanto, la llamada costumbre jurídica de los pueblos indígenas, podemos reconocerla como sistemas jurídicos consuetudinarios.

¹⁶ Padilla, Luis Alberto. "La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala", en Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego. (Coordinadores). Ob. cit. pág. 264.

¹⁷ García Máñez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa, México, 1970, págs. 64-65.

Como Derecho Indígena, la Dra. Elia Avendaño Villafuerte sostiene que son *"las normas que regulan el orden de una comunidad dentro de su ámbito local de competencia, dan contenido al derecho consuetudinario indígena integrado por el conjunto de normas formadas a través de la tradición y la costumbre de un pueblo indígena que constituyen las reglas de organización al interior de una comunidad social, basada en el consentimiento personal que genera su acatamiento eficaz."*¹⁸

Sin embargo, nos dice esta autora, *"es importante reconocer que dentro de la comunidad no sólo se rigen por las normas emitidas por autoridades tradicionales, sino que hay factores externos que están influyendo en las relaciones sociales. De tal forma que entendemos que el derecho indígena se integra con la interrelación de dos sistemas normativos: el interno de una comunidad y el externo del Estado en donde se encuentra ubicado su territorio, esto se explica en tanto que existe una adecuación de determinadas normas del sistema jurídico estatal a las situaciones particulares del pueblo indígena y de las relaciones de éste con el Estado."*¹⁹

Para el presente trabajo, entenderemos al Derecho Indígena como un derecho colectivo, que se integra por el conjunto de normas, instituciones, procedimientos y autoridades formadas por la tradición y la costumbre de los pueblos indígenas (sistemas normativos indígenas), por las relaciones de éstos con el Estado y las normas positivas que reconocen su existencia, teniendo como sujetos de derecho al pueblo y comunidad indígena, y que convive paralelamente al derecho nacional.

1.1.3. PUEBLO INDÍGENA Y COMUNIDAD INDÍGENA

A) PUEBLO INDÍGENA

El concepto pueblo, del latín *populus*, tiene diversas acepciones, según el enfoque que se maneje (geográfico, demográfico, sociológico, político o jurídico).

Desde una perspectiva sociológica, *"pueblo se identifica con nación, como el conjunto de seres unidos por un sentimiento de pertenencia nacional, dicho sentimiento se funda en una pluralidad de factores entre lo más significativos son la afinidad racial, la comunidad de cultura y la comunidad de destino político"*.²⁰ Este concepto no concuerda con el de pueblo sometido al poder de un Estado, dando origen al problema de las minorías nacionales, ya que no toda nación se forma de un Estado, pero es común identificarlos.

¹⁸ Avendaño Villafuerte, Elia. *Debate sobre la existencia del derecho indígena*. Texto inédito, Universidad Autónoma de Chipas, México, 2002, pág. 4.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 11.

²⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. T. V. Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 916.

El Pueblo es entendido como el soporte de una cultura, ya que representa la esencia compuesta de las interacciones intelectuales y culturales de un conjunto humano. El pueblo es entonces el producto de los procesos de los individuos de un grupo, que genera una serie de "usos y costumbres sociales orgánicos" aceptados por los miembros de esa sociedad.

Desde el punto de vista jurídico, el pueblo es un elemento del Estado. Jellinek afirma que el concepto "*pueblo es tanto sujeto como objeto de la actividad estatal. Produciéndose de esta manera una esfera de derecho público que permite al individuo tener una serie de derechos fundamentales ante el poder del Estado*".²¹

Por otra parte, Kelsen considera al pueblo "*como el conjunto de seres humanos que residen en un territorio estatal considerado unitariamente*",²² en donde sólo puede existir un pueblo. Desde este enfoque positivista, advertimos que un individuo pertenece al pueblo de un Estado sólo si está incluido en el ámbito de validez del orden jurídico establecido, por lo tanto, no se puede pensar en la existencia de un pueblo dentro del pueblo.

Esta concepción de pueblo, no es la única, históricamente el concepto pueblo se usó por primera vez en la Carta de las Naciones Unidas, en su Artículo 2° establece como uno de los objetivos de los países que la integran "*fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al principio de libre determinación de los pueblos y tomar otras medidas para fomentar la paz universal*."²³

El sentido que se le da al pueblo en este documento internacional, es el de equipararlo a Nación y Estado.

Más tarde, en 1950, la Organización de las Naciones Unidas volvió a discutir los derechos de los pueblos como la autodeterminación, independencia y sus derechos sobre sus riquezas y recursos naturales.

En 1966, la ONU aprobó mediante la resolución 2200 (XXI), los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, en estos documentos se hace referencia a los pueblos como sujetos de derecho, sin embargo, no explica quiénes son o los integran.

En 1974, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y la Protección a las Minorías intentó definir el término Pueblo:

²¹ Jellinek, George. **Teoría General del Estado**. Ed. Continental, México, 1997, pág. 25.

²² Kelsen, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. Ed. Gernika, México, 1993, pág. 17.

²³ Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio en 1945 en San Francisco, Estados Unidos. Entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

- a) " (...) el término pueblo designa una entidad social que posee una identidad evidente y tiene características propias,
- b) Implica una relación con un territorio, incluso si el pueblo de que se trata ha sido injustamente expulsado de él y reemplazado artificialmente por otra población.
- c) El pueblo no se confunde con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya existencia y derechos se reconocen en el Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..."²⁴

Ésta fue la primera vez que se definió el término pueblo en el Derecho Internacional, equiparándolo con Nación y Estado. Otorgándole al vocablo pueblo el sentido de Nación como Estado libre y soberano, categoría que no es atribuida a los pueblos indígenas.

Frente a la concepción de pueblo, como nación, tenemos que la palabra Nación proviene de latín *natio-onis*, que significa "conjunto de personas que tienen una tradición común, es la construcción del sentimiento nacional y la conciencia de un pasado común"²⁵. Este concepto es más amplio que el de Estado, ya que Nación abarca varios aspectos de la vida del hombre, en tanto que el Estado sólo se refiere a los órganos creadores y de aplicación del derecho. Además de entender a la nación no limitada a un territorio, sino arraigada a una identidad común.

De tal forma, podemos encontrar que existen naciones divididas en varios Estados y naciones diferentes reunidas en la estructura jurídico-política de un Estado. Es en este segundo presupuesto que se asume la existencia de un pueblo indígena o varios dentro de los Estados Unidos Mexicanos.

La polémica respecto al uso del vocablo "pueblos indígenas" se ubica en la Conferencia de Berlín sobre África, realizada de 1884 a 1885, la cual tenía como finalidad llegar a acuerdos entre las grandes potencias respecto al reconocimiento de las reivindicaciones territoriales de ese continente. El sentido que se le dio al término indígena, en esta conferencia, fue equipararlo al de raza.

Otros foros internacionales comenzaron a utilizar el concepto de pueblo indígena, por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas se refiere a pueblos indígenas como aquéllos que no han alcanzado todavía la plenitud de su gobierno, es decir, los que han sido colonizados. La Organización Internacional del Trabajo los consideró por un tiempo como poblaciones oprimidas que requerían de la protección de los Estados Nacionales.

Otros foros y documentos internacionales abordaron el tema sólo de manera tangencial; el debate sobre los pueblos indígenas comenzó a partir de 1957,

²⁴ Resolución 2 (XXVII) de 1974 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

²⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. T. IV. Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 472.

cuando la Organización Internacional del Trabajo aprobó el Convenio 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales.

En el año de 1975, se reunieron en Canadá diversas comisiones integradas por varios países que buscaban lograr el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Dos años más tarde, delegaciones de indígenas de setenta países se reunieron en Ginebra, en la Conferencia Internacional de Organismos No Gubernamentales sobre Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas en las Américas.²⁶ En este foro, los pueblos indígenas defendieron su derecho a ser pueblos y su derecho a la tierra, a la autodeterminación y la identidad cultural.

El paso decisivo en el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas dentro de los Estados Nacionales se dio en 1989 con la adopción del Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, el cual sustituyó al Convenio 107.

El Convenio 169 de la OIT define a las poblaciones indígenas:

Artículo 1°

1. El presente Convenio se aplica:

a)

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

²⁶ La Conferencia Internacional de las organizaciones no gubernamentales sobre discriminación contra las poblaciones indígenas en las Américas, realizado en el Palacio de las Naciones Unidas en Ginebra, Suiza, del 20 al 23 de septiembre de 1977.

De esta forma, el Convenio 169 establece el derecho de los pueblos indígenas dentro de los países independientes, admitiendo que la existencia de las poblaciones de los Estados nacionales se integra por individuos y por pueblos.

Además, se establece la diferencia entre el Estado y el pueblo, siendo el primero el soberano y el sujeto de derecho internacional que representa una nación, y el segundo como los colectivos que integran a ese Estado.

Nuestra Constitución Política define a los pueblos indígenas en el Art. 2º, párrafo segundo, *como aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...*

Se desprende así de este concepto, dos características importantes:

- A) Son aquéllos que descienden de poblaciones que habitaban el territorio antes de la conquista
- B) Conservan en su totalidad o en parte instituciones políticas, sociales, económicas y culturales diferentes a las nacionales.

Sin embargo, estos dos elementos no son los únicos que caracterizan a los pueblos indígenas, son los propios indígenas quienes deben complementar esta conceptualización.

Para los propios indígenas, el concepto de pueblo significa un sentimiento de arraigo, que comienza con la comunidad como vivencia más cercana, y que se ve reflejada en los lazos de identidad expresados por su idioma, historia, religión, forma de aprendizaje, su derecho, una cosmovisión y una voluntad de seguir unidos. Así, para los indígenas, el pueblo es la expresión del ser colectivo, que se refleja de forma más visible en la comunidad. Adelfo Regino, indígena mixe, dice que *"la noción de pueblo es un sentimiento que vivimos y defendemos con fuerza; de hecho con independencia de pertenecer a una y otra comunidad tenemos una manera común de nombrarnos en tanto pueblos. Por ejemplo, los mixes nos autodenominamos ayuuk ja 'ay."*²⁷

Así, percibimos que el concepto de pueblo indígena está ligado con la noción de existencia, el pueblo significa para los indígenas la posibilidad de saber que viven y que son parte de un colectivo, representa la dualidad pueblo-hombre.

Por lo tanto, esta forma de conceptualizar el vocablo pueblos indígenas nos ayuda a entender la cosmovisión de la cual parte el derecho indígena y porque se considera un derecho colectivo.

²⁷ Regino Montes, Adelfo. "La comunidad: raíz, pensamiento, acción y horizonte de los pueblos indígenas", en *Revista México Indígena*. Nueva Época, Vol. 1, núm. 2, noviembre 2002, publicación trimestral del Instituto Nacional Indigenista, México, pág. 8.

Luego entonces, el concepto de pueblo indígena debe entenderse no sólo como los habitantes originarios del país, los cuales conservan sus identidades culturales específicas, idiomas, territorios, sus propias instituciones y organizaciones sociales, económicas y políticas, que les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, sino también como la parte fundamental de identidad y existencia de los indígenas dentro del contexto nacional.

B) COMUNIDAD INDÍGENA

La comunidad indígena son aquellos asentamientos cuya población en su mayoría pertenece a uno o más pueblos indígenas y posee, en consecuencia, formas de vida, organización y expresiones culturales propias.

La comunidad es la célula primaria de los pueblos indígenas, es la expresión más cercana que se tiene; la comunidad, para los indígenas, se construye a partir de su estructura, de ahí se deriva la importancia de los mecanismos en la toma de decisiones por las asambleas o consejos.

Podemos decir que la comunidad es la forma consuetudinaria de organización local que permite el desarrollo cultural de los pueblos indígenas.

Jurídicamente, la comunidad es parte integrante de los pueblos indígenas, según lo establece el artículo 2º constitucional, cuarto párrafo, son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquéllas que fomen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

Nuestra Constitución reconoce a las comunidades indígenas como núcleos de población asentados en un territorio, con una unidad social, económica y cultural, y con autoridades nombradas bajo sus usos y costumbres.

A partir de la definición dada por nuestra Constitución, Floriberto Díaz, antropólogo mixe de Tlahuitoltepec y dirigente del movimiento indígena en Oaxaca, define la comunidad para los propios indios como:

- 1) *“un espacio territorial, demarcado y definido por la posesión,*
- 2) *una historia común, que circula de boca en boca y de una generación a otra,*
- 3) *una variante de la lengua del Pueblo, a partir de la cual identificamos nuestro idioma común,*
- 4) *una organización que define lo político, cultural, social, civil, económico y religioso,*
- 5) *un sistema comunitario de procuración y administración de justicia²⁸*

²⁸ Díaz, Floriberto. *Comunidad y Comunalidad*. documento inédito, INI, México, 1995, pág. 3.

Siendo ésta la visión de los pueblos indígenas respecto al significado de la comunidad, encontramos que uno de los principales ejes de lucha de los pueblos indígenas es lograr su reconocimiento como sujetos colectivos.

La comunidad considerada como el fundamento de los pueblos indígenas, requiere del reconocimiento jurídico para poder ejercer plenamente los derechos establecidos en la Constitución, sin embargo, la reciente reforma constitucional, no otorga la categoría de sujeto de derecho público a los pueblos o comunidades indígenas.

Una de las principales demandas indígenas se refiere al reconocimiento de la comunidad y pueblo indígena como sujetos de derecho público, en atención a su origen histórico, ya que no tiene como finalidad la satisfacción de intereses particulares sino la defensa de una colectividad.

En los llamados Acuerdos de San Andrés ²⁹ se propuso el reconocimiento de personalidad jurídica a los pueblos indígenas, ya que esto contribuiría al manejo de recursos públicos, les permitiría ser sujetos de derechos en los asuntos que les atañen, como realizar la planeación comunitaria de sus proyectos de desarrollo, asociarse con libertad a otras comunidades o municipios para promover proyectos comunes que fortalezcan los pueblos indígenas, otorgar presunción de legalidad y legitimidad a sus actos, definir representantes para la integración de los ayuntamientos, establecer y aplicar las disposiciones relativas a su gobierno interno, siendo la principal en caso de afectación de sus derechos poder oponer acciones ante terceros.

Sin embargo, la actual reforma constitucional sólo les otorga la categoría de entidades de interés público, según lo determina el último párrafo del apartado A del Artículo 2º, sujetando tal reconocimiento a las Constituciones locales de las Entidades Federativas.

Los pueblos indígenas demandan el reconocimiento de la comunidad como sujeto titular de derechos y obligaciones en el ámbito público, pero al ser consideradas como de interés público no son sujetos con derechos y obligaciones en el quehacer público, por lo tanto, carecen de personalidad jurídica para actuar ante los órganos del Estado en el ejercicio de sus derechos colectivos.

Así, la necesidad del reconocimiento al pueblo indígena, y en específico a las comunidades que lo integran, no es excluyente, sino complementario, no implica modificación al pacto federal, sino el reconocimiento de un Estado Multicultural, que garantice el efectivo ejercicio de los llamados derechos indígenas.

²⁹ Los Acuerdos de San Andrés firmados entre los representantes del Ejército Zapatista de Liberación Nacional y el Gobierno Federal el 16 de febrero de 1996, fueron los primeros acuerdos consensuados respecto al reconocimiento de los derechos y cultura indígenas, en nuestro país, entre el gobierno y los propios representantes indígenas.

De esta forma, la comunidad indígena es la forma de organización consuetudinaria de los pueblos indígenas integrada por una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

1.1.4. TERRITORIO, TIERRA Y HÁBITAT

En el aprovechamiento de los recursos naturales por los pueblos indígenas los conceptos de territorio, tierra y hábitat desempeñan una función importante, ya que representan el espacio en el cual se desarrolla la cultura creando un triple binomio entre el pueblo-hombre, vida-tierra y trabajo-téquio.

La relación de los pueblos y comunidades indígenas sólo puede entenderse a partir de la conceptualización de los vocablos territorio, tierra y hábitat, que son los espacios que le dan vida a la cultura indígena.

A) TERRITORIO

El territorio es un concepto clave en la delimitación y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Se refiere al espacio geográfico que se encuentra bajo la influencia histórico-cultural y el control político de un pueblo, lo que permite tomar decisiones sobre el conjunto de los recursos naturales para definir cómo se usan y cómo se dispone de ellos. Recordemos que estos pueblos poseen conocimientos ancestrales y que el territorio está asociado con su vida ritual, creencias, lugares sagrados; incluso su organización social se relaciona con la ocupación y distribución adecuada de los recursos naturales.

El territorio, en nuestro derecho positivo, es entendido como un elemento constitutivo del Estado, en el cual se delimita el espacio de validez de la norma.

Jurídicamente, el territorio *"se entiende como un espacio tridimensional que tiene longitud, latitud y profundidad, esto es, se considera un espacio terrestre, aéreo y subsuelo."*³⁰

El numeral 2, del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, define que la utilización del término tierras deberá incluir el concepto de territorios como "lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera". Así, la propiedad y posesión se refiere, por lo tanto, a las tierras y no al territorio; ocupación y utilización se usan como sinónimo de uso y disfrute de las tierras, sin embargo, no logra englobar el significado del territorio

³⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. T. VI. Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 672.

desde la perspectiva de los derechos colectivos, ya que el territorio comprende no sólo el uso y disfrute de ésta.

La cosmovisión indígena (pese a las diferencias de matiz, según los diferentes grupos étnicos), contiene una visión integral del territorio a través de una estratificación y categorización tanto vertical como horizontal. En la dimensión vertical, conciben el territorio en varias capas, que aun cuando varían en su número podría esquematizarse en tres mundos: el mundo de arriba (lo celeste), el mundo del medio (lo terrenal) y el mundo de abajo (lo subterráneo), cada capa cumple una función específica y se conecta con el mundo del medio, que es la capa en la cual habitamos los seres humanos, donde existen las plantas y los animales.

El mundo del medio, a su vez tiene una forma de apropiación vertical basada en el conocimiento que tienen de los ecosistemas que habitan. Se reconoce una franja de altitud, según los pisos térmicos, las características del suelo y la consiguiente variedad de flora y fauna; en cada piso existe una complementariedad e interrelación. Otra forma de apropiarse del territorio por parte de los pueblos y comunidades indígenas tiene que ver con el simbolismo, de ahí que se reconozcan sitios sagrados o de diversos usos como la cacería, pesca, agricultura y vivienda.

Además de estas formas de caracterizar al territorio, existen diversas formas de clasificar los recursos del bosque, un ejemplo de ello es la forma como clasifican la fauna. Según los estratos de altitud (voladores, rameadores, de tierra y bajo tierra); según el hábitat (de rastrojo, cultivo y monte).

Para los pueblos indígenas, los elementos del territorio son gobernados por los espíritus que determinan la función que cada uno realiza, pero todos ellos están conectados entre sí. De ahí la dificultad para comprender el sistema jurídico positivo que parte de una fragmentación del universo.

De esta forma, podemos conceptualizar al territorio como las áreas de asentamiento de uno o más comunidades indígenas, que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales; siendo el espacio social, demográfico, ecológico y cultural fundamental para la existencia, así como el desarrollo de los pueblos indígenas. El territorio incluye el conjunto del sistema ecológico necesario para el desarrollo de estos pueblos que comprende un espacio tridimensional (aéreo, subsuelo y terrestre). Pero, además, el territorio debe entenderse como la forma en que viven su espacio los pueblos indígenas, el vínculo mediante el cual construyen su identidad cultural.

B) TIERRA

Desde el punto de vista de los indígenas, la tierra es la raíz, es el punto común de los individuos de la comunidad o el pueblo, la tierra da vida a la comunidad mediante el trabajo familiar y colectivo.

La tierra desde la cosmovisión indígena puede ser concebida en dos aspectos:

- a) Como un espacio material en donde se reproduce la vida cotidiana de los miembros de la comunidad, es el lugar en donde se trabaja y de donde se obtienen los alimentos, y
- b) Como el espacio espiritual, en tanto que en ella se encuentran las raíces de la cultura, en donde están los antepasados enterrados, es la madre que amamanta al nacer y acoge en la muerte. En este sentido, se concibe la tierra ligada al sentido de territorio.

La tierra representa para los pueblos indígenas el espacio de identidad colectiva, por lo tanto, no se concibe como una propiedad individual, sino como parte misma de la comunidad. Así encontramos que la tierra es parte fundamental de la comunidad, el pueblo indígena toma su esencia de las comunidades, el territorio y sus tierras.

Los indígenas mixes de Oaxaca, consideran a la tierra *"como la matriz de todos los demás derechos, la concepción de la tierra es integral y humanista, la tierra no es solamente suelo, la forman los animales y plantas, los ríos, las piedras, el aire y las aves, los seres humanos. La tierra tiene vida (...) nos da la existencia durante el rato que pasamos por este mundo y nos abre maternalmente sus entrañas para recogerlos haciéndonos parte integrante de ella nuevamente, con lo cual nutre la existencia de las generaciones venideras. La tierra como nuestra Madre no es susceptible de convertirse en propiedad privada..."*³¹

De esta forma, la idea de la expresión tierra desde la cosmovisión indígena difiere con la establecida en nuestro sistema jurídico, el cual la concibe como un bien dentro del comercio, susceptible de acuerdos comerciales.

La tierra en nuestro sistema jurídico positivo se concibe como un bien inmueble, sobre la cual se puede tener la propiedad privada. Pero para los pueblos indígenas la relación de la tierra con la comunidad es de posesión, no se trata de una propiedad privada sino colectiva; de ahí que surjan las diferencias dentro de la protección del sistema normativo positivo basado en la propiedad individual y las normas indígenas basadas en la propiedad colectiva. Por lo tanto, la tierra la entendemos como un elemento por el cual la comunidad obtiene su subsistencia y fortalece su identidad dentro de la vida comunitaria.

³¹ Declaración de Tlahuitoltepec, octubre de 1993.

C) HÁBITAT

Del latín *habitare* (habitar), comprende solamente el medio físico o geográfico, en el cual se encuentra una población determinada, ya sea flora, fauna o el mismo hombre, es una descripción del "domicilio" de los organismos, especie o asociación de especies.

Este concepto nos refiere sólo el medio en donde se realizan las principales actividades de un grupo o población, por lo tanto, lo entendemos equiparado al concepto de tierra, siendo limitado frente a la conceptualización del territorio

1.1.5. RECURSOS NATURALES: RECURSOS BIOLÓGICOS, GENÉTICOS Y DIVERSIDAD BIOLÓGICA.

Los recursos naturales son los elementos y fuerzas de la naturaleza que el hombre puede utilizar y aprovechar.

Estos recursos naturales representan, además, fuentes de riqueza para la actividad económica. Por ejemplo, los minerales, el suelo, los animales y las plantas constituyen recursos naturales que el hombre puede utilizar directamente como fuentes para esta explotación. De otra forma, los combustibles, el viento y el agua pueden ser utilizados como recursos naturales para la producción de energía. Pero el aprovechamiento de un recurso natural depende del conocimiento y la relación que el hombre tenga al respecto, así como de las condiciones que rigen la conservación del mismo.

De acuerdo a lo que establece la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, en su artículo 3°, fracción XXIX, se entiende por recurso natural el elemento natural susceptible de ser aprovechado en beneficio del hombre, entendiéndose como elemento natural los elementos físicos, químicos y biológicos que se presentan en un tiempo y espacio determinado sin la inducción del hombre.

Dentro de los recursos naturales, encontramos que los hay renovables y no renovables y dentro de éstos se comprenden los llamados recursos biológicos y genéticos.

Sin embargo, para los pueblos y comunidades indígenas los recursos naturales son concebidos como parte de su propia existencia, la interacción que tiene con su medio ambiente se caracteriza por la carga cultural establecida a partir de su cosmovisión como sujeto-colectivo, por lo tanto, los recursos naturales están relacionados con el ciclo vital de los miembros de la colectividad, considerándolos como sagrados y trascendentales inclusive para preservar su legado cultural; de ahí la necesidad de preservarlos para las generaciones futuras.

En la cosmovisión indígena, los recursos naturales son un todo inseparables, por lo que no se habla de recursos biológicos o genéticos. Siendo estos conceptos

manejados por nuestra cultura occidental, resulta importante definirlos para la presente investigación.

A) RECURSOS BIOLÓGICOS

Se entiende por recursos biológicos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

B) RECURSOS GENÉTICOS

Los recursos genéticos son la base de la permanencia de la humanidad, contienen el código de la vida, por ello se dice que la conservación, transformación y mejoramiento de estos recursos pueden ayudar a resolver los problemas del hambre y la pobreza en el mundo.

Se entiende por recursos genéticos todo el material de naturaleza biológica que contenga información genética de valor o utilidad real o potencial, dicho material puede ser conservado dentro o fuera de su hábitat natural o combinando ambas opciones.

C) DIVERSIDAD BIOLÓGICA

La diversidad biológica, también denominada biodiversidad, se define, según lo establecido en el Convenio de Diversidad Biológica y la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, como la variedad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas.

Esto se refiere a las diferencias que existen en cuanto a la *“forma, estructura, hábitos reproductivos, lugares de crecimiento, contenidos químicos, tipos de comportamiento, etc. de las especies de plantas y animales en un tiempo y espacio determinado.”*³² La diversidad biológica puede aumentar o disminuir por la influencia de los cambios geográficos, climáticos, topográficos o por el hombre, los cuales determinan la presencia o ausencia de las especies en un determinado lugar.

³² Rodarte, Ma. Elena. *Los Recursos Naturales de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre Diversidad Biológica*. 1ª ed., INI, México, 2002, pág. 19.

1.2. MARCO JURÍDICO DE ACCESO A LOS RECURSOS NATURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

1.2.1. MARCO JURÍDICO NACIONAL.

El reconocimiento del derecho de los pueblos y comunidades indígenas sobre sus recursos naturales, en México, es relativamente nuevo, a partir de la firma del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en 1990, posteriormente se ha incorporado este derecho a otras legislaciones nacionales.

Aún son pocos los instrumentos jurídicos que contemplan el derecho de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, a continuación analizaremos los más relevantes para nuestro estudio.

1.2.1.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la historia de la Constitución mexicana se ubica a partir de la consumación de la Independencia. El Acta Constitucional de la República Mexicana de 1824 estableció *"la facultad del congreso para organizar el comercio con las naciones extranjeras, los estados de la federación y las tribus de indios."*³³ En este sentido, se reconocen los derechos de protección en cuanto al comercio exclusivamente.

En los debates para la redacción de la Constitución de 1857, encontramos que el tema de los derechos para las comunidades indígenas resultó de gran relevancia nacional, sin embargo, asuntos como la separación de la Iglesia y el Estado o la propiedad de las tierras fueron argumentos que dejaron fuera el reconocimiento de los pueblos indígenas. Así, en la Constitución de 1857 los derechos indígenas se discutieron, pero no quedaron plasmados en el documento que consolidó al Estado Mexicano.

Al estallar la Revolución Mexicana en 1910, son varios los documentos políticos que surgen por parte de diversos grupos que se disputaban el poder³⁴, teniendo como punto común la devolución de las tierras a los indígenas y el establecimiento de los mecanismos de ejercicio para el poder local. Sin embargo, al concluir la revolución, las aspiraciones de los pueblos indígenas de ser reconocidos fueron nuevamente frenadas con la redacción que se adoptó en el artículo 27 de la

³³ Artículo 49, fracción XI, de la Primera Constitución Federal de México, promulgada el 4 de agosto de 1824.

³⁴ Entre los documentos más importantes de la época encontramos: El Programa del Partido Liberal Mexicano, el Plan de San Luis (del Partido Antirreleccionista de Francisco I. Madero), el Plan de Ayala (Del Ejército del Sur, comandado por Emiliano Zapata) y el Plan de Guadalupe (Del Ejército Constitucionalista).

Constitución de 1917, ya que sólo se reconoció la organización ejidal o comunal, excluyendo a las comunidades que no entraban en estas categorías. Como ya se mencionó, los indígenas quedaron reconocidos en tanto ciudadanos del Estado, pero no se contempló su diferencia cultural, otorgándose la propiedad de los recursos naturales a la Nación.

La reforma constitucional al artículo cuarto, en 1992, estableció, por vez primera, una referencia a la existencia de los pueblos indios. Reconoció sus derechos culturales, pero sin señalar los principios, relaciones e instituciones donde esos derechos debían materializarse, y relegando a leyes secundarias y de carácter local (inexistentes en muchos casos) su aplicación. La redacción al cuarto constitucional no contempló, por lo demás, demandas sustanciales como la autonomía (ejercicio de la libre determinación), o el derecho para acceder a los recursos naturales.

En el 2001 se aprobó una nueva reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena, en donde se reconocen derechos y obligaciones de los pueblos y comunidades indígenas sobre sus recursos naturales.

La fracción V del artículo 2º constitucional, establece la obligación que tienen los pueblos y comunidades indígenas para conservar y mejorar su hábitat, así como la preservación de sus tierras. En la fracción VI de este artículo, se establece el derecho preferente que tienen las comunidades sobre los recursos naturales, pero bajo 3 condiciones:

1. El acceso a los recursos naturales debe respetar las formas y modalidades de propiedad y tenencia establecidas en el Art. 27 constitucional.
2. Se debe respetar el derecho adquirido por terceros o por miembros de la comunidad.
3. Respetar aquéllos que sean áreas estratégicas.

Así mismo, el artículo 27 constitucional establece la obligación del Estado para proteger la integridad de las tierras de los grupos indígenas.

1.2.1.2 LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE

En México, los antecedentes de las disposiciones ambientales, podemos encontrarlos en los primeros años posrevolucionarios como consecuencia de la redacción al artículo 27 constitucional; sin embargo, estas leyes tenían una relevancia causal, es decir, su propósito no era ambiental pero incidía en él.

La creación del marco jurídico propiamente ambiental puede ubicarse a partir de 1972, año en el que se celebró la primera Conferencia de las Naciones Unidas

sobre Medio Ambiente, motivo por el cual nuestro país comenzó a legislar respecto a la materia.

La primera Ley para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental de 1971, fue abrogada en 1982 por la Ley Federal de Protección al Ambiente, cuyo objeto era establecer normas para la conservación, protección, preservación, restauración y mejoramiento del ambiente. Sin embargo, ninguna de ellas contempló el reconocimiento de los pueblos indígenas.

El 28 de enero de 1988 se publicó la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, la cual creó las bases de la política ambiental, pero los pueblos indígenas quedaron excluidos de su derecho para acceder a los recursos naturales.

El reconocimiento de los derechos indígenas dentro de la legislación ambiental lo encontramos en las reformas que se hicieron el 13 de diciembre 1996 a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, con la finalidad de adecuarla a la reforma realizada al artículo 4° constitucional que reconocía la existencia de los pueblos indígenas.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en el artículo 15, fracción XIII, establece los principios que debe observar el Estado en lo referente a la política ambiental, expedición de normas oficiales y demás instrumentos establecidos en la ley, siendo importante garantizar el derecho de las comunidades indígenas, en cuanto al uso, aprovechamiento, conservación y preservación de los recursos naturales y la preservación de la biodiversidad.

Así también la LGEEPA, reconoce el derecho que tienen las comunidades indígenas para administrar, aprovechar, usar, preservar y cuidar las áreas naturales protegidas, así como otros recursos naturales (Art. 18, Art. 20, Art. 47, Art. 56 Bis, Art. 58, fracción III, Art. 78, Art. 78 Bis, fracción IV, ente otros).

1.2.2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

1.2.2.1 CONVENIO 169 DE LA OIT

La Organización Internacional del Trabajo fue creada en 1919, al término de la Primera Guerra Mundial, cuando se reunió la Conferencia de la Paz, primero en París y luego en Versalles.

Esta organización fue de las primeras en establecer en el ámbito internacional los derechos de los pueblos indígenas. En 1957, aprobó el "Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales", el cual estableció, en su segunda parte, lo referente a las tierras, el derecho de las poblaciones indígenas para detentar la

propiedad de sus tierras, sin hacer referencia si ello implicaba también a los recursos naturales.

Posteriormente, en 1989, se crea un nuevo texto para el reconocimiento de los pueblos indígenas, abrogando de esta forma al Convenio 107. El nuevo instrumento jurídico se conoció como "Convenio 169 Sobre Pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes", el cual, en su segunda parte, reconoce el derecho de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales.

De acuerdo al artículo 13 de este Convenio, los Estados al aplicar dicho instrumento deben respetar la importancia de la tierra y territorios para los pueblos indígenas, así como la relación colectiva que exista con éstos.

El artículo 14 garantiza el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas, así como facilitar los medios adecuados para tener acceso a aquellas tierras que no sean de su propiedad, pero que resulten indispensables para su subsistencia o tradiciones

El artículo 15 legaliza el acceso a los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas, tales derechos comprenden su participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales; así mismo, es obligación del Estado consultar a los pueblos respecto de aquellas actividades de prospección o explotación de los recursos que pertenezcan a la Nación, pero que resulten nocivos para los pueblos indígenas.

1.2.2.2. CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

El Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), en 1987, reconoció la necesidad de incrementar y encauzar los esfuerzos internacionales para proteger la diversidad biológica. Creó para ello un Grupo de Trabajo que investigara la conveniencia de elaborar un convenio de carácter general y la forma que podría implementarse, con el fin de racionalizar las actividades respecto a esta materia, así como abordar otras áreas que corresponderían al ámbito de aplicación de dicho convenio.

En 1990, el Grupo de Trabajo concluyó que se necesitaba un tratado global sobre la conservación de la diversidad biológica. La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza realizó un aporte a través de las propuestas elaboradas por la Comisión de Derecho Ambiental y el Centro Ambiental de la UICN, con la colaboración del Grupo Asesor de Conjunto sobre Plantas de UICN/WWF; estas propuestas, junto con las de la FAO y el PNUMA, fueron la base para un primer borrador del Convenio.

Durante la Convención de las Naciones Unidas del Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), se logró el acuerdo final sobre el contenido del Convenio, el cual se suscribió el 5 de junio de 1992, entrando en vigor 18 meses después.

Uno de sus objetivos fue lograr la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Así mismo, contempla la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos, incluyendo entre otras cosas, el acceso a los recursos genéticos (artículo 15); los derechos sobre tecnologías; transferencias de las tecnologías pertinentes (artículos 16 y 19); tomando en consideración todos los derechos sobre dichas tecnologías; y financiamiento (artículos 1º, 20 y 21).

El Convenio sobre Diversidad Biológica obliga a los Estados a garantizar la protección de los recursos naturales (de acuerdo al artículo 15 de dicho instrumento).

De esta forma, encontramos que los Estados Nacionales serán quienes garanticen el acceso a los recursos naturales, así como genéticos, por lo tanto, nuestro país reconoce el derecho de los pueblos indígenas para acceder a los recursos naturales.

El Convenio sobre Diversidad Biológica fue suscrito por México, en 1992, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de mayo de 1993.

1.3 ACUERDOS NO VINCULATORIOS

1.3.1 PROYECTO DE DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS (ONU)

La Organización de Naciones Unidas ha establecido una serie de lineamientos respecto a la validez de los derechos de los pueblos indígenas, pero a la fecha no se ha terminado el borrador del documento respecto a los derechos indígenas.

Independientemente de esto, encontramos el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas respecto a sus recursos naturales, según se desprende del artículo 25 del Proyecto de Declaración, que establece el derecho para mantener su relación espiritual y material con sus tierras y territorios y los recursos que tradicionalmente poseen.

El artículo 26 reconoce el derecho de los pueblos indígenas para poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprende el medio ambiente total de las tierras y los recursos que tradicionalmente poseen y ocupan o utilizan de otra forma, incluyendo el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes tradicionales, (texto presentado por la Subcomisión que elaboró un proyecto de declaración para que fuera examinado y aprobado por la Asamblea General en el marco del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004)). Actualmente, no se ha aprobado dicho Proyecto.

1.3.2 PROYECTO DE DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS (OEA)

La Organización de Estados Americanos (OEA) fue creada en 1945, tiene como finalidad reunir en su seno a la comunidad de las naciones americanas y caribeñas representadas por los gobiernos de los 35 países; de este organismo han salido varios documentos jurídicos internacionales que rigen las relaciones entre sus miembros.

La OEA, en 1989, encomendó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como organismo especializado del sistema interamericano, la elaboración de un anteproyecto de declaración sobre los derechos indígenas en las Américas, el cual se empezó a elaborar a partir de 1991.

Su primer borrador fue presentado en 1994 y aprobado por la Comisión en 1995. Para 1997, se decidió permitir que los países miembros de la OEA presentaran las observaciones y aportes de los gobiernos, con la finalidad de incorporar las inquietudes de los pueblos indígenas.

En 1999, se creó el Grupo de Trabajo para la consideración del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, quienes han trabajado respecto al contenido final de la declaración.

Actualmente, no se ha aprobado el último borrador presentado por el grupo de trabajo, principalmente por los conflictos que se han presentado en cuanto al uso de los vocablos: pueblos, territorio y autodeterminación.

Sin embargo, el último Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de las Poblaciones Indígenas de la OEA, establece el derecho que tienen los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales:

"Artículo XIII. Derecho a la protección del medio ambiente:

a) Los pueblos / poblaciones indígenas tienen derecho a un medio ambiente seguro y sano, condición esencial para el goce del derecho a la vida y el bienestar colectivo y tendrán también el derecho al uso y usufructo de sus recursos cuando no sean estratégicos para el Estado.

1-3 ...

4.- Los pueblos / poblaciones indígenas tienen derecho a conservar, restaurar, aprovechar y proteger su medio ambiente, y la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos.

5.- Como parte del manejo de sus propias tierras, los pueblos / poblaciones indígenas podrán regular las condiciones ambientales conforme a las normas estatales aplicables, y podrán participar en la formulación y ejecución de los programas gubernamentales de

conservación que se pongan en práctica con respecto a esas tierras."³⁵

1.3.3 LOS ACUERDOS DE SAN ANDRÉS

El 1° de enero de 1994, día en que entraba en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, se inició una etapa más en la historia nacional respecto a la lucha de los pueblos indígenas, la madrugada de este día miles de indígenas pertenecientes a diversos pueblos³⁶ tomaron 4 cabeceras municipales del Estado de Chiapas: Margaritas, Ocosingo, Altamirano y San Cristóbal de las Casas; de esta forma, se da a conocer el Ejército Zapatista de Liberación Nacional como un nuevo movimiento armado, reivindicando las demandas indígenas, por lo que en su Primera Declaración de la Selva Lacandona, este ejército se define de la siguiente manera:

*"Somos producto de 500 años de luchas: primero contra la esclavitud, en la guerra de Independencia contra España encabezada por los insurgentes, después por evitar ser absorbidos por el expansionismo norteamericano, luego por promulgar nuestra Constitución y expulsar al Imperio Francés de nuestro suelo, después la dictadura porfirista nos negó la aplicación justa de leyes de Reforma y el pueblo se rebeló formando sus propios líderes, surgieron Villa y Zapata, hombres pobres como nosotros a los que se nos ha negado la preparación más elemental para así poder utilizarnos como carne de cañón y saquear las riquezas de nuestra patria sin importarles que estemos muriendo de hambre y enfermedades curables, sin importarles que no tengamos nada, absolutamente nada, ni un techo digno, ni tierra, ni trabajo, ni salud, ni alimentación, ni educación, sin tener derecho a elegir libre y democráticamente a nuestras autoridades, sin independencia de los extranjeros, sin paz ni justicia para nosotros y nuestros hijos. Pero nosotros HOY DECIMOS ¡BASTA!, somos los herederos de los verdaderos forjadores de nuestra nacionalidad..."*³⁷

A partir de este momento comienza un largo debate respecto a la necesidad de reconocer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas, debate en el cual sin duda, el surgimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional contribuyó significativamente.

³⁵ Art. XIII del Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de las Poblaciones Indígenas, presentada por el Grupo de Trabajo en 2000.

³⁶ Los indígenas pertenecían a las etnias tzotzil, chol, tzeltal y tojolabal principalmente.

³⁷ Primera Declaración de la Selva Lacandona, en <http://www.ezln.org/documentos/1994/199312xx.cs.htm>.

Es a partir de la declaración de guerra que realiza el EZLN al gobierno mexicano, y después de 12 días de combate frontal, que estos dos actores deciden reunirse para pretender concretar acuerdos por la vía pacífica respecto a las demandas del movimiento indígena.

Así, el primer encuentro se da el 21 de enero de 1994 en el poblado de San Miguel, del cual surge una agenda de 32 puntos que el EZLN rechaza por no cumplir con las demandas del movimiento.

Un año más tarde, en abril de 1995, comienza nuevamente un proceso de acercamiento entre el gobierno federal y el EZLN, se acuerda llevar a cabo un diálogo en el municipio de San Andrés Sacamch'en³⁸, el cual será aplazado hasta septiembre del mismo año, cuando las partes acuerdan trabajar respecto a la temática de seis mesas: Mesa 1. Derechos y cultura indígena; Mesa 2. Democracia y Justicia; Mesa 3. Bienestar y desarrollo; Mesa 4. Conciliación en Chiapas; Mesa 5. Derechos de la mujer en Chiapas; Mesa 6. Cese de las hostilidades.

Se acuerda comenzar a trabajar con la mesa 1 sobre derechos y cultura indígena en San Andrés Sacamch'en, el cual concluye el 16 de febrero de 1996, día en que el Gobierno Federal y el EZLN firman los primeros acuerdos respecto al reconocimiento de los derechos y cultura indígena, conocidos como "Acuerdos de San Andrés".

Los acuerdos de San Andrés son compromisos y propuestas conjuntas que el gobierno federal pactó con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) para garantizar una nueva relación entre los pueblos indígenas del país, la sociedad y el Estado. Estas propuestas, conjuntas, se enviarían a las Cámaras legislativas para que se convirtieran en reformas constitucionales. Es decir, el gobierno se comprometió a consultar con el EZLN su propuesta de reformas, por eso se habla de propuestas conjuntas.

El propósito central de estos acuerdos es terminar con la relación de subordinación, desigualdad, discriminación, pobreza, explotación y exclusión política de los pueblos indios.

Para esto, se planteó un nuevo marco jurídico que contemplara el reconocimiento en la Constitución de los derechos de los pueblos indios, es decir, no sólo derechos individuales, de personas, sino derechos colectivos, de pueblos (sean tzeltales, purépechas, nahuas, tarahumaras, huicholes, mixtecos o de cualquier otro pueblo indígena que habite dentro del territorio nacional). Los derechos que reconoce son los siguientes:

³⁸ San Andrés Larráinzar.

- 1) **Políticos:** expresados especialmente en el reconocimiento de los gobiernos propios, y de las formas propias de elección de sus autoridades.
- 2) **Jurídicos:** para poder ejercer sus sistemas normativos internos, sus formas de elegir a sus propias autoridades, sus formas de impartir justicia, reparar las faltas y decidir en materia de conflictos internos.
- 3) **Sociales:** para decidir sus propias formas de organización social.
- 4) **Económicos:** para decidir su propia organización para el trabajo, para el **disfrute de sus propios recursos naturales** y para que se impulse la producción y el empleo y la satisfacción de las necesidades propias de los pueblos indígenas.
- 5) **Culturales:** para garantizar la cultura propia de los pueblos indígenas.

Todo ello, bajo los siguientes principios:

- Libre determinación y autonomía: El Estado no podrá realizar acciones unilaterales y deberá respetar los planteamientos y previsiones de los pueblos, las comunidades y organizaciones indígenas.
- Participación: Los pueblos y las comunidades deberán ser sujetos activos en el diseño, la planeación, ejecución y evaluación de los programas y proyectos que se decidan, junto con el gobierno.
- Pluralismo: Este principio busca que se respete la diversidad de todos los indígenas del país. Que no exista más discriminación contra nadie.
- Integralidad: Esto quiere decir que los programas y acciones del gobierno tienen que abarcar los problemas completos y no intentar resolver sólo parte de ellos. Se busca que los problemas que tienen relación se resuelvan juntos.
- Sustentabilidad: Es importante que los proyectos y programas no dañen el medio ambiente ni los recursos de los pueblos indígenas. Se busca con esto que se respete la naturaleza y la forma de aprovechamiento de los pueblos indígenas que no dañe a los mismos.

1.3.4 LEY COCOPA

El surgimiento del conflicto armado el 1° de enero de 1994 en el sureste del país y el apoyo que generó no sólo entre los pueblos indígenas, sino también dentro de otros sectores de la sociedad, obligó al gobierno a dialogar con el EZLN, buscando un mecanismo que permitieran dar atención a las demandas que reivindicaba el movimiento zapatista.

Una primera instancia que surgió como mediadora entre los dos actores principales fue la Comisión Nacional de Intermediación (CONAI), propuesta por el Obispo de San Cristóbal de las Casas, Samuel Ruiz. Se integró dicha comisión con personas reconocidas por su compromiso con las luchas "justas".

La CONAI, funge como mediadora entre el EZLN y el gobierno, promoviendo el diálogo y la construcción de la paz. Los días del 27 de febrero al 23 de abril de 1995, se inicia un periodo extraordinario de sesiones en el Congreso de la Unión para discutir la Ley de Amnistía para los miembros del EZLN.

El Presidente de la República y la Comisión Legislativa abren un proceso legislativo hasta la promulgación de la Ley para el Diálogo, la Reconciliación y la Paz Digna en Chiapas. Nuevamente, la CONAI propone Bases para el Diálogo y la Distensión. El gobierno, al integrar la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA), suspende las órdenes de aprehensión y ordena el retiro del ejército federal de los retenes y poblados.

La COCOPA estuvo integrada por representantes de los legisladores de los diversos partidos políticos integrantes del Congreso de la Unión. Este grupo tuvo la encomienda de crear una propuesta legislativa que pudiera traducir lo pactado en los Acuerdos de San Andrés en leyes concretas de protección para los pueblos indígenas.

La iniciativa conocida como "Ley Cocopa" fue elaborada en diciembre de 1996 por los legisladores³⁹ de la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa). La llamada "Ley Cocopa" retoma lo más importante de los primeros Acuerdos de San Andrés, firmados por el gobierno y el EZLN en febrero de 1996: reconoce el derecho a la autonomía incluyente de los pueblos indígenas (es decir, que se reconoce su diferencia, pero siguen siendo mexicanos), sin romper la unidad nacional, respetando los derechos humanos, especialmente de la mujer indígena. También señala que los pueblos indígenas deben ser tomados en cuenta en la toma de decisiones que los afecten y que se debe respetar y promover su cultura.

La llamada Ley Cocopa reconocía el derecho de los pueblos indígenas sobre el uso de sus recursos naturales. En el Documento 2 se justifica el derecho de los pueblos indígenas a sus recursos naturales, ya que existía un reconocimiento expreso en el Convenio 169 de la OIT.

De tal forma que se proponía una reforma al artículo 4° constitucional, en el cual se garantizará el reconocimiento de los principales derechos de los pueblos y comunidades indígenas, planteándose la siguiente redacción:

"ARTICULO 4.- La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país al iniciarse la colonización y antes de que se establecieran las fronteras de los Estados Unidos Mexicanos, y que cualquiera que

³⁹ Los legisladores pertenecieron a los 4 partidos políticos más importantes: el Partido Revolucionario Institucional (PRI), el Partido de Acción Nacional (PAN), el Partido de la Revolución Democrática (PRD) y Partido del Trabajo (PT).

sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación y, como expresión de ésta, a la autonomía como parte del Estado mexicano, para:

"I-IV...

VI . . - Acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, entendidos éstos como la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas usan u ocupan, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponde a la Nación"⁴⁰

En la iniciativa que realizó la COCOPA con respecto al tema de los recursos naturales, encontramos que reconoce al territorio como el lugar en donde la comunidad lleva a cabo el aprovechamiento colectivo de estos recursos.

1.3.5 PROYECTO DE LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 4° CONSTITUCIONAL

Debido a la reforma constitucional realizada en 1992 al artículo 4°, para el reconocimiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas del país, se realizaron esfuerzos para elaborar un Ley Reglamentaria de este artículo constitucional, misma que tenía como objetivo regular la pluralidad cultural de la Nación.

Sin embargo, el hecho de legislar respecto a la pluralidad cultural enfrentó a los legisladores a una gran dificultad para lograr una redacción adecuada, hasta la reciente reforma constitucional de 2001 donde desafortunadamente no se logró concretar el proyecto de ley reglamentaria. Dentro de los borradores, encontramos que de forma muy general hace referencia respecto a la protección, aprovechamiento y manejo sustentable de los recursos naturales, sin llegar a ampliar este tema.

⁴⁰ Propuesta de redacción al Art. 4 constitucional para reformarlo, presentado por la Comisión de Concordia y Pacificación el 29 de noviembre de 1996.

CAPÍTULO II.- CONOCIMIENTO TRADICIONAL INDÍGENA Y RECURSOS NATURALES

El hombre desde sus inicios ha mantenido un estrecho vínculo con la naturaleza, el medio ha condicionado sus formas de adaptación, dando la posibilidad de crear y perfeccionar diversas formas de aprovechamiento de los recursos naturales.

El conocimiento respecto al manejo de la diversidad biológica lo encontramos vinculado a la satisfacción de las necesidades primarias, en un primer momento; y, posteriormente, se establece dentro de un contexto cultural.

Dentro de las comunidades indígenas, rurales y aún dentro de núcleos urbanos, podemos encontrar una serie de conocimientos empíricos con los cuales se utiliza y aprovecha la biodiversidad con diversos fines: curativos, religiosos, alimenticios, económicos, etc., muchos de ellos basados en una práctica ancestral.

Actualmente, encontramos que el conocimiento científico está dando espacio al reconocimiento de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

El conocimiento científico ha permitido abrir el debate respecto a la importancia de la preservación y rescate de los "conocimientos populares"⁴¹, principalmente por su utilidad económica en diversas ramas de la industria como la farmacéutica.

Definir lo que abarca el conocimiento tradicional está siendo tema de debate en diversos foros como la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización de las Naciones Unidas, así como en nuestro país; por lo tanto, resulta necesario delimitar lo que entendemos por conocimiento tradicional.

2.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL

2.1.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL.

Definir lo que debe entenderse por conocimiento tradicional nos lleva a establecer el momento en el cual se inició el debate teórico sobre sus implicaciones y la necesidad de su protección jurídica.

En el decenio de los 80 del siglo pasado, por primera vez, en el ámbito internacional, se comenzó a considerar a los conocimientos de los pueblos étnicos como "Folklore", dicha denominación se estableció dentro del marco de discusión

⁴¹ Llamamos conocimientos populares a todo aquel conocimiento propio por un pueblo, comunidad, grupos sociales o colectivos y que es parte de su código cultural.

de la UNESCO, y posteriormente dentro de OMPI; en dichos foros se abordó la necesidad de proteger las expresiones culturales de los pueblos étnicos, se discutió cuál debería ser la terminología más apropiada para definir este tipo de manifestaciones culturales, llegando al consenso de usar el término "Folklore".⁴²

En el marco de esta discusión se estableció que "*Folklore es una creación orientada a un grupo y basada en la tradición, hecha por un grupo o individuos que reflejan las expectativas de la comunidad como expresión adecuada de su identidad cultural y social; sus normas se transmiten verbalmente, por imitación o por otros medios*".⁴³

Este concepto comprendía las creaciones artesanales, las expresiones musicales y literarias, danza, canto, diseños, nombres, lenguaje, símbolos, así como toda expresión cultural tangible.⁴⁴

En los siguientes años, la discusión se orientó respecto a la posibilidad de incluir no sólo las expresiones tangibles, se consideró entonces al patrimonio intangible de las etnias como objeto de protección jurídica. Ante este debate, surge en los años 90, el concepto de conocimiento tradicional para enmarcar las expresiones culturales tangibles e intangibles. En este momento, el concepto de conocimiento tradicional quedaba enmarcado en la idea de una práctica cultural conservada de forma intemporal y estática.

Actualmente, en las esferas académicas se comienza a utilizar el término de *conocimiento cultural etnohistórico* por ser un término más especializado, entendido como aquél que es resultado de una larga práctica de un grupo cultural específico, con o sin influencia de su región o proceso histórico, del cual podemos establecer los siguientes elementos:

- Es un conocimiento perteneciente a un colectivo étnico determinado.
- Dicho conocimiento está vinculado de manera inseparable a la cultura del grupo que lo maneja.
- El conocimiento etnohistórico acepta la interrelación con otros conocimientos.
- No se enmarca en un tiempo o espacio.
- Es adaptable a las necesidades y procesos históricos de los grupos étnicos.

⁴² En 1985, un grupo de expertos (formado por representantes de los países de habla hispana) reunidos en el seno de la OMPI-UNESCO adoptó el término Folklore, aclarando que debe entenderse en un sentido amplio de cultura folklórica popular y tradicional.

⁴³ Declaración establecida en el Foro mundial sobre la protección del folklore de la UNESCO y la OMPI en Phuket, abril 1997.

⁴⁴ Esta forma de denominar las expresiones culturales se mantuvo hasta la conclusión del Foro Mundial sobre la protección del Folklore convocada por la OMPI y la UNESCO en Phuket, abril 1997.

El principal fundamento que se tiene para el manejo de este término es la existencia del estrecho vínculo entre la visión cultural del pueblo con la formación de su conocimiento, atendiendo a los procesos históricos que le han permitido mantenerse.

De esta forma, consideramos al concepto de conocimiento cultural etnohistórico como la forma más adecuada de denominar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas; sin embargo, debido a la mayor difusión de la expresión "Conocimiento Tradicional" en los foros nacionales e internacionales, se ha optado por manejar esta denominación en el desarrollo del presente trabajo, aclarando que la conceptualización del vocablo se vincula a la de conocimiento cultural etnohistórico.

En lo sucesivo, se delimita el concepto de conocimiento tradicional que manejaremos dentro del presente trabajo, estableciendo sus características esenciales.

En el marco internacional, encontramos que la OMPI no ha adoptado una definición definitiva de lo que debe entenderse por conocimiento tradicional, sin embargo, hasta el momento se usa de forma común la expresión conocimiento tradicional para referirse *"a las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; a las expresiones teatrales; a las invenciones; a los descubrimientos científicos; a los diseños; a las marcas, nombres y símbolos; a la información no hecha pública, y a todas las otras innovaciones y creaciones basadas en la tradición que resulten de la actividad intelectual en los campos industrial, científico, literario o artístico."*⁴⁵

En este sentido, la OMPI maneja el término "tradicional"⁴⁶ como el conocimiento que se transmite de generación en generación perteneciente a un pueblo o a su territorio y evolucionando como respuesta a un ambiente cambiante.

El conocimiento tradicional es el conjunto de saberes, prácticas o innovaciones culturalmente compartidos y común a todos los miembros que pertenecen a una misma sociedad, grupo o pueblo, que se desarrollan bajo determinados esquemas culturales, adaptados a los cambios ambientales e históricos; permitiéndole interactuar con otros conocimientos y que son transmitidos de generación en generación por diversos medios (ya sea oral o escrito), con la finalidad de satisfacer necesidades materiales o espirituales.

De manera que, al hablar de los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, nos referimos al *conjunto de saberes colectivos (incluidos las prácticas e innovaciones) que se han desarrollado bajo sus esquemas culturales de apropiación y relación con su medio ambiente y procesos históricos,*

⁴⁵ Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Documento WIPO/GRTFK/IC/3/9 del 20 de mayo de 2002 pág. 12.

⁴⁶ Ídem.

que han sido transmitidos de generación en generación, principalmente de forma oral,⁴⁷ con la finalidad de satisfacer necesidades materiales y espirituales.

El conocimiento tradicional indígena se caracteriza por los siguientes elementos fundamentales:

1) Son conocimientos que pertenecen a una comunidad o pueblo indígena: Cabe mencionar que los conocimientos tradicionales no son exclusivos de los pueblos indígenas, ya que encontramos estos saberes en poblaciones rurales o urbanas.

Sin embargo, el conocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se caracteriza por ser una creación intelectual colectiva, es decir, se construye en comunidad, de ahí que se digan que pertenecen a la Comunidad o al Pueblo Indígena que los ha creado, preservado y modificado a través de los años.

2) Son conocimientos vinculados directamente a la cosmovisión y cultura que le permiten desarrollar su identidad: Como ya se mencionó, los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas parten de una construcción colectiva cargada de símbolos y creencias que surgen a partir del entendimiento de su entorno. De ahí que podamos decir que los conocimientos tradicionales son construcciones culturales.

La cultura es entendida como aquel conjunto de valores, ideologías, símbolos y significados, prácticas cotidianas y formas de interactuar con el medio ambiente.

La cosmovisión de los pueblos y comunidades indígenas está directamente vinculada con su forma de organización política, social y económica, factores que determinan la forma de apropiación de los recursos naturales y, por lo tanto, la creación y modificación de los conocimientos tradicionales, convirtiéndose en un reflejo del actuar cultural.

Uno de los principales factores de esta construcción es el trinomio hombre-colectividad-naturaleza que establecen los pueblos indígenas, en donde el territorio es el núcleo fundamental para la construcción de su identidad y, por lo tanto, la posibilidad de mantener material y espiritualmente su identidad cultural en los conocimientos tradicionales.

⁴⁷ El conocimiento tradicional de las comunidades y pueblos indígenas se ha transmitido principalmente a través de historia, canciones, cuentos, proverbios, creencias, rituales, leyendas, valores culturales, prácticas cotidianas y formas de aprovechamiento del territorio.

3) **Son colectivos:** En este punto, nos referimos a la forma de apropiación de los conocimientos tradicionales, los cuales son colectivos porque pertenecen a todos los miembros del pueblo o comunidad indígena.

Al respecto, existe un debate en cuanto si pueden ser considerados colectivos, en tanto que no todos los miembros de la comunidad o pueblo son partícipes en la práctica y aprendizaje de los mismos; ya que si bien esto es cierto, es necesario considerar que los conocimientos tradicionales son colectivos con base a sus fines y beneficios, esto es, que si bien sólo algunos los aprenden y practican, los beneficios no son personales sino colectivos. Todo conocimiento surge como una necesidad de mejorar la vida del pueblo indígena y no al indígena como individuo, por lo que la apropiación del conocimiento tradicional es de manera colectiva y no de forma individual.

4) **Son dinámicos:** Son dinámicos en la medida en que son transmitidos de generación en generación, no se consideran estáticos ya que están en constante adaptación a las condiciones históricas y ambientales que se les presentan a los pueblos indígenas.

Ahora bien, los conocimientos tradicionales nunca están en estado puro, ya que por lo general son hibridaciones que han incorporado elementos de la modernidad, su constante evolución puede repercutir en un mejoramiento del conocimiento, o bien en la pérdida del mismo. Las comunidades y pueblos indígenas han preservado los conocimientos tradicionales gracias a las innovaciones e incorporaciones de nuevos elementos culturales.

5) **Son de naturaleza práctica:** A diferencia del conocimiento científico, los conocimientos tradicionales se mantienen bajo una práctica basada en la *"continuidad entre el mundo físico, humano y espiritual"*⁴⁸, esto es, una práctica basada en la realidad, dependen de un aprender haciendo.

Su perfeccionamiento se establece a partir de la capacidad que existe para hacer frente a una situación determinada, por lo que su creación está vinculada directamente con la interacción que exista con la biodiversidad y el sistema de conocimientos previos ya adquiridos.

Un factor indispensable en este conocimiento es la experiencia personal, sin embargo, hay que mencionar que esta interacción no siempre es benigna, ya que en ocasiones altera o afecta la biodiversidad con consecuencias irreversibles

⁴⁸Escobar, Arturo. **Biodiversidad, naturaleza y cultura: localidad y globalidad en las estrategias de conservación.** UNAM-CIICH, México, 1997, pág. 44.

6) **Son tradicionales:** *“Lo que es tradicional acerca de este conocimiento no es su antigüedad, sino la forma en que es adquirido y usado”*⁴⁹. Son legados de generación en generación, toman su carácter tradicional en tanto que involucran una serie de procesos y construcciones culturales que son socialmente significativos vinculados con la forma de concebir la relación del pueblo o comunidad con la naturaleza.

Lo tradicional se entiende como la sabiduría del pueblo, pero no un saber abstracto, sino un conocimiento concreto generalmente ligado al lugar de desarrollo, a la danza en fiestas, el ritual, las leyendas, etc., el cual es capaz de construir y reconstruirse como factor de conservación de la identidad cultural.

7) **Son conocimientos especializados y diferenciados:** Nos referimos por especializado a aquel conocimiento que manejan de forma específica algunos miembros de la comunidad, determinado por características individuales y familiares. Dentro de este rubro, tenemos el conocimiento de los médicos tradicionales, de las mujeres, el utilizado en los rituales de transmisión de cargos y ceremoniales, los utilizados en la siembra y en la construcción de vivienda.

Por otra parte, tenemos los conocimientos diferenciados, los cuales suelen ser clasificados como conocimientos sobre los recursos naturales, el hombre, las cuestiones sagradas, la técnica en la construcción de vivienda y preparación de alimentos, la realización de indumentaria y, en general, aquél que permite el desarrollo de la vida grupal.

8) **Pueden ser susceptibles de comercialización:** Desde la cosmovisión occidental, la utilización y aprovechamiento del conocimiento tradicional es susceptible de aprovechamiento económico, en tanto que puede tener un valor comercial, tal es el caso del conocimiento sobre el uso de plantas medicinales para la industria farmacéutica o el aprovechamiento de otras especies para el mejoramiento de los alimentos.

Sin embargo, dentro de los pueblos indígenas el principal valor del conocimiento tradicional es su carácter cultural que permite la cohesión e identidad del colectivo.

⁴⁹ Fernández, José Carlos, Aldama, Alberto y López Silva, Christian. **Conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad, conservación, uso sustentable y reparto de beneficios**. 1ª ed., Unión de Grupos Ambientales, México, 2002, pág. 5.

De esta forma, el conocimiento tradicional es considerado como un saber colectivo que permite la sobrevivencia física de los pueblos y comunidades, así como la conservación de su cultura.

Por lo tanto, establecer la naturaleza jurídica del conocimiento tradicional aún es tema de discusión en tanto que no está definida claramente; por una parte, se argumenta que es parte de los llamados derechos de propiedad intelectual, el cual se fundamenta en un derecho obtenido por la creación o proyección de una idea, convirtiéndose así la inmaterialidad en el elemento principal del conocimiento.

Aceptar esta postura resulta opuesta a las características esenciales del conocimiento tradicional que hemos enunciado, ya que se ha resaltado la importancia de este conocimiento tradicional como colectivo.

Así, para efectos del presente trabajo, al determinarse la naturaleza jurídica del conocimiento tradicional se realiza desde la perspectiva del derecho colectivo, ya que su creación no depende de un individuo, sino del sujeto colectivo que lo usa y perfecciona para satisfacer sus necesidades primarias e incorporarlo como una expresión cultural importante dentro de la construcción de la identidad; de ahí que la propiedad sea colectiva y no individual, requiriendo entonces de una protección jurídica diferenciada para dichas características específicas.

2.1.2. PAPEL DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL DE LAS COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS EN EL USO Y CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES

Si identificamos que el conocimiento tradicional es un saber que encuentra su origen en la colectividad y es desarrollado por la práctica cotidiana, advertimos una estrecha relación de los pueblos y comunidades indígenas con su territorio, aprovechando de diversas formas la biodiversidad existente para diferentes prácticas culturales.

Las principales regiones del mundo con mayor biodiversidad se ubican dentro de los trópicos y la zona ecuatorial, presentando características similares en cuanto a tipos de flora y fauna. Dentro de esta situación, encontramos a los países llamados "mega diversos" como Brasil, Colombia, México, Indonesia, Zaire, Madagascar, Australia, China, Perú, Ecuador, India y Malasia.

En dichos países, la diversidad biológica está acompañada de la existencia de un gran número de pueblos y comunidades indígenas y lo cual no resulta fortuito; *"la variedad y riqueza de los ecosistemas permite y alienta el desarrollo de diversos grupos humanos que se adaptan, descubriendo las mejores formas de apropiación, utilización y manejo de los recursos, como garantía de supervivencia"*

y reproducción a largo plazo"⁵⁰, esto es, que la mayoría de los pueblos indígenas conciben a la naturaleza como generadora de una gran variedad de bienes de uso, por lo que establecen con ella relaciones de intercambio y no de explotación; desarrollando así expresiones culturales que reflejan la complejidad biológica en la que se sustentan.

La interrelación de pueblos y comunidades indígenas con su biodiversidad se ve reflejada en sus propias estructuras sociales, culturales, económicas y en un derecho propio que regula el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales.

La relación y disfrute de la biodiversidad como presupuesto para la reproducción cultural de ciertos pueblos y comunidades indígenas no es exclusivo del caso México, por ejemplo, el Consejo Mundial de los Pueblos Autóctonos ha expresado en diversos foros que si se quiere eliminar a los pueblos autóctonos, el mejor medio para matarlos es separándolos de la parte de ellos mismos, que es pertenecer a la tierra.

El territorio mexicano situado en la confluencia de dos grandes regiones geográficas: la neártica (norte) y la neotropical (sur), ha dado por resultado que en México se reúnan los paisajes y ecosistemas más diversos: desde el desierto, la selva y playas tropicales, pasando por bosques templados, por lo que cuenta con un rico inventario de especies únicas de flora y fauna en el mundo.

De esta forma, en el territorio nacional se reconoce oficialmente la existencia de más de 60 grupos étnicos distintos que van desde los seris, habitantes del desierto sonorense, hasta los zoques de las selvas del Ocote y los Chimalapas, pasando por los huicholes de Jalisco; los mixes, en los bosques serranos de Oaxaca; o, los tzeltales y tojolabales, en la selva Lacandona en Chiapas.

Uno de los conflictos más conocidos en la relación entre la biodiversidad y los diversos grupos indígenas del país, es la constante lucha por la propiedad de la tierra y actualmente el reconocimiento del territorio.

Aún sin un reconocimiento legal sobre la propiedad de las tierras y el territorio, los pueblos y comunidades indígenas han establecido una serie de relaciones con la naturaleza, las cuales han generado una continuidad de los conocimientos tradicionales respecto al aprovechamiento y uso de ésta; así como también la instauración de normas jurídicas consuetudinarias que regulan las formas de aprovechamiento de la diversidad biológica de su entorno.

En este contexto, encontramos algunos ejemplos de aprovechamiento sustentable a partir del conocimiento tradicional como el caso del mejoramiento del maíz, el uso de diversas plantas con fines medicinales o algunas técnicas de cultivo que

⁵⁰ García Aguirre, Miguel Ángel. **Ecología y Pueblos Indígenas en México**. 1ª ed., Unión de Grupos Ambientales-IIS-UNAM, México, 2002, pág. 13.

evitan la erosión de la tierra como la rotación de cultivos, así como el desarrollo de técnicas de manipulación genética con la finalidad de lograr especies de mayor calidad alimenticia, aspecto que en el siguiente capítulo analizaremos.

Un ejemplo de la forma de aplicación del conocimiento tradicional sobre los recursos naturales podemos encontrarlo en la experiencia de la Empresa Forestal San Juan Nuevo en Michoacán, en donde la comunidad ha combinado los elementos del conocimiento tradicional y los avances tecnológicos, generando un sistema de aprovechamiento sustentable que es favorable analizar y retomar en futuros proyectos de desarrollo sustentable en el país.

2.2. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL

Como mencionamos, la existencia del conocimiento tradicional a lo largo de la historia de los pueblos indígenas ha sido considerado como un factor importante en el desarrollo de sus culturas, ya que estos conocimientos han sido el vínculo entre las diversas civilizaciones que han existido.

De esta forma, el conocimiento tradicional ha sido incorporado dentro del llamado patrimonio cultural, el cual ha sido tema de discusión y protección jurídica en el ámbito internacional principalmente.

La constante amenaza de destrucción del patrimonio cultural obligó a los Estados a otorgarle una protección específica; considerándose que los principales riesgos para dicho patrimonio eran las guerras, en 1954, la UNESCO adoptó la "Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado"⁵¹, los Estados se comprometieron a renunciar a la destrucción, el saqueo o el uso peligroso de la propiedad cultural, ya sea inmueble o mueble (tomando en

⁵¹ La definición de bienes culturales en la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954, se establece de la siguientes manera:

"Artículo 1. Definición de los bienes culturales

Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:

- a. Los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;
- b. Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a. tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a.;
- c. Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a. y b., que se denominarán "centros monumentales".

cuenta sitios arquitectónicos y arqueológicos, así como museos y colecciones). Considerando como patrimonio cultural sólo los bienes tangibles.

Posteriormente, fueron considerados patrimonio cultural los monumentos, conjuntos de construcciones y sitios con valor histórico, estético, arqueológico, científico, etnológico y antropológico. Así, la noción de patrimonio cultural se fue generalizando a niveles que no necesariamente formaban parte de sectores artísticos, pero que también tenían un gran valor para la humanidad. Entre éstos se encuentran las formaciones físicas, biológicas y geológicas extraordinarias, las zonas con valor excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural y los hábitats de especies animales y vegetales amenazadas.

En los últimos años la tendencia fue incluir dentro de dicha protección al llamado patrimonio cultural intangible o inmaterial. Dentro de esta categoría, se incluyó al conocimiento tradicional, convirtiéndose así en la primera forma de regulación de este conocimiento.

2.2.1 CONOCIMIENTO TRADICIONAL COMO PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL

Podemos definir al *"patrimonio cultural intangible como el conjunto de formas de cultura tradicional, popular o folclórica, es decir, las obras colectivas que emanan de una cultura y se basan en la tradición."*⁵²

Estas tradiciones transmitidas oralmente o mediante gestos que se modifican con el transcurso del tiempo a través de un proceso de recreación colectiva, incluyen las tradiciones orales, las costumbres, las lenguas, la música, los bailes, los rituales, las fiestas, la medicina tradicional y la farmacopea, las artes culinarias y todas las habilidades especiales relacionadas con los aspectos materiales de la cultura, tales como las herramientas y el hábitat.

La UNESCO fue de los primeros organismos en establecer una serie de normas jurídicas de protección al conocimiento tradicional, otorgándole la categoría de patrimonio cultural intangible; con base en esto, en nuestro país encontramos algunas expresiones de esta tendencia.

⁵² Fernández, José Carlos, Aldama, Alberto y López Silva, Christian. Ob. Cit., pág. 10.

2.2.1.1 MARCO INTERNACIONAL

A) UNESCO (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA)

En los primeros instrumentos internacionales en los que encontramos una regulación del llamado patrimonio intangible, aunque de forma poco precisa, es en el párrafo 2 del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que mencionan el derecho de todas las partes a 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. Sin embargo, estas disposiciones están destinadas a personas y no a grupos.

En el apartado d) del artículo 5º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial,⁵³ prohíbe la discriminación respecto de la propiedad de bienes, individual o colectivamente. El hecho de que un gobierno no proteja los derechos colectivos de las poblaciones indígenas a su patrimonio actualiza la discriminación con base en el argumento de que las poblaciones indígenas tienen un derecho menor que el Estado, los museos o las instituciones académicas para la protección de su patrimonio cultural.

El principal organismo encargado de impulsar un marco jurídico de protección al patrimonio cultural inmaterial ha sido la UNESCO. Encontramos la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, adoptada el 15 de noviembre de 1989 por la 25ª Conferencia General de la UNESCO reunida en París, dicha recomendación destaca la importancia del patrimonio inmaterial no sólo para que cada pueblo pueda afirmar su identidad cultural, sino además para que el conjunto de la comunidad mantenga su diversidad cultural.

La Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional,⁵⁴ adoptada por la UNESCO en 1966, afirma que toda cultura tiene una dignidad y un

⁵³ Artículo 5º En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

a)-c)...

d) Otros derechos civiles, en particular:

i)-iv)

v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

⁵⁴ Artículo I

valor que deben ser respetados y protegidos y que todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura. Todo ello indica que los pueblos tienen derechos colectivos a la integridad cultural, incluido el derecho a definir, interpretar y determinar el carácter de los futuros cambios de sus culturas. De esta forma, el conocimiento tradicional como parte del desarrollo cultural de los pueblos indígenas es protegido en la categoría del patrimonio inmaterial.

La noción del patrimonio cultural inmaterial se ha extendido a últimas fechas gracias a diversas iniciativas de gran importancia en el seno de la UNESCO. Una de las más importantes son la "Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad" del 18 de mayo de 2001 y la de 7 de noviembre de 2003, en donde se divulga la lista de 26 formas de expresión cultural, idiomas, música, ceremoniales, ritos o experiencias tradicionales, así como sitios culturales inseparables a la práctica cultural tradicional de identidad, entre ellas se considera a México con la fiesta indígena dedicada a la muerte (2 de noviembre).

La Proclamación distingue dos tipos de manifestaciones del patrimonio cultural inmaterial: por un lado, está el espacio cultural (lugar o conjunto de lugares donde se reproduce con regularidad la manifestación de una expresión cultural tradicional o popular) y una forma de expresión cultural tradicional popular (una manifestación cultural relacionada estrechamente con las lenguas, literatura oral, música, bailes, juegos, mitologías, ritos, las costumbres, técnicas artesanales o otras artes, formas tradicionales de información y comunicación, entre otras.)

Esta lista de patrimonio inmaterial se ha incorporado a la "Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial", aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 32ª reunión, el 17 de octubre de 2003, y la cual aún no ha sido ratificada por ningún país, pero sienta las bases internacionales para la protección del patrimonio cultural inmaterial.

La Convención, en su artículo 2º, numeral 1, define al patrimonio cultural inmaterial como los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, grupos y en algunos casos los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural y que se transmite de generación en generación recreados constantemente por su interacción con la naturaleza y su historia.

-
1. Toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos.
 2. Todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura.
 3. En su fecunda variedad, en su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre otras, todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad.

Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su 14ª reunión, celebrada el 4 de noviembre de 1966.

La Convención contempla en particular la preparación de inventarios nacionales del patrimonio cultural inmaterial por los Estados Partes, la creación de un Comité Intergubernamental de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial integrado por representantes de los Estados Partes, la elaboración por este Comité de dos listas: la lista representativa del patrimonio inmaterial de la humanidad, a la que se incorporarán las obras maestras del patrimonio oral e inmaterial de la humanidad que hayan sido proclamadas antes de la entrada en vigor de la Convención; y la lista del patrimonio que requiere medidas urgentes de salvaguardia.

El texto de la Convención pone de relieve que la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial es un proceso complejo que implica a múltiples actores, empezando por las comunidades y los grupos que le dan vida.

La necesidad de proteger el patrimonio inmaterial refleja la urgencia por conservar valores tan importantes como la diversidad cultural, las raíces culturales de la identidad de los pueblos y comunidades, los recursos de su creatividad a través de sus contribuciones desde el pasado adaptadas al presente y el papel de la memoria vivida en el conocimiento tradicional que permita el pleno desarrollo de los mismos.

2.2.1.2 MARCO NACIONAL

A) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La regulación del patrimonio cultural dentro del marco constitucional lo encontramos en el artículo 73, fracción XXV, en donde se otorga facultad al Congreso de la Unión para legislar sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional.

Dentro de esta protección encontramos una estrecha relación con la facultad establecida en la fracción XXIX-C, en donde se establece la concurrencia para legislar en materia de asentamientos humanos, estableciendo las provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, con la finalidad de planear y regular la fundación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población que pudiesen afectar los monumentos arqueológicos.

A partir de la reforma constitucional al artículo 2º en el 2001, se establece una protección al patrimonio cultural de los pueblos indígenas. En la fracción IV del apartado A de este artículo, encontramos una protección específica a la lengua y el conocimiento, así como cualquier otro elemento que sea fundamental para la reproducción de su cultura⁵⁵.

⁵⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 2º...

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

B) LEY FEDERAL DE MONUMENTOS Y ZONAS ARQUEOLÓGICAS

Dentro de marco jurídico nacional encontramos una serie de leyes que se han creado para la protección del llamado patrimonio cultural. La Ley del Patrimonio Cultural de 1972, tenía como finalidad la protección de las zonas arqueológicas, dicha ley tenía como objetivo la preservación de nuestra memoria pasada. Con base en esto, una serie de instituciones como el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), el Instituto Nacional del Bellas Artes (INBA), el Instituto Nacional Indigenista (INI) se encargaron de fomentar y resguardar nuestro patrimonio cultural.

Actualmente, está vigente la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, la cual tiene como objeto la protección, investigación, conservación, restauración y recuperación de los monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, así como de las zonas de monumentos⁵⁶. Esta legislación sólo protege al patrimonio cultural tangible, dejando fuera la posibilidad de protección al conocimiento tradicional como parte del patrimonio cultural; actualmente, existen algunos proyectos de reforma a esta ley para incluir la participación de los pueblos y comunidades indígenas en la administración de estos monumentos y zonas, sin embargo, no se ha propuesto la inclusión del conocimiento tradicional como parte del patrimonio cultural nacional.

C) LEYES ESTATALES SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL INTANGIBLE: BAJA CALIFORNIA, COAHUILA, GUANAJUATO Y NUEVO LEÓN.

A pesar del vacío que existe en la legislación federal respecto al patrimonio intangible, encontramos cuatro leyes estatales que han incluido la categoría del patrimonio cultural intangible, incluyendo el conocimiento de las poblaciones locales.

La primera es la Ley sobre Protección del Patrimonio Cultural de Baja California, la cual se aprobó el 27 de julio de 1995 y fue publicada el 3 de agosto del mismo año.

Tiene como objetivo la protección del patrimonio cultural del Estado de Baja California, incluyendo al conjunto de manifestaciones tangibles e intangibles producto de la obra conjunta o separada del hombre y de la naturaleza, presente y pasadas que tengan relevancia histórica, estética, arquitectónica, urbanística, artística, tradicional, tecnológica, etnológica, científica e intelectual para los habitantes del Estado.⁵⁷

⁵⁶ Artículo 2º de la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticos e Históricas.

⁵⁷ Artículo 3º de la Ley sobre Protección del Patrimonio Cultural de Baja California Norte.

De acuerdo a esta legislación, el patrimonio cultural está definido por seis clases: a) bienes históricos; b) bienes artísticos; c) zonas de entorno arquitectónico, urbanístico o natural; d) zonas protegidas; e) valores culturales; y, f) obras artísticas, científicas y tecnológicas creadas en la actualidad o en un futuro.

Los llamados valores culturales son descritos en esta ley, como los elementos ideológicos o intelectuales que tengan interés desde el punto de vista de la tradición, las costumbres, los conocimientos científicos y tecnológicos propios de los grupos humanos del Estado; esto incluye, entonces, las festividades populares, actividades recreativas o rememorativas, espirituales, cívicas o laicas que involucran valores de representatividad de los principios tradicionales de una población, grupo étnico u original de Baja California. Por lo que el conocimiento tradicional encuentra una protección dentro de esta ley como un elemento cultural de identidad local.

Por otra parte, la Ley del Patrimonio Cultural de Coahuila del 14 de abril de 1989, tiene como objeto la protección, conservación, restauración, recuperación y enriquecimiento del patrimonio cultural del Estado de Coahuila.

Esta ley contempla cinco clases de patrimonio cultural: a) sitio histórico; b) conjunto histórico; c) zona típica; d) zonas de atracción natural; y, e) valores culturales. Este último se conforma con aquellos elementos ideológicos e intelectuales que tengan interés para el Estado, desde el punto de vista de la tradición, costumbre, ciencia, tecnología o cualquier otro que por sus características particulares se pueda considerar patrimonio cultural. Así, el conocimiento tradicional encuentra un resguardo dentro de esta categoría de patrimonio cultural.

Otro caso interesante es la Ley de Fomento a la Cultura para el Estado de Guanajuato de 1992.

Dicha ley está basada en los principios de protección y participación en la vida cultural establecidos por la UNESCO, por lo que reconoce el carácter multicultural y multiétnico de la cultura mexicana en el Estado, obligando al gobierno a realizar acciones destinadas a la protección, conservación y difusión de las manifestaciones culturales de los grupos indígenas del Estado;⁵⁸ de esta forma, se garantiza la protección del conocimiento tradicional dentro de los pueblos y comunidades indígenas locales.

Finalmente, la Ley sobre el Patrimonio Cultural del Estado de Nuevo León de 1991, establece como objetivo la protección, conservación, restauración, recuperación y enriquecimiento del patrimonio cultural de la entidad.

Las clases de patrimonio que reconoce son: a) bienes históricos y artísticos; b) zonas protegidas; y, c) valores culturales, siendo estos últimos aquellos elementos

⁵⁸ Artículo 3º, fracción III, de la Ley de Fomento a la Cultura para el Estado de Guanajuato.

ideológicos e intelectuales que parten desde la tradición, costumbre o avances científicos o tecnológicos; de esta forma, se incluye la protección del patrimonio cultural intangible y de forma general la del conocimiento tradicional.

2.2.2 CONOCIMIENTO TRADICIONAL COMO SABER COLECTIVO

En el último decenio, la discusión respecto a la protección del conocimiento tradicional ha cambiado de rumbo, de un status de patrimonio cultural del conocimiento tradicional. Actualmente, la tendencia ha sido considerar al conocimiento tradicional como un saber que se inserta dentro de los derechos de propiedad intelectual, por lo que en nuestros días encontramos una serie de propuestas para proteger este conocimiento dentro de esta rama del derecho, partiendo de la característica de ser un conocimiento resultado de la creación humana desvinculado de su característica cultural.

2.2.2.1 MARCO INTERNACIONAL

A) CONVENIO 169 DE LA OIT

El Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos indígenas de proteger los elementos culturales que le dan identidad (artículo 4° del Convenio). Asimismo, se garantiza el derecho para reconocer y proteger los valores y prácticas culturales, sociales, religiosos y espirituales de los pueblos indígenas (artículo 5°).

Por otra parte, encontramos el reconocimiento al conocimiento tradicional en el artículo 27, numeral 1, el cual establece la obligación de los Estados de fomentar programas y servicios de educación destinados a los pueblos indígenas que respondan a sus necesidades y fomenten su historia, sus conocimientos y técnicas, así como sus aspiraciones sociales, económicas y culturales.

B) CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

El conocimiento tradicional como punto de encuentro de la experiencia ganada a través de los siglos y el ambiente local, se transmite "vivo" de generación en generación y de modo oral entre los pueblos indígenas.

Dicho conocimiento tiene valor no solamente para los que dependen de él en sus vidas diarias, sino también para la industria y la agricultura modernas. Por lo que actualmente el conocimiento tradicional se considera como una contribución significativa al desarrollo integral del hombre.

Los pueblos indígenas al asentarse en las áreas donde se encuentra la mayor biodiversidad del planeta, mucha de la cual ha sido cultivada y transformada por su habilidad y técnica, disponen de una información valiosa para la sociedad global y un modelo útil para las políticas de sostenimiento y aprovechamiento de la misma.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) ha destacado la importancia de los recursos naturales y los conocimientos de las comunidades indígenas para el desarrollo científico mundial. Por lo que dentro de su texto existe un amplio reconocimiento a la contribución que el conocimiento tradicional puede hacer a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica, además de reconocer las prácticas e innovaciones que los pueblos indígenas puedan realizar en el aprovechamiento de la diversidad biológica.

El artículo 8 (j) del CDB obliga a los Estados, a través de sus legislaciones nacionales, a impulsar el respeto y preservación de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, así como la utilización y retribución de los beneficios generados por los aportes que las comunidades indígenas y locales realicen.

Otros artículos del CDB que protegen los conocimientos, prácticas e innovaciones indígenas, son: el artículo 16, el cual establece las formas de compartir los beneficios derivados de la denominada transferencia de tecnología. El artículo 19 referente al desarrollo de biotecnología, establece que cada Estado tomará las medidas convenientes (administrativas, legislativas o de otra índole) para garantizar la participación efectiva en las actividades de investigación biotecnológica.

La Conferencia de las Partes del CDB ha establecido un grupo específico para tratar de implementar el contenido del artículo 8 (j) y de las cuestiones relacionadas con la Convención. Este grupo está abierto a todos los Estados y los representantes indígenas y locales de las comunidades para que desempeñen un papel activo. Como resultado del trabajo de la Convención, los gobiernos han comenzado a facilitar la participación de las comunidades indígenas en las políticas para la conservación y el uso sostenible de los recursos, del acceso a los recursos genéticos y de la distribución de los beneficios, así como la gerencia de áreas protegidas; sin embargo, dicha participación es limitada aún en la mayoría de los Estados.

Nuestro país está en el proceso de poner el artículo 8 (j) en ejecución dentro de sus planes, estrategias y programas nacionales de acción sobre la biodiversidad.

Lo cierto es que actualmente existe un mayor interés por el conocimiento tradicional dentro de la ciencia moderna, tanto para adaptar sus procedimientos,

evaluar su impacto en los proyectos de desarrollo sobre la diversidad biológica; vigilar los ecosistemas, los recursos genéticos y promover la conservación *in situ*.

El gobierno mexicano intenta involucrar a las comunidades indígenas y locales más activamente en la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, aplicando su conocimiento y tecnologías, tal como lo establece el Convenio.

En el ámbito internacional, se busca lograr la efectiva aplicación del Convenio, por ello existe una Secretaría del Convenio que es la responsable de mantener las reuniones celebradas bajo la Convención, incluyendo las reuniones de la Conferencia de las Partes, el Cuerpo Subsidiario del Consejo Científico, Técnico y Tecnológico (SBSTTA); así mismo, está el Grupo de Funcionamiento en la Puesta en práctica del artículo 8 (j) y las provisiones relacionadas.

La importancia de este Convenio se encuentra en el reconocimiento legal del conocimiento tradicional, considerándolo como un saber local potencial para la conservación de la biodiversidad mundial.

C) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI)

Los conocimientos tradicionales, las innovaciones y la creatividad, incluido el "folklore", han recibido una atención creciente en numerosos foros mundiales que van desde la alimentación y la agricultura hasta el desarrollo económico y comercial, pasando por el medio ambiente, la salud, los derechos humanos y las políticas culturales. En dichos foros, se está examinando la función de los derechos de propiedad intelectual para proteger los conocimientos tradicionales y el folklore.

Como organismo especializado de las Naciones Unidas, encargado de promover la propiedad intelectual en el mundo, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) recibió, en 1998, el mandato de llevar a cabo una labor exploratoria a fin de efectuar un análisis realista y bien documentado de los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con la protección de los conocimientos tradicionales y el folklore.

La finalidad principal de este proyecto exploratorio consistió en investigar las repercusiones de los acontecimientos ocurridos en el ámbito de los conocimientos tradicionales dentro del sistema de la propiedad intelectual, a fin de permitir que la OMPI siguiera velando por los intereses de los Estados miembros. Así, los trabajos realizados en el bienio 1998-99 se centraron en la determinación del objeto de estudio y la evaluación de las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los distintos grupos⁵⁹ interesados en la esfera de los conocimientos tradicionales.

⁵⁹ Dentro de dichos grupos se contempla no sólo a los pueblos indígenas, ya que participan también las representaciones gubernamentales, instituciones académicas e incluso representantes comerciales.

De 2000 a 2001, la labor experimental se centró en el análisis de los enfoques actuales y futuros relativos a la relación que existe entre la protección de la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales. Los trabajos comenzaron a propiciar un diálogo entre los sectores interesados, suministrando formación e información, y examinando otras cuestiones específicas. En particular, la OMPI ha organizado talleres de formación sobre propiedad intelectual para sectores interesados en los conocimientos tradicionales y realizó estudios de casos y proyectos piloto sobre la relación que existe entre la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales.

Las actividades de la OMPI, en materia de propiedad intelectual y conocimientos tradicionales, se extienden a los programas de cooperación para el desarrollo, formación y asistencia técnica. Dichas actividades han recaído en el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, el cual celebró su primera sesión en Ginebra, del 30 de abril al 3 de mayo de 2001.

Dicho comité se ha dado a la tarea de elaborar una serie de documentos con la finalidad de construir un concepto general respecto a lo que se entiende por conocimiento tradicional, sin llegar hasta ahora a un acuerdo definitivo.

La relación entre el conocimiento tradicional y los derechos de propiedad intelectual está tomando mayor fuerza; actualmente, los Estados están legislando respecto a la protección de dicho conocimiento. La OMPI, por su parte, concibe al conocimiento tradicional como aquél con un potencial comercial, importante no sólo para la protección de la diversidad, sino como un elemento importante para el desarrollo de la ciencia y tecnología.

En el siguiente capítulo, abordaremos de forma amplia la relación entre los derechos de propiedad intelectual y el conocimiento tradicional.

2.2.2.2 DECLARACIONES INTERNACIONALES

A) PROYECTOS DE DECLARACIONES SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS DE LA ONU Y LA OEA

i) DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS (ONU)

La Comisión de Derechos Humanos que estableció, por medio de su resolución 1995/32 (3 de marzo de 1995), el Grupo de Trabajo encargado de la redacción de la Declaración, contempla la protección de las creaciones intelectuales de los pueblos indígenas.

Resulta relevante encontrar en la parte III, artículo 12 del proyecto de Declaración, el derecho de los pueblos indígenas para practicar y revitalizar sus tradiciones y

costumbres culturales, incluyendo el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales y dramáticas y literaturas, así como el derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hallan sido despojados.

De esta forma, se garantiza el ejercicio y la protección del conocimiento tradicional, ya no como parte del patrimonio cultural, sino como una creación intelectual de los pueblos y comunidades indígenas frente a terceros.

ii) DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS (OEA)

La Organización de los Estados Americanos fundada en 1945; encomendó, en el año de 1989, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la elaboración de un anteproyecto de declaración sobre los derechos indígenas en las Américas, el cual se empezó a trabajar a partir de 1991.

El Grupo de Trabajo para el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas ha trabajado respecto al contenido final de la declaración, incluyendo un apartado sobre la propiedad intelectual; sin embargo, sigue sin ser aprobada.

A pesar de ello, este proyecto de Declaración de la OEA resulta importante, ya que en la sección tercera, respecto al desarrollo cultural, se establece, específicamente en el artículo XX, el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad intelectual de su conocimiento.

Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y a la plena propiedad, control y la protección de su patrimonio cultural, artístico, espiritual, tecnológico y científico, y a la protección legal de su propiedad intelectual a través de patentes, marcas comerciales, derechos de autor y otros procedimientos establecidos en la legislación nacional. Así mismo, establece la obligación de los Estados para que contemplen medidas especiales que aseguren el status legal y capacidad institucional para desarrollarla, usarla, compartirla, comercializarla, y legar dicha herencia a futuras generaciones.

También se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a controlar y desarrollar sus ciencias y tecnologías, incluyendo sus recursos humanos y genéticos en general, semillas, medicina, conocimientos de vida animal y vegetal, diseños y procedimientos originales.

Los Estados están obligados a adoptar las medidas apropiadas para asegurar la participación de los pueblos indígenas en la utilización del conocimiento tradicional.

B) DECLARACIONES REALIZADAS POR LOS PUEBLOS INDÍGENAS

A la par que se está desarrollando un incipiente sistema legal de protección al conocimiento tradicional por los Estados y organismos internacionales, los pueblos indígenas han establecido una serie de Declaraciones las cuales tienen como finalidad generar los principios básicos para la creación de un marco jurídico que reconozca los derechos colectivos de propiedad intelectual.

Así, la Declaración de Kari-Oca, firmada el 30 de mayo de 1992 por los representantes indígenas de los cinco continentes en la Conferencia Mundial de los Pueblos Indígenas, en Brasil; establece el derecho a la identidad y al territorio, así como al uso del mismo y transmisión a las futuras generaciones, dejando claro la importancia de su conocimiento en la preservación de la identidad colectiva.

Por otra parte, la Declaración de Mataatua sobre los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas, adoptada en junio de 1993 por los representantes indígenas de catorce países, incluye el valor significativo que tiene el conocimiento indígena respecto a la biodiversidad y biotecnología, el manejo tradicional ambiental, el arte, música, lenguaje y otras formas culturales, espirituales y físicas de los pueblos y comunidades indígenas. Dicha Declaración establece una serie de recomendaciones para los Estados y organismos internacionales fundamentales para la creación de un marco legal que proteja el patrimonio intelectual de los pueblos indígenas.

La Declaración de COICA (Cuerpo Coordinador de Organizaciones Indígenas de la zona Amazónica) se estableció en septiembre de 1994, participaron diversos representantes de pueblos indígenas sudamericanos y algunas organizaciones ambientalistas. Los puntos básicos de esta declaración son las recomendaciones para la OMPI, en el tratamiento del conocimiento tradicional, reconociendo la importancia de los conocimientos tradicionales indígenas y su propiedad colectiva; así como la dificultad para regularlos dentro del actual sistema de patentes.

En la actualidad, son más los grupos indígenas que comienzan a participar en la discusión sobre la necesidad de un marco legal que proteja los conocimientos tradicionales y el acceso a la biodiversidad.

2.2.2.3 MARCO NACIONAL

A) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El artículo 2° constitucional consagra el conocimiento tradicional como parte de la identidad cultural; pero, omite hacer un pronunciamiento en relación al derecho intelectual de los pueblos indígenas.

B) LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente⁶⁰, protege el conocimiento tradicional cuando está asociado a la diversidad biológica en las áreas naturales protegidas y en los aprovechamientos de flora y fauna silvestre.

De esta forma, el artículo 45, fracción V, establece que uno de los objetos de las áreas naturales protegidas es generar, rescatar y divulgar los conocimientos, prácticas y tecnologías tradicionales o nuevas que estén relacionadas con la preservación y aprovechamiento sustentable de la biodiversidad en el territorio nacional. Así mismo, en la fracción VII, se establece la protección de los entornos naturales de zonas, monumentos y vestigios arqueológicos, históricos y artísticos, y otras áreas de importancia, ya que el conocimiento tradicional está intrínsecamente relacionado al entorno natural en que viven las comunidades y pueblos indígenas.

De igual forma, el artículo 79, fracción X, establece que para la preservación y aprovechamiento sustentable de la flora y fauna silvestre debe considerarse como un criterio el conocimiento biológico tradicional y la participación de las comunidades y pueblos indígenas en la elaboración de programas de biodiversidad en las áreas que habitan.

C) LEY GENERAL DE DESARROLLO FORESTAL SUSTENTABLE

En el ámbito federal, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, en su capítulo II, sección cuarta, regula la protección del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas en el área forestal.

El artículo 102 de dicha ley, establece que en la realización de colectas con fines comerciales o científicos sobre recursos biológicos forestales es necesario reconocer los derechos de las comunidades indígenas sobre el conocimiento y uso de las variedades locales; así mismo, prohíbe la utilización del conocimiento de los pueblos y comunidades indígenas sin su previa autorización.

En el artículo 105 se obliga a la Comisión Nacional Forestal a proteger el conocimiento biológico tradicional de los pueblos y comunidades indígenas y el fomento y manejo sustentable de árboles, arbustos y hierbas para la autosuficiencia y el mercado de los productos de las especies útiles, incluyendo medicinas, alimentos, materiales para la construcción, leña combustible, forrajes de uso doméstico, fibras, aceites, gomas, venenos, estimulantes, saborizantes, colorantes, insecticidas, ornamentales, aromatizantes, artesanales y melíferas.

⁶⁰ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, publicada el 28 de enero de 1988 en el Diario Oficial de la Federación.

D) LEY GENERAL DE VIDA SILVESTRE

La Ley General de Vida Silvestre, en su capítulo III, reconoce la existencia de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades rurales. En este sentido, el artículo 24 establece la obligación de que en las actividades de conservación y aprovechamiento sustentable de la vida silvestre se respetarán, conservarán y mantendrán los conocimientos, innovaciones y prácticas de esas comunidades, siempre que contengan estilos tradicionales de vida adecuadas para la conservación y aprovechamiento sustentable de la vida silvestre y el hábitat.

También se deberá promover su aplicación con la aprobación y participación de quienes posean dichos conocimientos, innovaciones y prácticas.

Dicha protección es importante, ya que la mayoría de los pueblos indígenas se localizan en las áreas rurales; sin embargo, es importante resaltar que algunos pueblos indígenas se han desarrollado dentro de las metrópolis, como es el caso de los pueblos originarios de la Ciudad de México o las reconstituciones de pueblos y comunidades indígenas de migrantes internos, los cuales no encuentran protección dentro de esta ley.

E) LEY DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS DEL ESTADO DE OAXACA

Si bien dentro del ámbito federal no se cuenta con una legislación que proteja al conocimiento tradicional como un derecho de propiedad intelectual de los pueblos indígenas; en el ámbito estatal, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, en sus artículos 20 a 23, reconoce la existencia de un patrimonio intelectual de los pueblos indígenas.

En esta ley, los pueblos y comunidades indígenas tienen un derecho social a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres, siendo obligación del Estado, a través de sus instituciones competentes y programas culturales, apoyar a los pueblos y comunidades indígenas en el mantenimiento, protección y desarrollo de sus manifestaciones culturales actuales y el cuidado de las de sus ancestros que aún se conservan, incluyendo sitios arqueológicos, centros ceremoniales, monumentos históricos, tecnologías, artes, artesanías, expresiones musicales, literatura oral y escrita.

Así mismo, el gobierno estatal vigilará y, en su caso, ejercerá las acciones tendientes a la restitución de los bienes culturales e intelectuales que les hayan sido privados a los pueblos y comunidades indígenas sin su consentimiento.

Por lo que los pueblos y comunidades indígenas locales tienen derecho al respeto pleno de la propiedad, control y protección de su patrimonio cultural e intelectual. Siendo facultad del gobierno estatal, con el consenso de los pueblos y

comunidades indígenas, dictar las medidas idóneas para la eficaz protección de las ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y biológicos, así como el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, minerales, tradiciones orales, literaturas, diseños y artes visuales y dramáticas.

También garantiza esta ley el derecho de los pueblos y comunidades indígenas, para revitalizar, utilizar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras, por medio de la educación formal e informal, sus historias, lenguas, tecnologías, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literatura, así como utilizar su toponimia propia en la designación de los nombres de sus comunidades, lugares y personas en sus propias lenguas y todo aquello que forme parte de su cultura.

F) LEY DE DERECHOS, CULTURA Y ORGANIZACIÓN INDÍGENA DEL ESTADO DE QUINTANA ROO

La legislación del Estado de Quintana Roo establece las bases para la protección del conocimiento tradicional como patrimonio intelectual de las comunidades indígenas.

De acuerdo con la Ley de Derechos, Cultura y Organización Indígena del Estado de Quintana Roo, los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho al respeto pleno de la propiedad, control y protección de su patrimonio cultural y científico. Por lo que se incluye la protección de ciencias, técnicas y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y biológicos, así como el conocimiento de las propiedades de la fauna y flora, tradiciones orales, literatura, diseños y artes visuales o dramáticas que éstas tengan (Art. 18).

De la misma forma, se reconoce de manera especial la utilización del conocimiento tradicional en el manejo de los recursos naturales y el aprovechamiento sustentable de los mismos.

2.2.2.4. DOCUMENTOS NO VINCULATORIOS

A) ACUERDOS DE SAN ANDRÉS

Por último, dentro de los llamados Acuerdos de San Andrés se reconoce la existencia de un patrimonio cultural tangible e intangible de los pueblos indígenas, por lo que se establece la necesidad de legislar para dar protección, difusión e investigar lo referente a este tipo de conocimientos, afirmando la necesidad de reconocerlo en el ámbito constitucional; así mismo, reclama la incorporación de este conocimiento en el manejo de la biodiversidad.

CAPÍTULO III.- DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS SOBRE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y BIOLÓGICOS.

3.1 DERECHO DE LAS COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LOS RECURSOS GENÉTICOS

Si bien ya hemos mencionado la estrecha relación que existe entre las comunidades indígenas y el aprovechamiento de los recursos naturales de su entorno, cabe resaltar que del total de los pueblos y comunidades indígenas que se asientan en el continente americano alrededor del 20% habitan en la República mexicana, y de éstos un 70% fincan su subsistencia en el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que habitan, por lo cual se deduce que las culturas indígenas de México mantienen una estrecha relación con la naturaleza, que se expresa a través de contenidos y significados múltiples de tipo intelectual y espiritual.

En México, encontramos una variedad de especies endémicas⁶¹ y germoplasma⁶² de gran potencial para el mejoramiento genético de las especies, muchos de los cuales se encuentran ligados a los conocimientos tradicionales de los diversos pueblos indígenas, los cuales resultan indispensables para su aprovechamiento.

Los pueblos indígenas poseen diversos conocimientos que, a través de su historia, les han permitido optimizar las especies de un sinnúmero de variedades vegetales y animales para el mejoramiento de las razas, consiguiendo con ello un aumento en la producción, principalmente para su autoabastecimiento.

Parte de esta apropiación de los pueblos indígenas de sus territorios se apoya en la ejecución de un modelo de desarrollo sustentable, de forma que estimula la autosuficiencia local y regional; aprovechando de manera integral y sostenida todos los recursos del ecosistema para una producción diversificada, teniendo como eje medular la preservación del conocimiento y las tecnologías tradicionales junto con la incorporación de aquellas tecnologías adecuadas por los diversos aspectos de su vida comunitaria.

Es importante subrayar que la relación de los pueblos indígenas con la naturaleza no siempre es de equilibrio, considerando que toda intervención humana en el ambiente produce algún tipo de alteración. Sin embargo, ciertas actividades logran un menor impacto en el ambiente que otras; de esta forma, *"las relaciones entre*

⁶¹ Por especie endémica, se entiende a la especie vegetal o animal cuyo ámbito de distribución natural se encuentra restringido a una región geográfica particular, por lo que no es posible desarrollarla fuera de su medio natural.

⁶² Germoplasma es el material hereditario que se transmite a la descendencia por medio de los gametos, es la información que constituye la base física de las cualidades heredadas de un organismo.

culturas y ambiente han fortalecido el rostro profundo y diverso de nuestro país”,⁶³ generando una interdependencia necesaria para la conservación de la diversidad genética, biológica y cultural de los pueblos y comunidades indígenas y la sociedad en general.

Actualmente, la aplicación del conocimiento científico y las tecnologías modernas junto con el conocimiento tradicional, han generado un debate respecto al derecho que tienen los pueblos y comunidades indígenas en la apropiación de los recursos naturales, y en especial los denominados recursos genéticos dentro de sus tierras y territorios.

Por lo tanto, los pueblos y las comunidades indígenas parecen haber comprendido, y pretenden demostrar, que la aplicación de los conocimientos tradicionales en la producción indígena no sólo es viable, sino imprescindible para fincar una verdadera autonomía y capacidad de desarrollo que garantice una vida digna para las comunidades y el desarrollo del país. Así, la relación de interdependencia generada a través del tiempo entre los pueblos indígenas y la naturaleza puede reflejarse en las palabras pronunciadas, en 1854, por el jefe indígena Seattle, cuando el presidente de los Estados Unidos quiso comprar las tierras de la tribu Duwamich: *“Esto sabemos: la tierra no pertenece al hombre; el hombre pertenece a la tierra (...) el hombre no tejó la trama de la vida; él es sólo un hilo. Lo que hace con la trama se lo hace a sí mismo.”*⁶⁴ De esta forma, hombre y naturaleza se funden en un mismo elemento vital para la conservación del planeta.

3.2. PROPIEDAD INTELECTUAL

El reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual es reciente en el mundo occidental.

Durante muchos siglos fueron las ideas consideradas un bien común. Por ejemplo, Aristóteles, en el siglo IV a. C., consideraba que las ideas eran el reflejo de la razón universal y, por lo tanto, eran comunes a todos. Asimismo, afirmaba que la esencia de las personas era copiar y reproducir lo que ya había sido producido en la razón universal, ésta era la fuente del progreso y la invención, por lo que no podía pertenecer a nadie en particular.

Sin embargo, la justificación de la existencia de los derechos de propiedad intelectual como tales, se considera se gestaron a partir de dos argumentos: uno moral y el otro filosófico, los cuales tienen como finalidad principal recompensar a los innovadores. *“Uno parte de Hegel, se fundaba en que una idea pertenece a su*

⁶³ Argueta, Arturo. *La naturaleza del México profundo*. 1ª ed., Instituto Nacional Indigenista-UNAM, México, 1999, pág. 215.

⁶⁴ Secretaría de Educación Pública. *Introducción a la educación ambiental y la salud ambiental*. México, 1987, pág. 29.

creador porque la idea es una manifestación de la personalidad o el ser del creador. El otro procede de Locke, quien afirmaba que el desagrado del trabajo debería ser recompensado con la propiedad.”⁶⁵

De manera que la protección de la propiedad intelectual adquirió un sentido meramente individualista. El objetivo era lograr una mayor producción inventiva, lo que no era posible teniendo el conocimiento al alcance de todos. Así, el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual transformó al conocimiento de un bien público a un bien privado, permitiendo que los inventores obtuvieran un beneficio económico y la protección de sus ideas.

Los Derechos de Propiedad Intelectual como una forma de garantizar los derechos individuales de su creador, dan origen a una serie de mecanismos de protección, como veremos en forma breve a continuación.

En el ámbito internacional, la primera ley de patentes fue redactada en 1623, y la normativa precursora del Copyright moderno surgió en 1710. Estas leyes, sin embargo, tuvieron un ámbito de aplicación bastante limitado. La interpretación de estas leyes usadas por el mundo occidental es relativamente nueva, inclusive algunos elementos han sido añadidos en los últimos años, de ahí que la idea de propiedad intelectual no sea un concepto universal.

El derecho de propiedad intelectual comprende dos aspectos: la propiedad industrial y los derechos de autor; el primero protege las invenciones industriales, y el segundo a las creaciones que satisfacen sentimientos estéticos o que se relacionan con la cultura en general.

En el sistema jurídico mexicano, por Derecho Intelectual se entiende al *“conjunto de normas que regulan las prerrogativas y beneficios que las leyes reconocen y establecen a favor de los autores y de sus causahabientes por la creación de obras artísticas, científicas, industriales y comerciales”*.⁶⁶ Adviértase que este término involucra los dos ámbitos: la propiedad industrial y los derechos de autor.

Los derechos de autor regulados por la Ley Federal del Derecho de Autor, protegen la creación de una obra intelectual, confiriendo al autor dos tipos de prerrogativas: el derecho moral o personalísimo del autor y el derecho económico o pecuniario. El derecho moral consiste en la facultad exclusiva de crear, continuar y concluir una obra; de modificarla o destruirla; mantenerla inédita o publicarla, con su nombre, pseudónimo o anónimo; elegir intérpretes; y, exigir la integridad de la obra y de su título en sus reproducciones. El derecho económico, por su parte, implica la facultad de obtener una remuneración por la explotación de su obra,

⁶⁵ Braga, Primo. *Guía de Teoría Económica en los Derechos de Propiedad Intelectual en diversas naciones: un recuento a través de la literatura*. Ed. Banco Mundial, Washington, D.C., 1990, pág. 112.

⁶⁶ Rangel Medina, David. *Derecho Intelectual*. Ed. Mc Graw Hill-UNAM, México, 1990, pág. 1.

siendo sustanciales el derecho de reproducción, traducción, ejecución y transmisión.

En el ámbito de los derechos de autor, las expresiones creadas por los pueblos indígenas encontraron una ligera regulación en el año de 1997, dentro del título Séptimo, capítulo III "De las Culturas Populares", puesto que en el artículo 157 se protege a las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, así como todas las manifestaciones lingüísticas, los usos, costumbres y tradiciones de la composición pluricultural del nuestro país, siempre que éstas no tengan un autor identificable.

El artículo 158 establece que las obras literarias, artísticas de arte popular o artesanal que desarrolle y preserve una comunidad o etnia se protegen conforme a los principios de la Ley Federal del Derecho de Autor, a fin de evitar el demérito o perjuicio a la reputación de la comunidad o etnia a la que pertenece.

En este capítulo, se establece que las obras intelectuales de los pueblos indígenas son de "libre utilización", condicionando su manejo por los terceros a la simple mención del grupo indígena o región a la que pertenece; limitando, de esta forma, la participación de los pueblos indígenas creadores de obras artísticas o artesanales en la decisión para su utilización y explotación por los terceros.

Por otra parte, el derecho de propiedad industrial comprende cuatro aspectos: las creaciones industriales, los signos distintivos, la represión de la competencia desleal y el *know how* o transferencia de tecnología, contempladas dentro de la Ley de la Propiedad Industrial.

Así, la Ley de la Propiedad Industrial protege a las patentes, los diseños industriales, modelos de utilidad, secreto industrial, marcas, nombre comercial, denominación de origen y anuncios o avisos comerciales, componentes importantes para el desarrollo industrial.

A pesar de que no encontramos en esta ley una referencia expresa a los derechos de los pueblos indígenas sobre las innovaciones o creaciones tecnológicas que realicen, algunos autores consideran que dentro de las llamadas *denominaciones de origen* podemos encontrar un resquicio para la protección intelectual de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la Unión de Artesanos Olinca, A.C., mediante escrito de 20 de mayo de 1993, solicitó la declaración de protección de la denominación de origen olinalá para ser aplicada a la artesanía de madera. Por resolución de 11 de noviembre de 1994, el IMPI otorgó la protección a la denominación de origen olinalá para la región geográfica que comprende el Municipio de Olinalá que se localiza en el noroeste de Chilpancingo, Estado de Guerrero (...),⁶⁷ beneficiando a las artesanías elaboradas por este grupo guerrerense.

⁶⁷ Ibidem, pág. 89.

En el ámbito internacional también se menciona la posibilidad de encontrar un resguardo del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas dentro del *secreto industrial*, ya que consiste en la protección de un conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que un empresario por su valor para la empresa desea mantener oculto.

Salvo estos resquicios, no se encuentran mayores elementos que nos permitan garantizar la protección de los conocimientos tradicionales sobre los recursos naturales de las comunidades y pueblos indígenas dentro de los derechos industriales.

Pero, a pesar de estos vacíos, actualmente se analiza la posibilidad de proteger al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas a través de un sistema de propiedad intelectual *sui géneris*. Sin embargo, este planteamiento ha mostrado claramente el conflicto que se genera entre el otorgamiento de patentes sobre productos obtenidos a partir del conocimiento tradicional indígena y el respeto de los derechos indígenas reconocidos tanto en el ámbito internacional como nacional.

Por lo tanto, es de interés ahondar en el sistema de patentes y su relación con el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas, para comprender mejor la protección que se reclama desde la perspectiva del derecho colectivo.

3.2.1. SISTEMA DE PATENTES

*"La gran mayoría de los sistemas de patentes comienzan hace unos doscientos años, en estrecha vinculación con la revolución industrial".*⁶⁸

El sistema de patentes, tal como lo conocemos, constituye una compleja estructura de leyes y costumbres nacionales, acuerdos y prácticas internacionales privados, así como de acuerdos y convenciones intergubernamentales referentes a las patentes sobre los inventos. Los principios económicos de este sistema son relativamente claros, *"todas las leyes de patentes tienen mucho en común: su propósito es alentar los inventos y su método es asegurar al propietario de la patente un cierto control sobre el uso del invento para lo cual logró obtener la patente"*.⁶⁹

En México, actualmente existen dos sistemas para la obtención de patentes:

- El sistema establecido en la Ley de la Propiedad Industrial, y

⁶⁸ Ribeiro, Silvia. "Propiedad Intelectual, recursos genéticos y conocimientos tradicionales", Leff, Enrique (coordinador). *Comercio, medio ambiente y desarrollo sustentable T. 2*. Ed. UNAM-PNUMA, México, 2001, pág. 365.

⁶⁹ Sherwood, Robert. *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1992, pág. 5.

- El sistema del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, o por sus siglas en Inglés PCT (Patent Cooperation Treaty).

El sistema mexicano de patentabilidad tiene su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 28) y la Ley de la Propiedad Industrial, el cual permite al inventor el registrar ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial su invención y obtener la patente de invención. El alcance de la protección de la patente en este sistema, se circunscribe al territorio nacional.

Por otra parte, el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes establece la posibilidad de realizar el registro de la invención dentro del catálogo que tiene la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, obteniendo con ello un derecho que surte efectos en todos los Estados firmantes del Tratado. Este sistema es usado principalmente por las empresas transnacionales que explotan las invenciones en varios países del mundo.

3.2.1.1. CONCEPTO DE PATENTE.

No obstante que el surgimiento de la propiedad intelectual es reciente, se tiene documentado que desde tiempos inmemoriales los reyes y gobernantes otorgaban a sus súbditos derechos exclusivos para ejercer un determinado comercio, vender un producto o usar un proceso. Durante el siglo XIV, en Europa se otorgaron un sinnúmero de privilegios a los inventores. En 1474, se promulgó en Venecia la primera ley de patentes, mediante la cual se otorgaron cerca de 100 privilegios para los inventos industriales.

A finales del siglo XVIII, aparecieron en Estados Unidos y Francia las primeras leyes específicas sobre patentes de invención, que reafirmaron, una vez más, los derechos individuales en desmedro de la noción de la apropiación universal de las ideas.

A partir del surgimiento de las legislaciones nacionales sobre patentes, se avanzó en la definición de las mismas, considerándola como un privilegio concedido al inventor con el propósito de fomentar la invención. La patente fue entonces vista como un monopolio con el propósito de fomentar la innovación; de ahí que se diga que su origen es claramente económico.

La patente en México se define como el título expedido por el Estado para hacer constar el derecho exclusivo temporal que una persona física o jurídica tiene para explotar, en el ámbito industrial, un invento que reúna las exigencias legales.

Actualmente, la patente es el instrumento de protección de toda invención humana. La Ley de la Propiedad Industrial preceptúa que una invención es *“ toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la*

naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas".⁷⁰

3.2.1.2 REQUISITOS PARA LA OBTENCIÓN DE PATENTES

Dentro del sistema jurídico nacional e internacional existen dos tipos de requisitos: las condiciones positivas de patentabilidad y las condiciones negativas de patentabilidad.

Las condiciones positivas para la patentabilidad son:

- Existencia de una invención, es decir, toda creación humana que permite transformar la materia o energía que existe en la naturaleza, para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas.
- Que dicha invención sea resultado de una actividad inventiva, esto es, resultado de una operación mental.
- Que sea nueva, es decir, que no se haya dado a conocer.
- Que la invención sea susceptible de aplicación industrial, que sea factible llevarla a la práctica, y no un mero principio teórico.

Así, dentro de nuestro sistema nacional es necesario contar con los requisitos enumerados para realizar la solicitud de patentabilidad ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

Las condiciones negativas por las cuales se niega el registro de patente son:

- Procesos esencialmente biológicos para la producción, reproducción y propagación de plantas y animales.
- Material biológico y genético, tal como se encuentran en la naturaleza.
- Razas animales.
- El cuerpo humano y las partes vivas que lo componen.
- Variedades vegetales.

3.2.1.3. PATENTES SOBRE ORGANISMOS VIVOS

De acuerdo con el artículo 16 de la Ley de la Propiedad Industrial, se prohíbe otorgar patentes sobre material biológico, genético, razas animales, variedades vegetales, cuerpo humano y en general sobre cualquier organismo vivo.

Pese a esta prohibición, actualmente existen algunos mecanismos que garantizan la protección de actividades inventivas sobre los organismos vivos, como las llamadas variedades vegetales. A partir de 1961, se firmó el Convenio

⁷⁰ Artículo 15 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, que tenía como objetivo la protección de las nuevas variedades de plantas por medio de una misma norma básica. Los Estados que signaron este Convenio (aproximadamente, 31) constituyen la denominada Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV). Más tarde, en 1991, se firmó el Convenio Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas.

A pesar de que el Estado mexicano no es miembro de la UPOV, ha adoptado medidas que garantizan la protección de las variedades vegetales, ya que diversos instrumentos internacionales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el TLC México-Colombia-Venezuela, el TLC con Bolivia, y los Acuerdos de Marrakech, obligaron al país a reformar su marco jurídico respecto al tema.

En 1995 se ratificó el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, y en 1996 se promulgó la Ley Federal de Variedades Vegetales que tiene como objetivo fijar las bases y procedimientos para la protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales.

De acuerdo con la Ley, una variedad vegetal es la "*subdivisión de una especie que incluye a un grupo de individuos con características similares y que se considera estable y homogénea*"⁷¹. Es decir, comprende a las plantas y subdivisiones de la misma, en donde la actividad humana consiste en desarrollar un tipo de planta mejor adaptada a las necesidades del hombre y el medio ambiente.

La protección de las variedades vegetales se otorga a través del denominado Título de Obtentor, documento expedido por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA), en el que se reconoce y ampara el derecho del obtentor de una variedad vegetal que cumple con los siguientes requisitos: nueva, distinta, estable y homogénea.

Mención especial amerita el artículo 3º, fracción XI, de la Ley, ya que prevé como una de las atribuciones de la SAGARPA proteger la biodiversidad de las variedades vegetales que son de dominio público. Así mismo, preceptúa que las comunidades tendrán el derecho de explotarla racionalmente como tradicionalmente lo vienen haciendo.

3.2.1.4 MARCO JURÍDICO DE LAS PATENTES EN MÉXICO.

En el presente trabajo, nos interesa remarcar el marco jurídico que regulan las patentes en nuestro país.

De acuerdo a la jerarquía de las normas, encontramos en primer término el artículo 28, párrafo 9, de la Constitución Política de los Estados Unidos

⁷¹ Artículo 2º, fracción IX, de la Ley Federal de Variedades Vegetales.

Mexicanos, el cual dispone que no constituyen un monopolio los privilegios que, por determinado tiempo, se concedan a los inventores para el uso exclusivo de sus inventos. El artículo 89, fracción XV, faculta al Presidente de la República para conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado y conforme a la ley respectiva, a los inventores, descubridores o perfeccionadores de algún ramo de la industria.

De acuerdo con el artículo 73 constitucional, fracción XXIX-F, el Congreso de Unión tiene la facultad de expedir las leyes correspondientes para regular la transferencia de tecnología (Know-How), la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos necesarios para el desarrollo nacional. Estas disposiciones constitucionales son el fundamento de la legislación reglamentaria en materia de derechos de propiedad industrial.

Con relación a los Tratados Internacionales que el Estado mexicano ha ratificado en materia de patentes, sobresale por su importancia el Convenio de París (ratificado en 1976), el cual en su artículo 1°, numerales 2 y 4, establece como un objetivo del Convenio la protección de las patentes de invención, por lo cual se establecen los procedimientos mediante los cuales se puede realizar una solicitud para la obtención de una patente dentro de los países miembros de la Unión.

Otro instrumento internacional relevante, es el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) y su reglamento, en el cual se establece que las referencias a una patente se deberán entender como referencias a patentes nacionales y regionales; pero, dando la posibilidad de presentar solicitudes nacionales, regionales e internacionales; esta última es la presentada en virtud del PCT, que permite solicitar el registro de una patente de invención en diferentes países miembros de la Unión.

Asimismo, el reglamento del PCT establece las reglas para llenar los formularios de la solicitud de patentes dentro de este instrumento internacional, el PCT establece en el artículo 9° que la solicitud de la patente sólo la puede realizar cualquier persona domiciliada o nacional de un Estado contratante; por su parte, en el reglamento, la regla 4.4 sólo habla de dos tipos de personas facultadas para solicitar una patente: las naturales (los individuos) y las jurídicas (aquéllas constituidas legalmente); por lo cual, se excluye la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan acceder a este tipo de protección de sus conocimientos tradicionales.

Otros tratados internacionales que regulan las patentes son el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Tratado de Libre Comercio México-Colombia-Venezuela, que sus capítulos XVIII regulan el tema relativo la protección de la propiedad intelectual y patentes.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), firmado en 1994 en el marco de los Acuerdos de Marrakech, prevé el nivel mínimo de protección a los derechos de propiedad intelectual, permitiendo que los Estados miembros puedan establecer

una protección más amplia. El ADPIC se rige por los principios de Trato Nacional y Trato de la Nación Más Favorecida, los cuales constituyen la obligación de los Estados de proteger, dentro de su territorio, los derechos concedidos en su legislación nacional a los demás Estados miembros en materia de propiedad intelectual.

En el artículo 7°, el Acuerdo establece como objetivo la protección de los derechos de propiedad intelectual para contribuir a la promoción de la innovación tecnológica, transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio mutuo de los productores y los usuarios de conocimientos tecnológicos, de forma que se favorezca el bienestar social y económico, así como el equilibrio de derechos y obligaciones.

Es conveniente señalar que, de acuerdo al artículo 8°, los Estados miembros pueden modificar sus leyes y adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública, la nutrición de la población, impulsar el interés público en los sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el Acuerdo.

De acuerdo con la Parte II, sección 5: Patentes del ADPIC, se establecen los derechos, condiciones, excepciones y plazos para la obtención de las patentes bajo este sistema; sin embargo, resulta interesante lo establecido en el artículo 27, ya que establece como material patentable todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

De acuerdo al artículo 28, es factible excluir de la patentabilidad las invenciones que para proteger el orden público o la moral, la salud, la vida de las personas o animales, preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente sean necesarias. Además, se excluyen explícitamente de la patentabilidad los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales; las plantas y animales.⁷² Sin embargo, los Estados miembros se comprometen a otorgar protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de ambos sistemas.

Dentro de la legislación reglamentaria en materia de propiedad intelectual, la Ley de la Propiedad Industrial, en el Capítulo II (artículo 15 al 26), regula a las patentes y prevé que las invenciones son toda creación humana que transforma la materia o energía que existe en la naturaleza para su aprovechamiento por el hombre y la satisfacción de sus necesidades concretas.

⁷² Excepto los microorganismos y los procedimientos esencialmente no biológicos para la producción de plantas o animales, esto es, que no sean procedimientos biológicos o microbiológicos.

Los requisitos que prevé el artículo 16 son: que sean nuevas, resultado de una actividad inventiva y susceptible de aplicación industrial. Se considera nueva, cuando no se encuentre en el estado de la técnica; posee actividad inventiva, cuando el invento es resultado de un esfuerzo intelectual; y, resulta de aplicación a la industria, si es factible de realizarse y no es sólo un principio teórico, es decir, que puede utilizarse en cualquier rama industrial. Las patentes dentro de nuestro país tienen una duración de 20 años.

El mismo artículo 16 excluye de las patentes al material biológico y genético tal como se encuentra en la naturaleza, las razas animales, el cuerpo humano y las partes vivas que los componen y las variedades vegetales.

Resulta importante resaltar que, de acuerdo al artículo 19, fracción VII, de la Ley de la Propiedad Industrial, no se considera invención los métodos terapéuticos o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano o animal.

De acuerdo con la ley, quien puede solicitar el registro de una patente es la persona física que realiza la invención (artículo 9°); en el caso de ser varias las personas que hicieron la misma invención, tendrá derecho quien haya presentado primero la solicitud de registro (artículo 10° Bis). Sin embargo, si una invención fue realizada por dos o más personas conjuntamente, el derecho a obtener la patente pertenece a todos en común, pero el registro de la patente debe realizarse nombrando un representante común.

El Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, en el capítulo II, establece los requisitos que deben cumplirse para entregar la solicitud de patentes, y no prevé ninguna disposición respecto al derecho de los pueblos indígenas.

3.2.1.5. ORGANISMOS QUE REGULAN LAS PATENTES: IMPI Y OMPI

A) INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (IMPI)

En México, la Ley de la Propiedad Industrial estableció la creación del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), como una institución especializada en la materia,⁷³ con el objetivo de ofrecer apoyo técnico a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial⁷⁴ para el otorgamiento de los derechos de propiedad industrial y, con ello, brindar un servicio expedito a los usuarios del sistema de propiedad industrial.

Actualmente, con las reformas a la Ley, el IMPI se convirtió en una entidad descentralizada del gobierno federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Éstos son algunos de sus objetivos:

⁷³ El 10 de diciembre de 1993, se publicó en el D.O.F. el Decreto de creación del IMPI.

⁷⁴ Actualmente, Secretaría de Economía.

- Otorgar protección a través de patentes, registros de modelos de utilidad y diseños industriales; registros de marcas y avisos y publicación de nombres comerciales; autorizar el uso de denominaciones de origen y regular los secretos industriales.
- Prevenir y combatir los actos que atenten contra la propiedad industrial o constituyan competencia desleal, así como establecer las sanciones y penas correspondientes.
- Promover y fomentar la actividad inventiva de aplicación industrial, las mejoras técnicas y la difusión de los conocimientos tecnológicos dentro de los sectores productivos.

Para el logro de sus cometidos, el IMPI cuenta con cuatro Direcciones Divisionales: Patentes; Marcas; Protección a la Propiedad Industrial e Informática y Sistemas de Información Tecnológica.

Cabe señalar que conforme al Decreto por el que se crea el Instituto, la Junta de Gobierno, que es su órgano máximo de administración, se integra por el Secretario de Economía, quien la preside, y por los representantes de las Secretarías de Economía, Hacienda y Crédito Público, Relaciones Exteriores, Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, Educación Pública y Salud, así como los representantes del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y del Centro Nacional de Metrología.

El IMPI ha fortalecido su autoridad y vigilancia mediante su participación en la Comisión Intersecretarial para la Protección, Vigilancia y Salvaguarda de los Derechos de Propiedad Intelectual; creada en 1993, con el objetivo de coordinar las atribuciones y conocimientos de diversas autoridades gubernamentales, actuando cada una de éstas únicamente en la esfera de su competencia. Sin embargo, en la Ley de la Propiedad Industrial, el Reglamento y el Estatuto Orgánico del IMPI, no se contempla aún la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan proteger su conocimiento tradicional respecto al uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

B) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI)

Los orígenes de la Organización Mundial de la Propiedad intelectual se remontan a 1883, año en que se adoptó el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, primer tratado internacional de gran alcance destinado a facilitar que los nacionales de un país obtengan la protección en otros países para sus creaciones intelectuales mediante los derechos de propiedad intelectual.

El Convenio de París entró en vigor en 1884 en 14 Estados. Así, se estableció una Oficina Internacional encargada de realizar las tareas administrativas como la organización de las reuniones de los Estados parte.

En 1886, se adoptó el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, creándose una Oficina Internacional encargada de llevar a cabo las tareas administrativas.

En 1893, esas dos pequeñas oficinas se unieron para formar lo que se denominó Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (Organización mejor conocida por su sigla francesa: BIRPI). Establecida en Berna, Suiza, y con 7 funcionarios, esta Organización fue la precursora de la actual Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) tiene por finalidad velar por la protección de los derechos de los creadores y los titulares de propiedad intelectual a nivel mundial y, por consiguiente, contribuir a que se reconozca y se recompense el ingenio de los inventores, autores y artistas, por lo que al crear un marco estable para la comercialización de los productos de la propiedad intelectual, también facilita el comercio internacional.

La OMPI cuenta con 179 Estados miembros, más del 90% de los países del mundo, y 916 funcionarios procedentes de todo el mundo, los cuales llevan a cabo numerosas actividades relacionadas con la protección de los derechos de propiedad intelectual, como la administración de los tratados internacionales y la prestación de asistencia a gobiernos, organizaciones y el sector privado; incumbe también a la OMPI seguir de cerca todos los avances en el ámbito de la propiedad intelectual y promover la armonización y simplificación de las normas y prácticas a ese respecto. En este sentido, actualmente la OMPI prepara una propuesta internacional de protección al conocimiento tradicional y los recursos biológicos y genéticos.

3.2.2. PATENTE Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL

A pesar del reconocimiento internacional del derecho de los pueblos indígenas a conservar y proteger sus prácticas, conocimientos y modos de vida tradicionales, el patrimonio intangible de muchos pueblos indígenas está en peligro y muchos de estos pueblos no pueden gozar de sus derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En los últimos años, uno de los temas que en el ámbito internacional está ocupando la atención es la apropiación, a través de patentes, del denominado conocimiento tradicional. Aunque las formas y manifestaciones son diversas, la problemática estriba en una práctica que a lo largo de los últimos años se ha incrementado, consistente en obtener, a partir de los conocimientos medicinales y herbolarios de las comunidades indígenas (especialmente de los países africanos y latinoamericanos), la información que sostiene las patentes de los laboratorios transnacionales.

Son ya varios los casos documentados de patentes otorgadas a favor de los laboratorios transnacionales que, a partir de la información obtenida de los conocimientos herbolarios con aplicaciones terapéuticas, se convierten en propietarios de una fórmula exclusiva que les asegura un éxito económico por la comercialización del fármaco, ahorrándose los costos propios de la investigación inicial, y sin realizar pago alguno a las comunidades indígenas depositarias del conocimiento.

En el caso de nuestro país, han sido diversos los casos ya reportados, sin embargo, la preocupación se cierne sobre muchas comunidades y pueblos indígenas en los que conservan aún conocimientos heredados. La preocupación cuando se extrae un conocimiento tradicional de una comunidad indígena, es que ésta pierde el control sobre la manera de utilizar dicho conocimiento por lo que su utilización o explotación pueden ser inadecuadas. De ahí que se hable de la necesidad de regular las prácticas de bioprospección⁷⁵ sobre la diversidad biológica y los conocimientos tradicionales que derivan en el otorgamiento de patentes.

Al respecto, existen dos posturas encontradas en torno al derecho de las patentes sobre el conocimiento tradicional, *"por una parte, quien estima que no existe razón alguna que justifique siquiera que la información sea compartida por comunidades que la han poseído y utilizado tradicionalmente; en el otro extremo, quienes consideran que se trata de conocimiento que representa beneficios promisorios para la humanidad, y que como tal debe ser conocida y traducida en productos útiles."*⁷⁶

3.2.2.1. CONCEPTO DE BIOPIRATERÍA

El término Biopiratería fue ideado, en 1993, por Pat Mooney, presidente de RAFI (Fundación Internacional para el Progreso Rural), el cual consiste en *"(...) la utilización de los sistemas de propiedad intelectual para legitimizar la propiedad y el control exclusivos de conocimientos y recursos biológicos sin reconocimiento, recompensa o protección de las contribuciones de las comunidades indígenas y campesinas, por lo que la bioprospección no se puede ver más que como biopiratería."*⁷⁷

De acuerdo a otros grupos no gubernamentales, la biopiratería es la apropiación por parte de las empresas transnacionales y también de algunas instituciones públicas de investigación (a menudo en curso de privatización) de los recursos

⁷⁵ Por bioprospección, entendemos la exploración de la diversidad biológica y del conocimiento indígena asociado a ella, para facilitar la selección y extracción de los recursos genéticos y bioquímicos que puedan resultar en productos comerciales.

⁷⁶ OMPI. "La OMPI y los pueblos indígenas", en Folleto de la OMPI, No. 12. 2001, pág. 2.

⁷⁷ RAFI. Reflexiones sobre la disputa de bioprospección, en www.rafi.org. Canadá, 22 de noviembre de 1993.

genéticos y conocimientos asociados a ellos, para su privatización y para obtener un lucro. En este sentido, el concepto biopiratería ha sido utilizado por las Organizaciones no Gubernamentales para denunciar proyectos de biopiratería en los Estados de Oaxaca y Chiapas.⁷⁸

Ahora bien, al proceso de búsqueda y evaluación que realizan los centros de investigación y las empresas transnacionales para identificar, seleccionar y aislar componentes últimos de los recursos naturales, se le conoce como "bioprospección." Es decir, la exploración de la diversidad biológica y del conocimiento indígena asociado a ella, para facilitar la selección y extracción de los recursos genéticos y bioquímicos que puedan resultar en productos comerciales.

En este sentido, la bioprospección no es un asunto nuevo, desde siglos atrás el hombre siempre ha estado realizando investigaciones en el campo de la botánica, la biología y la antropología con el fin de conocer los frutos, maderas, tinturas, semillas, resinas y conocimientos de otras culturas, que permitieran mejorar el comercio. A guisa de ejemplos, "en 1787, el Rey Carlos III aprobó la Real Expedición Botánica al reino de la Nueva España, a semejanza de las que ya se realizaban en Perú y Santa Fe, con el fin de que: (...) se examine, dibujen y describan (sic) metódicamente las producciones naturales de mis Fértiles Dominios de Nueva España no solo con el objeto general, e importante de promover los progresos de las ciencias Phisicas (sic), desterrar las dudas y adulteraciones que hay en la medicina, tintura y otras artes útiles que aumentan el comercio (...)"⁷⁹

Otro caso interesante es el que relata Karl Lumholtz,⁸⁰ en 1896, cuando pretendía extraer y comprar a los Purépechas un esqueleto encontrado en el panteón de Cherán, Michoacán, lo cual ocasionó el enojo de los indígenas que ni el dinero pudo convencerlos para ceder dicho esqueleto.

Estos casos muestran que la bioprospección ha sido una práctica añeja de varios países con el objetivo de mejorar su comercio y la investigación, también resalta la existencia de una oposición por parte de las comunidades de llevar a cabo dichas actividades, que no les han beneficiado.

En el contexto actual, ante la lucha por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales y su patrimonio intelectual, las comunidades indígenas nacionales refieren que la utilización de la biodiversidad y

⁷⁸ Algunos ejemplos de ello, son los Proyectos Sandoz (Novartis)-Unión de Comunidades Forestales Zapotecas y Chinantecas (Uzachi) de la Sierra de Juárez, en Oaxaca, y el ICBG Maya-Colegio de la Frontera Sur- Universidad de Georgia/Molecular Natural Limited, en Chiapas.

⁷⁹ Argueta Villanar, Arturo. "La protección legal y social de los saberes indígenas", en Leff, Enrique (coordinador). *Justicia Ambiental* T.1. Ed. UNAM-PNUMA, México, 2001, pág. 148.

⁸⁰ Lumholtz, Karl. *México Desconocido: Un expediente de la exploración de cinco años entre las tribus de la sierra Madre Occidental; en el Tierra Caliente de Tepic y de Jalisco; y entre el Tarascos de Michoacán*. México, 1973, pág. 25.

los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sin su autorización, aun cuando se le denomine bioprospección, constituyen prácticas de biopiratería, ya que el hecho de ser utilizados sin su consentimiento constituye un plagio al patrimonio intangible de los pueblos indígenas.

Por lo tanto, ya sea denominado como bioprospección (por parte de los Estados) o biopiratería (por parte de las comunidades indígenas), éstas consisten en investigar los *“genes de plantas, animales y humanos, principios activos y conocimientos etnobotánicos que puedan ser explotados económicamente por las empresas transnacionales de la farmacéutica, la agricultura y la alimentación.”*⁸¹

*“También les interesa identificar las regiones precisas del mundo con megadiversidad, lo que hoy el Banco Mundial llama los “hotspots” (las zonas de mayor concentración) de biodiversidad”*⁸², sin reconocer plenamente los derechos que los pueblos y comunidades indígenas tienen sobre éstos.

De esta forma, podemos decir que la biopiratería es el resultado de las prácticas de bioprospección que realizan los países desarrollados en los territorios indígenas, lo cual propicia que los derechos intelectuales de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales y genéticos sean eliminados y reemplazados por quien logra obtener la patente.

3.2.2.2. CASOS DE PATENTES Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL.

Son varios los casos en el mundo que se han documentado en donde se otorgaron patentes sobre productos obtenidos a partir del conocimiento tradicional indígena sobre los recursos naturales, o bien la bioprospección que se está realizando a través de contratos que dejan en una situación de desventaja a los pueblos indígenas.

En 1994, dos investigadores de la Universidad del Estado de Colorado obtuvieron la patente norteamericana No. 5,304,718 sobre la variedad Apelawa de la quinua, un cultivo indígena ancestral del Perú. La patente fue sobre un producto que combatía la esterilidad masculina, logrando otro tipo de variedades, pero nunca se reconoció el lugar de origen ni la contribución de los pueblos indígenas.

La patente vegetal norteamericana No. 5,751 sobre la ayahuasca, una planta sagrada y medicinal de la Amazonía. La ayahuasca es una planta utilizada con numerosos propósitos medicinales y rituales por los pueblos Quechua de la Amazonía. Sin embargo, en 1986, se concedió la patente sobre las propiedades de la planta a un científico estadounidense. Debido a la presión del movimiento

⁸¹ Torres, Elizabeth. **Derecho del patrimonio colectivo (derecho indígena), derecho de la propiedad intelectual.** Tesis de Maestría en Antropología, La Paz, Bolivia, 2002, pág. 44.

⁸² Rodríguez, Silvia. “Biodiversidad y los Derechos de Protección Vegetal”. en **GRAIN, Revista de Biodiversidad**, No. 23. Montevideo, Uruguay, 2000, pág. 6.

indígena internacional, la oficina de patentes tuvo que revocarla en 1999 y reconocer que las propiedades de dicha planta ya eran conocidas anteriormente por los indígenas de la Amazonía.

En la Universidad de Wisconsin se obtuvo la patente sobre una proteína aislada de la brazeína, encontrada en una baya de África occidental y con el poder edulcorante 500 veces superior al azúcar, utilizada desde tiempos ancestrales por los nativos del lugar, dicha institución no ha compartido ningún beneficio con los grupos indígenas que descubrieron y utilizaron este recurso.

En 1995, la Universidad de Mississippi obtuvo la patente sobre la curcuma, una raíz considerada por la población nativa de la India como mágica para curar heridas musculares e inflamaciones.

En el caso de México, en los años de 1986, 1989 y 1992 se otorgaron las patentes sobre un polvo extraído de la corteza tostada del tepezcohuite (o árbol de piel), encontrado en las zonas de Chiapas, en donde se utiliza por los mayas para el tratamiento de heridas en la piel. Actualmente, las comunidades indígenas tienen que competir con los comerciantes que tienen las patentes para acceder a este árbol.⁸³

Además, encontramos los siguientes ejemplos: En 1994, POD-NERS, una compañía de semillas de siembra originaria de Colorado, E.U., compró semillas de frijol amarillo en Sonora, México. Dos años más tarde, el presidente de la empresa, Larry Proctor, solicitó y obtuvo la patente norteamericana No. 5,984,079 sobre la semilla llamada Enola y procedió a demandar a dos productores mexicanos: los Productos Verde Valle y Tutuli Produce, quienes vendían el frijol en Estados Unidos.

Proctor argumentó que la actividad comercial de estas dos compañías mexicanas constituía una violación a su patente. La patente está actualmente siendo revisada por el Centro Internacional de Agricultura Tropical (CIAT) y permanece pendiente mientras la Oficina de Patentes de Estados Unidos emita un veredicto.

Otro caso importante es el del Pozol, bebida tradicional derivada del maíz fermentado, elaborado por los mayas durante generaciones, significativa por su valor cultural, nutricional y sus propiedades curativas en la prevención de giardia, amibas y otros males intestinales. En 1999, la corporación holandesa Quest International y la Universidad de Minnesota obtuvieron la patente No. US 5,919,695 y argumentaron, en un ejemplo clásico de negación de los derechos indígenas, no haber patentado el pozol, sino haber aislado⁸⁴ un microorganismo (o componente activo) que contiene la bebida. Con base a este argumento, se negaron a reconocer el conocimiento tradicional indígena utilizado en la elaboración del pozol.

⁸³ GRAIN. *De patentes y Piratas*. Montevideo, Uruguay, 2000, pág. 3 en <http://www.grain.org/front/>

⁸⁴ Se refiere al proceso por medio del cual se logra aislar un microorganismo de una sustancia.

3.2.2.3 CONFLICTO ENTRE EL SISTEMA DE PATENTES Y LA PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL INDÍGENA.

Como hemos mencionado, la importancia de los conocimientos tradicionales para el sector industrial ha generado un sinnúmero de conflictos que sugieren la necesidad de crear un marco jurídico que establezca los mecanismos adecuados para alcanzar el respeto de los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas sobre los recursos naturales y conocimientos tradicionales frente a terceros.

Cuando un tercero entra en contacto con una comunidad indígena para obtener un conocimiento tradicional, se genera un conflicto entre las instituciones del Estado y las culturas indígenas, creando diversos resultados:

1. Las instituciones de la propiedad intelectual y el sistema de patentes están centradas en el individuo, en tanto que los conocimientos tradicionales son una construcción colectiva regida por las instituciones colectivas⁸⁵ que regulan su transmisión y enseñanza, por lo que el sistema de patentes no reconoce a estas autoridades como instancias para solicitar el acceso a los recursos y conocimientos de las comunidades.
2. Existen marcadas asimetrías en la información, de forma que el entorno cultural genera que los pueblos indígenas y las empresas tengan diferentes criterios de valor, formas de negociar y de establecer compromisos respecto a los conocimientos tradicionales y los recursos naturales.
3. La ausencia de mecanismos para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos colectivos, ocasiona que las patentes se conviertan en una apropiación indebida de los conocimientos, alterando las normas de los pueblos indígenas.
4. A través de las patentes no se logra fortalecer un sistema de innovación que fortalezca el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.

3.3 PROPIEDAD INTELECTUAL INDIVIDUAL FRENTE A LA PROPIEDAD INTELECTUAL COLECTIVA

Hemos delineado de manera general el surgimiento de los derechos de propiedad intelectual en el mundo a partir de un enfoque individualista, en el cual se protege el derecho del inventor sobre su creación intelectual, considerando a los conocimientos como una propiedad privada susceptible de apropiación, excluyendo el reconocimiento de los conocimientos colectivos.

⁸⁵ Por instituciones colectivas, nos referimos a las autoridades tradicionales, los consejos y miembros que intervienen en las decisiones relativas a los conocimientos tradicionales de la comunidad.

Así, la razón de ser de los sistemas de protección de la propiedad intelectual es el estímulo de la producción literaria, científica o artística y de la actividad inventiva, en servicio del bien común. Con esta protección, se formaliza el derecho del autor o del inventor al reconocimiento de la paternidad de la obra y a exigir, por lo tanto, una retribución económica.

En la óptica de los pueblos indígenas, la idea de la existencia de los conocimientos colectivos, cuyo titular es la comunidad o pueblo indígena y en donde se les protege por una serie de normas internas que permiten su continuidad para las generaciones futuras, no tienen un valor económico, sino cultural, ya que forman parte de su propia identidad.

Ante estas dos formas de entender la apropiación de los conocimientos respecto a recursos naturales, advertimos que están en juego los derechos de las poblaciones indígenas, locales y rurales que han desarrollado conocimientos tradicionales respecto a los recursos de los territorios que ocupan y de donde proviene el material genético utilizado por las grandes transnacionales.

Hoy día, el reto consiste en establecer un sistema de protección diferente al conocido sistema de propiedad intelectual, mediante el cual se garantice el derecho de los pueblos indígenas como sujetos colectivos.

3.3.1. CREACIÓN DE UN SISTEMA DE PROPIEDAD INTELECTUAL SUI GÉNERIS.

Los actuales sistemas de propiedad intelectual no son suficientes para asegurar los beneficios derivados de la utilización de los recursos biológicos y genéticos por parte de los pueblos y comunidades indígenas, ya que se sustentan en la protección de los derechos individuales, lo cual excluye la propiedad colectiva de los conocimientos tradicionales y derechos de sus protectores. En consecuencia, diversos foros internacionales han propuesto la creación de un sistema *sui géneris*, en donde se contemplen los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales y sus conocimientos.

Asimismo, se reconoce que la conservación y protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, rurales y locales son uno de los mecanismos importantes para garantizar la conservación de la biodiversidad.

A raíz del CDB, los temas que más se han debatido son el acceso a los recursos genéticos y la distribución equitativa de los beneficios. Ante este panorama, algunos países están implementando un marco legal para el acceso a los recursos biológicos y genéticos, presentando una serie de dificultades y obstáculos para una efectiva aplicación de dichas normatividades.

Nuestro país aún no cuenta con una legislación en este sentido, por lo cual consideramos importante analizar el contenido de los instrumentos internacionales más importantes en este tema, así como la experiencia de otros países.

3.3.1.1 ALCANCES DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Como hemos hecho mención, el Convenio de la Diversidad Biológica (CDB) es uno de los instrumentos internacionales que han abierto el debate sobre la necesidad de crear un sistema *sui géneris* de protección y acceso equitativo a los beneficios por parte de los pueblos indígenas.

El CDB ha reconocido la dependencia de los recursos biológicos y genéticos y el conocimiento tradicional para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Por ello, el artículo 8 (j) del Convenio establece que las legislaciones nacionales deben fomentar el respeto, preservación y retribución de los aportes relevantes que las comunidades indígenas y locales incorporan para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, promoviendo su aplicación más amplia.

A partir de este artículo, se ha conformado un grupo de trabajo específico para tratar de poner en práctica lo ordenado por el mismo. Este grupo está abierto a todos los Estados y los representantes indígenas y locales de las comunidades para que participen de manera activa.

Como resultado del grupo de trabajo, algunos gobiernos han comenzado a facilitar la participación de las comunidades indígenas y locales en las políticas para la conservación y el uso sostenible de los recursos, el acceso a los recursos genéticos y de la distribución de los beneficios, así como la gerencia de las áreas protegidas.

Sin embargo, el CDB ha establecido los derechos del Estado-nación sobre los recursos genéticos, y solamente reconoció la necesidad de respetar, preservar y mantener el conocimiento, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que expresan estilos de vida. El derecho de los pueblos indígenas y las comunidades locales a tener control sobre sus recursos biológicos y genéticos no está contemplado.

3.3.1.2 CONVENIO 169 DE LA OIT

Como ya hemos indicado, el Convenio 169 de la OIT, único instrumento internacional específico sobre los derechos indígenas, establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente de los pueblos indígenas (artículo 4°, numeral 1). Así mismo, se dispone la necesidad de aplicar el Convenio respetando la integridad de los valores, prácticas

e instituciones de dichos pueblos. Por su parte, el artículo 27 obliga a los Estados a considerar dentro de los planes de estudio aspectos como su historia, conocimiento y técnicas, sistema de valores y sus aspiraciones sociales, económicas y culturales.

En este sentido, el Convenio 169 obliga a los Estados a elaborar un marco regulatorio que reconozca los sistemas normativos de los pueblos indígenas y su derecho al acceso de los recursos naturales, vigilando la participación, administración y aprovechamiento de los mismos (artículo 15).

3.3.1.3 DECISIÓN ANDINA 391 Y 486 DE LA JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA

La Decisión Andina 391 relativa al establecimiento de un Régimen Común sobre el Acceso a los Recursos Genéticos reafirma la soberanía de los países sobre el uso y aprovechamiento de sus recursos, reconociendo las características multiétnicas y pluriculturales de los países miembros y las aportaciones que los mismos han realizado para la conservación y el desarrollo sostenible de dichos recursos.

La Decisión 391 define el término "acceso" como la obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones *ex situ* e *in situ*, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros.

El artículo 3° de la Decisión 391 se refiere a los recursos genéticos, sus derivados y componentes asociados a las comunidades indígenas, locales y afroamericanas. El artículo 7° reconoce y valora los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a los recursos genéticos; sin embargo, se subraya que es el Estado quien tiene la propiedad de los recursos genéticos.

Asimismo, el artículo 35 establece el procedimiento del denominado Contrato de Acceso, que se firma entre el Estado, representado por la autoridad nacional competente, y el solicitante del acceso. Pero, cuando interviene sobre el recurso genético algún componente del conocimiento tradicional indígena, local o de los campesinos, es necesario además incorporar al contrato de acceso un anexo donde se prevea la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de dicho componente.

La Decisión 486 sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de los países Andinos, en el Capítulo I, artículo 3°, contempla la cuestión del patrimonio biológico, genético y los conocimientos tradicionales, obligando a los Estados a asegurar la protección de los conocimientos tradicionales en los elementos de propiedad intelectual. Razón por la cual, la concesión de patentes sobre las invenciones que se generen a partir del material obtenido del conocimiento

tradicional debe cumplir con los requisitos que establezcan los ordenamientos internacionales, comunitarios y nacionales.

También se reconoce el derecho y la facultad de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, sobre sus conocimientos colectivos.

Sin embargo, la aplicación de los derechos reconocidos en la Decisión 486, no deben contravenir lo establecido en la Decisión 391.

El artículo 26 de la Decisión 486, establece como requisito de la solicitud de patente presentar la autorización de uso de conocimiento tradicional cuando los productos o procedimientos se obtuvieron a partir de éste, y en caso de no hacerlo se puede solicitar la nulidad absoluta de la patente (artículo 75).

Podemos destacar que estos instrumentos constituyen un esfuerzo por establecer un modelo de regulación regional para el acceso a los recursos biológicos, genéticos y el conocimiento tradicional de Sudamérica.

3.3.1.4 LOS CASOS DE COSTA RICA, FILIPINAS, PERÚ Y PANAMÁ.

A) COSTA RICA

Aunque Costa Rica no está catalogada como un país *mega diverso*, sin embargo, es uno de los Estados más avanzados en su marco jurídico sobre el acceso a los recursos biológicos, genéticos y conocimientos tradicionales.

La Ley N° 7788, o mejor conocida como Ley de Biodiversidad, que está vigente desde 1998, contiene las disposiciones respecto al acceso, distribución de beneficios y protección del conocimiento tradicional.

Esta ley prevé las definiciones básicas de los términos utilizados, el procedimiento para otorgar el *consentimiento informado previo* y los términos mutuamente acordados; la autoridad competente; los procedimientos utilizados; los términos de distribución de beneficios; las sanciones, etc.

El artículo 1° de la Ley, establece que su objetivo es conservar la biodiversidad y el uso sostenible de los recursos, así como distribuir en forma justa los beneficios y costos derivados. El artículo 3° establece que se regulará específicamente el uso, el manejo, el conocimiento asociado y la distribución justa de los beneficios y los costos derivados del aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad.

Un aspecto importante de esta ley, es que excluye de la aplicación de la misma el intercambio de los recursos genéticos y bioquímicos, así como el conocimiento asociado, resultado de los usos y costumbres, que se realice entre los pueblos indígenas y las comunidades locales, siempre que este intercambio no tenga fines de lucro.

Asimismo, se establece un sistema de protección del conocimiento tradicional, fundado en los siguientes principios:

- Un esquema legal de acceso que asegure el *consentimiento informado previo* y la distribución de los beneficios, tratándose de conocimientos tradicionales. La autoridad encargada de vigilar esto es la Oficina Técnica y la Comisión Nacional de Biodiversidad, con las facultades de control, autorización y revisión, de acuerdo con los artículos 63, 65, 66 y 72.
- Se combina los contratos y licencias con un sistema *sui generis* de registros.
- Se reconoce la existencia y la validez de las distintas formas de conocimiento e innovación, y la necesidad de protegerlas mediante el uso de los mecanismos apropiados (artículo 77), ya sean patentes, secretos comerciales, derechos de autor, derechos del fitomejorador⁸⁶ y derechos intelectuales comunitarios *sui generis* (artículo 78).
- El sistema *sui generis* se orienta a la protección de los conocimientos mediante un sistema de registro, que tiene como finalidad inventariar los derechos comunitarios intelectuales *sui generis* que las comunidades soliciten proteger (artículo 84). Para establecer los alcances, naturaleza y requisitos de estos derechos, la ley establece que es necesario un proceso participativo de consulta con las comunidades indígenas y campesinas (artículo 83), que determine cómo será utilizado el derecho intelectual comunitario, quién ejercerá la titularidad e identificará a los destinatarios de los beneficios (artículo 85).
- Se señala que los derechos comunitarios *sui generis* locales e indígenas son derechos permanentes que se reconocen jurídicamente en Costa Rica, por la sola existencia de la práctica cultural o el conocimiento relacionado con los recursos genéticos y bioquímicos; es decir, no requieren declaración previa, reconocimiento expreso ni registro oficial. Por esta razón, estos derechos pueden comprender las prácticas que en el futuro adquieran tal categoría. De esta forma, no se excluyen aquellos conocimientos que los pueblos indígenas decidan no registrar bajo el sistema *sui generis* contemplado dentro de la ley.

De esta forma, la Ley de Biodiversidad de Costa Rica es un marco normativo que intenta armonizar el contenido del CDB, los Acuerdos sobre Propiedad Intelectual y los Derechos Indígenas reconocidos internacionalmente.

⁸⁶ Son los derechos que obtiene toda persona física que, por cuenta de otro, haya desarrollado y obtenido una variedad vegetal.

B) FILIPINAS

El archipiélago filipino es extremadamente rico tanto en diversidad cultural como en diversidad biológica. Es uno de los 12 países con mega diversidad biológica del mundo y alberga a más de 127 grupos culturales principales, por lo que es considerado como un importante "hotspots" del planeta.

Filipinas es uno de los países progresistas de Asia en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la creación de legislación para instrumentar algunas de las recomendaciones que surjan del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) en relación con la bioprospección, "evitando" la biopiratería.

Las leyes fueron elaboradas antes del establecimiento del Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8 (j) del CBD. En 1995, se decretó la Orden Ejecutiva 247 (EO247), sobre el Establecimiento de Pautas y Fijación de un Marco Reglamentario para la Prospección de Recursos Biológicos y Genéticos, sus Subproductos y Derivados con Fines Científicos, Comerciales y Otros. Entre las disposiciones referidas a las comunidades culturales indígenas (CCI), la EO247 establece que la Comisión Inter-Institucional sobre Recursos Biológicos y Genéticos (IACBGR, por sus siglas en inglés), creada por la misma Orden, en la Sección 7 (e), tiene el mandato de garantizar la protección de los derechos de las comunidades indígenas y locales en las que se realice la recolección o las investigaciones. La Comisión Inter-Institucional, después de realizar consultas con los sectores afectados, formulará y emitirá las pautas para llevar a la práctica las disposiciones sobre el *consentimiento informado previo*.

También se aprobó recientemente una nueva Ley sobre Fauna que complementa la implementación de la EO 247. Sin embargo, las reglamentaciones y reglas de instrumentación todavía no están terminadas, pero se consideran importantes para la definición y el proceso de bioprospección.

Filipinas es un "laboratorio" interesante para analizar los enfoques del tema del manejo de la biodiversidad, que se basan en la participación y en los derechos indígenas. Dos ejemplos de ello son la Ley del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAPI) de 1992, y la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas. La Ley de Áreas Protegidas fue pensada para crear un sistema de áreas protegidas amplio y para integrar la participación de las comunidades locales en el manejo de estas áreas protegidas y en la toma de decisiones sobre las mismas. Está previsto que el enfoque participativo tenga lugar principalmente a través del Consejo de Manejo de Áreas Protegidas (CMAP), compuesto por los funcionarios gubernamentales, ONGs y representantes de las comunidades locales.

C) PERÚ

Perú es uno de los denominados países *mega diversos*, contiene más de 30,000 especies de plantas conocidas y miles aún sin conocer, 1,700 aves, 400 especies de mamíferos y más de 500 reptiles que lo hacen ser uno de los más ricos del mundo en biodiversidad, pero también en diversidad cultural.⁸⁷

Por tal motivo, el gobierno, en 1999, aprobó el Régimen de Protección del Conocimiento Colectivo de los Pueblos Indígenas, el cual reconoce que los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas coadyuvan a conservar y utilizar de forma sustentable los elementos de la biodiversidad (artículo 1°).

Los objetivos del régimen se centran en promover la preservación de los conocimientos colectivos, la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos y el impulso de dichos conocimientos para el beneficio de la humanidad (artículo 6°).

Resulta importante, a nuestro juicio, lo que establece el artículo 9° respecto a la naturaleza colectiva de los conocimientos, ya que determina que los conocimientos que protege son aquéllos que pertenecen a un pueblo indígena y no a individuos determinados que formen parte de dicho pueblo. Asimismo, reconoce que los derechos otorgados por este Régimen son independientes de los que se otorguen al interior de los propios pueblos, pudiendo apelar a sus sistemas tradicionales en cuanto al reparto de los beneficios.

El sistema *sui géneris* propuesto en este instrumento consiste en un registro voluntario que tiene como objetivos preservar e identificar los conocimientos colectivos (artículos 14 y 15).

De conformidad con este régimen, los pueblos indígenas pueden suscribir contratos de licenciamiento de conocimiento, siendo un requisito indispensable el *consentimiento fundamentado previo* de los poseedores.

Respecto a los beneficios, contempla la creación de un Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas, conformado por el 0.5% de las ganancias obtenidas por la comercialización de los productos derivados del conocimiento colectivo (artículo 7°).

El Régimen para la Protección de los Conocimientos Colectivos, en Perú, será complementado con el actual proyecto de Reglamento sobre Acceso a los Recursos Genéticos, el cual contempla el derecho que tienen los pueblos

⁸⁷ El país cuenta con 14 familias lingüísticas y al menos 72 etnias distintas, de las que 42 se encuentran en la Amazonía. Estos grupos aborígenes poseen conocimientos importantes respecto a los usos y propiedades de las especies; diversidad de recursos genéticos (4 400 plantas de usos conocidos y miles de variedades), y las técnicas de manejo.

indígenas para decidir sobre el componente intangible asociado a los recursos biológicos, genéticos y sus productos derivados.

D) PANAMÁ

Pese a no ser considerado un país *mega diverso*, Panamá es uno de los pocos países que han hecho posible una ley *sui géneris* que protege la propiedad intelectual indígena.

En junio de 2000, se publicó la Ley No. 20, llamada "Del régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales".

La Ley tiene como finalidad proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones (artículo 1°)⁸⁸, a través de un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia.

El concepto que da el artículo 6° respecto del derecho colectivo, resulta bastante vago, pues, comprende todos los objetos susceptibles de protección que pueden ser registrados, conforme lo determine la ley, sin que establezca lo que son realmente.

En el artículo 2°, se prohíbe que las costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, conocimientos tradicionales y cualquier expresión característica de los pueblos indígenas que forme parte de su patrimonio cultural, pueda ser objeto de exclusividad por los terceros no autorizados a través del sistema de propiedad intelectual, tales como el derecho de autor, modelos industriales, marcas, indicaciones geográficas y otros, salvo que la solicitud sea formulada por los pueblos indígenas.

Cabe destacar que, el artículo 15 reconoce los sistemas normativos⁸⁹ de los pueblos indígenas de Panamá en lo referente al uso y comercialización del arte, artesanías y otras manifestaciones culturales basadas en las tradiciones de los pueblos indígenas.

⁸⁸ Dentro de las denominadas creaciones se encuentran las invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles; además de los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, susceptibles de un uso comercial.

⁸⁹ Se reconoce el denominado *reglamento de uso* de cada pueblo indígena, siempre que esté aprobado y registrado en la DIGERPI o en la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación.

3.3.1.5 PROPUESTAS DEL COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE.

El Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore es un foro en el que los gobiernos debaten cuestiones relativas a tres temas principales:

1. El acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios;
2. La protección de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y la creatividad; y,
3. La protección de las expresiones del folclore.

El Comité Intergubernamental fue creado por la Asamblea General de la OMPI, en Ginebra, del 26 de septiembre al 3 de octubre de 2000. Tras amplios debates celebrados en la OMPI, entre septiembre de 1999 y septiembre de 2000, en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, la Asamblea General aprobó la propuesta de creación del Comité Intergubernamental.

El Comité Intergubernamental, como un foro de discusión, pretende establecer una serie de lineamientos respecto al tema de los recursos genéticos, conocimientos tradicionales y patentes. Por ello, como primer paso se pretende establecer una terminología común que permita facilitar las formas normativas respecto al tema. Así, *"el Comité ha estudiado las opciones de política para la protección y los distintos modelos y objetivos de protección que pueden necesitarse, incluida la protección por medio de derechos de propiedad intelectual y la de otro tipo."*⁹⁰

El concepto de conocimiento tradicional no ha sido establecido definitivamente dentro del Comité, ya que se considera que éstos varían según el tipo de protección que cada país otorgue. Sin embargo, se han elaborado algunos conceptos, siendo el más difundido el que señalamos en el Capítulo II de este trabajo,⁹¹ además de establecer algunos lineamientos para la elaboración del concepto:

- El contexto de creación. Se refiere a la forma de creación, conservación y transmisión que los hace indisoluble a una cultura.
- La asociación con la comunidad. Es decir, que son parte de su estructura social, son parte de la vida cotidiana.

⁹⁰ WIPO. "Traditional Knowledge and Intellectual Property: New prospect and new directions", in *WIPO Magazine*, May- June, 2003, pág. 19.

⁹¹ Se denomina conocimiento tradicional a las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; a las expresiones teatrales; a las invenciones; a los descubrimientos científicos; a los diseños; a las marcas, nombres y símbolos; a la información no hecha pública; y, a todas las otras innovaciones y creaciones basadas en la tradición que resulten de la actividad intelectual en los campos industrial, científico, literario o artístico.

- La existencia del vínculo con la comunidad, mediante un sentido de titularidad o responsabilidad.
- Que se trate de un conocimiento.
- Que dicho conocimiento sea reconocido por la comunidad.

De esta forma, el Comité ha formulado una distinción entre la protección positiva y la protección preventiva de la propiedad intelectual, ello en razón de que la protección *"por propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales, supondría el reconocimiento de determinados derechos sobre los propios conocimientos, derechos que facultan a impedir que terceros utilicen sin autorización los conocimientos protegidos."*⁹²

Por lo tanto, el Comité ha establecido que la protección de los conocimientos tradicionales puede darse en un contexto más general que solamente la propiedad intelectual, ya que tales conocimientos pueden protegerse mediante diversos mecanismos jurídicos como las licencias, contratos, legislaciones sobre medio ambiente, patrimonio cultural o pueblos indígenas; sin embargo, la propiedad intelectual es el punto primordial de discusión de este grupo de trabajo.

Así, actualmente se trabaja en el diseño de los modelos de protección positiva y preventiva. El modelo de protección preventiva no se concibe para establecer derechos específicos o relativos a la materia de los conocimientos tradicionales, sino para impedir que terceros hagan valer o adquieran derechos sobre este tema; de ahí que se ponga énfasis en los requisitos que debe contener la solicitud de patente, lo cual permite determinar si se está violando el derecho de un tercero, en este caso, los pueblos indígenas.

El modelo de protección positiva que hasta ahora el Comité ha delineando, se basa en los modelos nacionales que algunos países han establecido, o existen como proyectos de ley. Los cuales son los siguientes:

- Sistemas existentes de propiedad intelectual aplicados a la materia de los conocimientos tradicionales.
- Adaptaciones y elementos *sui géneris* de sistemas existentes de propiedad intelectual para garantizar su aplicación.
- Sistemas *sui géneris* de propiedad intelectual totalmente independientes.

Dentro del Comité impera el criterio de que la protección de la propiedad intelectual es de naturaleza territorial, sin embargo, el tema del conocimiento tradicional lo considera una materia de interés internacional, por lo que sugiere

⁹² Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Documento WIPO/GRTKF/IC/5/8 del 28 de abril de 2003, pág. 5.

que la creación de cualquier sistema *sui géneris* deberá considerar la interacción de otros sistemas de propiedad intelectual.

Las razones por las cuales el Comité ha sustentado la conveniencia de proteger los conocimientos tradicionales, a través del sistema de propiedad intelectual, son:

1. El hecho de aplicar los derechos de propiedad intelectual a los conocimientos tradicionales, no repercute en la forma en que la comunidad los crea y utiliza.
2. A través de un sistema de propiedad intelectual se puede tener una protección jurídica clara, transparente y eficaz que beneficia no sólo a los titulares, sino también a la sociedad.
3. El tercer argumento es de carácter económico, ya que con la formalización y registro de los conocimientos tradicionales podrían transformarlos en capital que atrajera a las empresas comerciales dentro de las comunidades.
4. Por último, se considera que la propiedad intelectual es un mecanismo que evita la competencia desleal entre las empresas extranjeras frente a los fabricantes locales.

Actualmente, el Comité también trabaja en la creación de una propuesta de modelo de licencia o contrato,⁹³ en los cuales se debe contemplar:

- Los proveedores y beneficiarios del material biológico o genético.
- El material biológico, el cual incluye el material vegetal, animal, microbiano o sus derivados.
- Los usos específicos que se le darán a los materiales biológicos y los conocimientos tradicionales.
- Los plazos para la explotación de la licencia o contrato.
- El titular de la patente, en caso de realizarse.
- La distribución de los beneficios.
- La jurisdicción para regular la relación contractual de las partes.

Además, se sugiere que previo a iniciar las negociaciones, las partes elaboren un "acuerdo de principio", es decir, una carta de intenciones en donde se establezca un marco general de la propuesta de contrato o licencia que se negociará posteriormente.

⁹³ Quinta Sesión del Comité del 7 al 15 julio de 2003. Documento WIPO/GRTKF/IC/5/9.

3.4 ACCESO EQUITATIVO A LOS BENEFICIOS

3.4.1. CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA

Uno de los objetivos principales del Convenio sobre la Diversidad Biológica es el reparto justo y equitativo de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos. Este objetivo es de gran importancia para los países en vías de desarrollo debido a que poseen la mayor parte de la diversidad biológica del mundo, pero no reciben una participación justa en los beneficios derivados de la utilización de sus recursos en el desarrollo de productos farmacéuticos, alimenticios, cosméticos, agrícolas, etc.

El artículo 15 del Convenio prevé los términos y condiciones para el acceso a los recursos genéticos y la participación en los beneficios. Este artículo reconoce la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y estipula que el acceso a los recursos será sometido al *consentimiento previo fundamentado* de la Parte Contratante que proporciona tales recursos. Asimismo, establece las condiciones mutuamente acordadas, con el fin de asegurar la participación en los beneficios derivados de la utilización comercial o de otro tipo de los recursos genéticos con la Parte Contratante que proporciona tales recursos.

En nuestro país, el artículo 87 Bis de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente promueve el reparto equitativo de los beneficios en cuanto al aprovechamiento de los recursos genéticos.

Sin embargo, por estar más desarrollado este tema en el ámbito internacional, analizaremos las principales referencias de interés para nuestro estudio.

3.4.2. DIRECTRICES DE BONN

Dentro del grupo de trabajo del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en 1999, se comenzó a trabajar específicamente el tema del acceso equitativo a los beneficios; el resultado de este trabajo son las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización, así llamadas por el lugar de la reunión intergubernamental celebrada en octubre de 2001, que preparó el primer borrador, el cual fue adoptado por la Conferencia de las Partes del CDB en su sexta reunión, celebrada en La Haya en abril de 2002.

Las Directrices establecen los pasos del proceso de acceso y participación en los beneficios, enfatizando la obligación de los usuarios de buscar el consentimiento previo informado de los proveedores. También prevén los requisitos fundamentales para los términos acordados mutuamente y definen las principales responsabilidades de los usuarios y proveedores.

Además, se señalan otros elementos como incentivos, responsabilidad y medios para la verificación y solución de controversias, acuerdos de transferencia material y proporcionan una lista indicativa de los beneficios tanto monetarios como no monetarios.

Es importante señalar que las Directrices no vinculan jurídicamente, pero al ser adoptadas por unanimidad, se considera que es la voluntad de los Estados obligarse en su cumplimiento, constituyendo costumbre internacional.

Las Directrices son una orientación para preparar y redactar medidas legislativas, administrativas o de política sobre el acceso y participación en los beneficios, con la particular referencia a las disposiciones de los artículos 8 j), 10 c), 15, 16 y 19 del CDB.

Las Directrices incluyen los recursos genéticos y los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a que hace referencia el CDB, los beneficios derivados de su utilización comercial y de otro tipo, con exclusión de los recursos genéticos humanos.

Reconocen la importancia de la participación de los interesados en los arreglos de participación de los beneficios; sin embargo, se reconoce que por la diversidad de los interesados que pueden intervenir, es necesario analizar cada caso particular para determinar el sentido de la participación. De manera que se tomen en cuenta las opiniones vertidas en cada etapa del proceso, lo cual incluye dos aspectos medulares:

"a) Al determinar el acceso; negociar y poner en práctica las condiciones mutuamente convenidas; y al distribuir los beneficios;

*b) En la elaboración de una estrategia, políticas o regímenes nacionales sobre acceso y participación en los beneficios."*⁹⁴

Los beneficios derivados del acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional pueden ser de tipo monetario y no monetario, siendo éstos a largo, mediano o corto plazo, según lo convengan las partes. Y la forma de pago puede ser por adelantado, en regalías o por etapas de pago.

"1. Entre los beneficios monetarios pueden incluirse, pero no limitarse a:

a) Tasas o tasa de acceso por muestra recolectada o de otro modo adquirida;

b) Pagos iniciales;

⁹⁴ Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Provenientes de su Utilización. 2002, pág. 8.

- c) Pagos por cada etapa;*
 - d) Pagos de regalías;*
 - e) Tasas de licencia en caso de comercialización;*
 - f) Tasas especiales por pagar a fondos fiduciarios en apoyo de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;*
 - g) Salarios y condiciones preferenciales mutuamente convenidos;*
 - h) Financiación de la investigación;*
 - i) Empresas conjuntas;*
 - j) Propiedad conjunta de derechos de propiedad intelectual pertinentes.*
- 2. Entre los beneficios no monetarios pudieran incluirse:*
- a) Participación en los resultados de la investigación;*
 - b) Colaboración, cooperación y contribución en programas de investigación y desarrollo científicos, particularmente actividades de investigación biotecnológica, de ser posible en el país proveedor;*
 - c) Participación en desarrollo de productos;*
 - d) Colaboración, cooperación y contribución en formación y capacitación;*
 - e) Admisión a las instalaciones ex situ de recursos genéticos y a bases de datos;*
 - f) Transferencia, al proveedor de los recursos genéticos, de conocimientos y de tecnología en términos justos y más favorables, incluidos los términos sobre condiciones favorables y preferenciales, de ser convenidos, en particular, conocimientos y tecnología en los que se haga uso de los recursos genéticos, incluida la biotecnología, o que son pertinentes a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica;*
 - g) Fortalecimiento de las capacidades para transferencia de tecnología a las Partes usuarios que son países en desarrollo, y las Partes que son países con economías en transición, y desarrollo de la tecnología en el país de origen que proporciona los recursos genéticos. Asimismo, facilitación de las capacidades de las comunidades indígenas y locales en cuanto a conservar y utilizar de forma sostenible sus recursos genéticos;*
 - h) Creación de la capacidad institucional;*

- i) *Recursos humanos y materiales para fortalecer las capacidades del personal responsable de la administración y de la imposición de la reglamentación de acceso;*
- j) *Capacitación relacionada con los recursos genéticos con plena intervención de las Partes proveedoras y, de ser posible, en tales Partes;*
- k) *Acceso a la información científica pertinente, a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, incluidos los inventarios biológicos y los estudios taxonómicos;*
- l) *Contribuciones a la economía local;*
- m) *Investigación dirigida a necesidades prioritarias tales como la seguridad de la salud humana y de los alimentos, teniendo en cuenta los usos nacionales de los recursos genéticos en los países proveedores;*
- n) *Relación institucional y profesional que puede dimanar de un acuerdo de acceso y participación en los beneficios y de las actividades subsiguientes de colaboración;*
- o) *Beneficios de seguridad de los alimentos y los medios de vida;*
- p) *Reconocimiento social;*
- q) *Propiedad conjunta de derechos de propiedad intelectual pertinentes.*⁹⁵

Las Directrices estipulan que entre el acceso a los recursos genéticos y la participación de los beneficios, es imprescindible la existencia del *consentimiento fundamentado previo*, el cual deberá incluir algunos principios y elementos necesarios para garantizar el respeto de las comunidades locales, rurales e indígenas:

"1. *Principios básicos de un sistema de consentimiento fundamentado previo:*

- a) *Certidumbre y claridad legal.*
- b) *Debería facilitarse el acceso a los recursos genéticos a un costo mínimo.*
- c) *Las restricciones de acceso a los recursos genéticos deberían ser transparentes y deberían basarse en fundamentos jurídicos, y no ser contrarias a los objetivos del Convenio.*

⁹⁵ *Ibidem*, págs. 19-20.

d) El consentimiento de las autoridades nacionales competentes del país proveedor. También debería obtenerse el consentimiento de los interesados pertinentes, tales como las comunidades indígenas y locales, según corresponda a las circunstancias y con sujeción a las leyes nacionales;

2. Elementos de un sistema de consentimiento fundamentado previo:

a) Autoridades competentes que concedan el consentimiento fundamentado previo.

b) Plazos y fechas límites.

c) Especificación de la utilización.

d) Procedimientos para obtener el consentimiento fundamentado previo.

e) Mecanismos para la consulta de los interesados pertinentes.

f) El proceso.⁹⁶

Estas Directrices establecen que las autoridades nacionales son las competentes para conceder el consentimiento previo informado, a no ser que lo establezca de otro modo cada Estado. Sin embargo, consideramos importante que cuando se tiene el acceso a los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, debe obtenerse el consentimiento fundamentado previo de las comunidades indígenas y locales, de conformidad con sus prácticas tradicionales y con las políticas nacionales de acceso y las leyes nacionales.

Las Directrices establecen que cada Estado establecerá un Centro Nacional de Coordinación, encargado de *informar* los requisitos para obtener el consentimiento fundamentado previo de las comunidades, así como vigilar las condiciones mutuamente convenidas y la participación de los beneficiarios.

3.4.3 CONVENIO 169 OIT

El Convenio 169 de la OIT, en el artículo 15, numeral 2, garantiza el derecho que tienen los pueblos y comunidades indígenas de participar en los beneficios que se generen del aprovechamiento de los recursos naturales en su territorio, así como percibir una indemnización por los daños que se generen.

Cabe señalar que el Convenio 169, de forma explícita, en el artículo 15, numeral 2, establece que los proyectos de prospección que se realicen en tierras indígenas deben reportar beneficios a estos últimos. De esta forma, cada Estado tiene el deber de establecer los procedimientos y normas adecuados para garantizar el

⁹⁶ *Ibidem*, págs. 9-10.

respeto al derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales de sus tierras.

3.4.4 EXPERIENCIAS DE OTROS PAÍSES

Algunos países han adoptado medidas legislativas para permitir el acceso y la distribución de los beneficios, teniendo como eje el consentimiento previo informado.

A) PERÚ

El Régimen de Protección del Conocimiento Colectivo de los Pueblos Indígenas de Perú establece el consentimiento previo informado como un requisito para poder acceder a los conocimientos colectivos con fines científicos, comerciales o industriales; este consentimiento sólo podrá ser otorgado por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. Las organizaciones indígenas se conformarán por los pueblos indígenas poseedores del conocimiento y deberán tomar en cuenta sus intereses e inquietudes (artículo 6°).

Además, en el caso de aplicación industrial o comercial se debe suscribir una licencia que prevea las condiciones adecuadas para la redistribución equitativa de los beneficios (artículo 7°).

De acuerdo con el artículo 37 de este ordenamiento, la distribución de beneficios puede ser: 1) directa, mediante el pago realizado en dos fases; 2) indirecta, mediante el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

B) FILIPINAS

En Filipinas, el consentimiento fundamentado se define como *"el consenso expresado por parte de todos los miembros de las Comunidades Culturales Indígenas y Pueblos Indígenas, de conformidad con sus prácticas y derechos consuetudinarios respectivos libre de cualquier injerencia o manipulación externa y alcanzado tras una plena divulgación de la intención y alcance de la actividad, por medio del lenguaje y proceso comprensible para la comunidad"*.⁹⁷

C) COSTA RICA

De acuerdo con la Ley de Biodiversidad, artículo 63, numeral 1, inciso 3, los requisitos básicos para el acceso a los conocimientos tradicionales son:

⁹⁷ Orden Ejecutiva 247, artículo 3°, inciso g), decretada en 1995.

- El consentimiento fundamentado previo de los representantes del lugar donde se realiza el acceso.
- El refrendo de dicho consentimiento de la Oficina Técnica de la Comisión.
- Los términos de la transferencia de tecnología y la distribución equitativa de los beneficios.

Esta legislación establece como forma de garantizar la distribución de los beneficios en los casos de investigación, la obligación del interesado de depositar en la Oficina Técnica un 10% del presupuesto de investigación, y un 50% de las regalías que se cobre, para destinarlo a favor del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, al territorio indígena o al propietario privado poseedor de los elementos solicitados para el acceso.

3.5. IMPORTANCIA DE QUE MÉXICO CUENTE CON UN MARCO JURÍDICO RESPECTO AL ACCESO DE LOS RECURSOS NATURALES, GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL

Sin duda, a partir del Convenio sobre la Diversidad Biológica, diversos organismos internacionales, regionales y locales han impulsado la discusión respecto a la importancia de garantizar la protección de los recursos naturales, específicamente los recursos biológicos y genéticos, por cuanto concierne al acceso con fines de investigación, comercialización o aplicación industrial.

Sin embargo, en los últimos años se ha reconocido que la importancia de la diversidad biológica está ligada a la diversidad cultural, motivo por el cual se plantea la necesidad de proteger los elementos asociados a estos recursos naturales, tales como los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, el derecho colectivo sobre el acceso de los recursos naturales de su territorio y el derecho a ejercer su diferencia cultural a través de la aplicación de sus sistemas normativos.

Bajo esta perspectiva, México es un país que cuenta con una alta diversidad biológica y cultural que lo hacen ser un país importante para la realización de proyectos de bioprospección, motivo por el cual resulta importante que el país cuente con un marco legal respecto a los requisitos mínimos para poder acceder a los recursos naturales, biológicos y genéticos, a la vez que fomente el respeto al derecho que tienen los pueblos indígenas sobre los recursos naturales de sus tierras y territorios, su patrimonio cultural e intelectual y el respeto al derecho indígena.

En el siguiente capítulo, analizaremos algunas propuestas de protección a los recursos naturales y el conocimiento tradicional, así como tres proyectos de ley

que se están examinando en el Congreso de la Unión referentes al acceso y la protección de los recursos biológicos y genéticos y la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

CAPÍTULO IV.- PROPUESTA SOBRE UN MARCO DE ACCESO A LOS RECURSOS NATURALES, GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL.

4.1. PROPUESTAS DE PROTECCIÓN.

Actualmente, existen diversas propuestas para regular el acceso y aprovechamiento de la biodiversidad, así como proyectos tendientes a reglamentar el acceso a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas asociados a los recursos naturales, dichas propuestas tanto en el ámbito internacional como nacional tienden a considerarlos elementos separados, por lo tanto, las propuestas se limitan exclusivamente al reconocimiento de los derechos indígenas, o bien a la protección de los recursos naturales.

Las principales propuestas de regulación sobre los recursos naturales se basan en dos mecanismos de conservación: *ex situ* e *in situ*; pero, ninguna de ellas considera la asociación de los conocimientos tradicionales y la biodiversidad.

Respecto a los conocimientos tradicionales, existen sugerencias respecto a la posibilidad de protegerlos dentro del propio sistema de propiedad industrial, sin necesidad de crear un *sistema sui géneris*. En este sentido, establecen las formas en las que el actual sistema de propiedad industrial puede proteger a los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales de los pueblos indígenas.

Una tercera corriente pugna por la posibilidad de proteger el acceso a los recursos naturales y el conocimiento tradicional asociado al mismo, desde la perspectiva del derecho colectivo, específicamente del derecho indígena. Los partidarios de esta postura son, obviamente, los propios pueblos indígenas y varias Organizaciones No Gubernamentales, los cuales han señalado la necesidad de reconocer y aplicar un marco jurídico basado en el reconocimiento del pluralismo jurídico que incorpore los derechos individuales y los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas.

4.1.1. PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD.- A) CONSERVACIÓN *EX SITU*: BANCOS DE GERMOPLASMA, JARDINES BOTÁNICOS. B) CONSERVACIÓN *IN SITU*: ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS.

4.1.1.1 CONSERVACIÓN *EX SITU*.

Se entiende por conservación *ex situ*, "la preservación que se realiza de los componentes de la diversidad biológica fuera de sus hábitats naturales."⁹⁸ Este

⁹⁸ Cfr., el Artículo 2º del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

tipo de conservación tiene como objetivo la protección de las poblaciones de especies amenazadas, de manera que se asegure a largo plazo su propagación. Algunas de las modalidades de la conservación *ex situ* son los "bancos de germoplasma, donde normalmente se conservan las especies para la alimentación y la agricultura, y los centros de tenencia y manejo de las especies de vida silvestre que se dividen en centros de fauna (zoológicos, centros de rescate, centros de tránsito, zoolocriaderos y museos) y centros de flora (jardines botánicos, viveros y herbarios.)"⁹⁹

En el presente trabajo, analizamos los bancos de germoplasma y los jardines botánicos debido a los impactos que han generado a los pueblos y comunidades indígenas en cuanto al aprovechamiento de los recursos naturales, especialmente los recursos genéticos de vegetales; ya que en estos centros se han patentado productos que impiden a los pueblos indígenas seguir aprovechando los recursos naturales existentes dentro de sus tierras y territorios.

Al respecto, se discute la importancia de contar con un marco jurídico específico que regule las actividades de estos centros de conservación de la biodiversidad para evitar la apropiación ilegal de los mismos, ya que el primer instrumento vinculante respecto a la conservación *ex situ* fue el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) y, posteriormente, el Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma (1993), los cuales, sin embargo, no establecen claramente las obligaciones de estos institutos frente a las comunidades locales o indígenas de donde se extraen las muestras para la conservación *ex situ*.

A) BANCO DE GERMOPLASMA

El germoplasma o material genético es "el material de reproducción o de propagación vegetativa de las plantas"¹⁰⁰ o animales, el cual es recolectado, conservado y utilizado a través de muestras de una especie que se agrupan en una colección, a cargo de una institución. Las colecciones, las actividades y los servicios que dicha institución presta, a partir del germoplasma que conserva, constituyen los bancos de germoplasma.

De esta forma, los bancos de germoplasma pueden instituirse en el ámbito nacional o regional; y, de acuerdo a las actividades que realizan, pueden ser bancos "de semilla, de campo (incluyendo jardines botánicos) e *in vitro*. Según el número de especies, se clasifican en mono, oligo y poliespecíficos. Por mandato

⁹⁹ Consorcio GTZ/FUNDECO/IE. Comunidad Andina-Banco Interamericano de Desarrollo. *Estrategia Regional de Biodiversidad para los países del trópico Andino (III Taller Regional)*. Bolivia, Diciembre, 2001, pág. 4.

¹⁰⁰ Art. 2, numeral 2.9, del Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal, adoptado por la FAO en noviembre de 1993.

institucional, se clasifican en bancos institucionales, nacionales, regionales e internacionales."¹⁰¹

Cabe mencionar que la mayoría de los bancos de germoplasma se enfocan en la conservación de material genético vegetal, por lo que procuran preservar la variabilidad genética de cultivos de gran importancia, debido a su potencial agrícola, contribuyendo al control de la erosión de estos recursos. El uso más importante de los bancos de germoplasma vegetal es la investigación en la producción de alimentos, conservación de suelos, agricultura orgánica, fruticultura y extracción de principios activos, así como el intercambio de germoplasma, la educación, la repoblación y la producción comercial.

Los bancos de germoplasma de fauna, por el contrario, sólo realizan actividades relacionadas con el mantenimiento en cautiverio, inventarios, reproducción, recolección, identificación y control sanitario. Las actividades comunes son la conservación por sí misma, recolección, clasificación taxonómica y morfológica y documentación.

En México, no existe una ley que regule específicamente el establecimiento de bancos de germoplasma, sin embargo, tenemos la referencia del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el cual prevé, en el artículo 9°, inciso b), que cada país podrá establecer y mantener instituciones encargadas de la conservación *ex situ* del material genético vegetal, animal y de microorganismos.

Sin embargo, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en el artículo 2°, considera como utilidad pública la protección y preservación de los recursos naturales, incluidos los recursos genéticos, sobre los que ejerce jurisdicción la Nación Mexicana. La Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, en el artículo 132, establece la obligación de la Comisión Nacional Forestal de establecer bancos de germoplasma en coordinación con los tres niveles de gobierno.

En México, la creación de bancos de germoplasma es relativamente nueva. Actualmente, existen aproximadamente 12 bancos administrados por particulares¹⁰² y 49 bancos administrados por instituciones gubernamentales (30 de la SEMARNAT, 11 de la SEDENA y 8 de los Gobiernos Estatales);¹⁰³ pero, en ninguno de ellos existe participación de los pueblos y comunidades indígenas.

¹⁰¹ Sildana, Jaramillo y Baena, Margarita. **Conservación ex situ de los recursos fitogenéticos. Material de apoyo a la conservación de recursos fitogenéticos.** Ed. Instituto Internacional de Recursos Filogenéticos, 2000, pág. 13.

¹⁰² En Michoacán, existe un banco de germoplasma administrado por una ONG. Las entidades federativas de Campeche, Coahuila, Distrito Federal, Guerrero, México, Nuevo León, Veracruz y Yucatán cuentan con un banco administrado por instituciones académicas (por lo general, las Universidades Autónomas). Asimismo, existen dos bancos en el Estado de México y uno en Nuevo León administrado por instituciones privadas.

¹⁰³ SEMARNAT, Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental, Dirección General de Federalización y Descentralización de Servicios Forestales y de Suelo, México, 2002.

B) JARDÍN BOTÁNICO

Los denominados jardines botánicos son centros, en los cuales, en un terreno al aire libre, mantienen una colección viva de plantas silvestres, con fines de conservación, investigación y educación recreacional.

En nuestro país, la mayoría de los jardines botánicos son de carácter regional y se encuentran distribuidos en el centro y sur del país, en aproximadamente 20 entidades federativas. Se estima que existen alrededor de 47 jardines botánicos y proyectos de jardines registrados ante SEMARNAT, sin embargo, a pesar de este número relativamente alto, su impacto en la conservación de la biodiversidad no cumple del todo con los objetivos que debe tener un jardín botánico, debido principalmente a la falta de recursos económicos, objetivos claros y apoyos gubernamentales.

Los jardines botánicos, en México, pertenecen a las universidades, institutos de investigación, sector privado, organizaciones no gubernamentales y dependencias gubernamentales, aunque la mayoría forman parte de las universidades o institutos de investigación. Casi todos realizan las actividades de educación y difusión, y en el caso de que se realice investigación, ésta se lleva a cabo fundamentalmente en los campos de la taxonomía, la etnobotánica y la propagación.

Los jardines botánicos, al carecer de un marco jurídico que los regule, son espacios idóneos para la bioprospección de material genético y conocimientos de las comunidades y pueblos indígenas, sin aportar ningún beneficio a las propias comunidades indígenas, locales o al propio país.

4.1.1.2. CONSERVACIÓN *IN SITU*

La Conservación *in situ* "es la conservación de los ecosistemas y los hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales y, en el caso de las especies domesticadas y cultivadas, en los entornos en que hayan desarrollado sus propiedades específicas."¹⁰⁴

Algunas de las modalidades de la conservación *in situ* son las denominadas Áreas Naturales Protegidas, las cuales, en la legislación mexicana, están reguladas en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, a partir del Título Segundo, Capítulo I, Sección I, del artículo 44 al 77, así como en el Reglamento de la LGEEPA en Materia de Áreas Naturales Protegidas.

Otras formas de conservación *in situ* son el establecimiento del control y monitoreo de especies exóticas y especies nativas, prevención y control de hechos ilícitos,

¹⁰⁴ Cfr., el Artículo 2º del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

atención de emergencias y la difusión y capacitación para la conservación de la biodiversidad en sus hábitats naturales.

Para el presente trabajo, sólo analizaremos el funcionamiento de las Áreas Naturales Protegidas.

A) ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS

Las Áreas Naturales Protegidas (ANP) se crearon a finales del siglo XIX bajo una idea conservacionista de los recursos naturales en las zonas de mayor biodiversidad. Esta idea surgió en los Estados Unidos y pronto fue incorporada por otros países como un instrumento de conservación.

Puesto que la creación de las ANP se concibió como un lugar de protección en el cual estaba prohibido la intervención de cualquier agente externo, fue necesario el desplazamiento de los habitantes locales, ya que se consideraba que su presencia sería un elemento de desequilibrio para los recursos naturales ahí existentes.

En el año de 1983, nuestro país adoptó esta forma de protección y conservación de la biodiversidad, con la creación de un Sistema Nacional de ANP conformado por áreas naturales prioritarias de carácter federal por su alta biodiversidad. En 1988, en la LGEEPA se retoma esta propuesta, al regular dicho sistema.

Para garantizar la conservación de las ANP se creó mediante un Acuerdo Secretarial, publicado en el Diario Oficial el 8 de agosto de 1996, la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (CONANP), integrada por 28 instituciones, organismos no gubernamentales, representantes de organizaciones sociales y personalidades de amplia trayectoria nacional e internacional en la conservación de los recursos naturales y áreas protegidas.

De acuerdo con los datos de la propia Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas, actualmente, en el ámbito federal, existen 150 Áreas Naturales Protegidas (31 reservas de la biosfera, 65 parques nacionales, 4 monumentos nacionales, 2 áreas de protección de los recursos naturales, 27 áreas de protección de flora y fauna, 17 santuarios y 1 perteneciente a otra categoría), en las cuales se encuentra el mayor número de ecosistemas mejor conservados y representativos de la biodiversidad del país, que representa el 9.1% del territorio nacional.

Sin embargo, el establecimiento de las Áreas Naturales Protegidas, bajo una visión conservacionista, "no incluye en sus modelos de naturaleza a las comunidades locales o a los pueblos indígenas",¹⁰⁵ lo cual ha impuesto un enfoque mercantilista del uso del suelo, enajenando las tierras y territorios

¹⁰⁵ Weincr, Michael. *Modelos de Naturaleza: Ecología, Conservación y Revolución Cultural en la Unión Soviética*. Ed. Universidad de Pittsburgh, 2000, pág. 2.

comunales a favor del Estado, lo cual genera conflictos ya que la visión de conservación occidental no necesariamente es compartida por los otros pueblos, quienes tienen una visión diferente de la relación hombre-naturaleza.

El interés de la conservación *in situ*, a través de las ANP, "llama la atención en tanto que la creación de áreas protegidas se ha convertido en un negocio mundial y los tipos de ANP se han vuelto mucho más sofisticados."¹⁰⁶ A pesar de que actualmente se han establecido medidas para permitir la participación y gestión de áreas protegidas por parte del sector privado, ONG's y pueblos indígenas, los países en desarrollo, como México, siguen manteniendo en gran medida un esquema conservacionista, que en poco ha incorporado la participación de los pueblos indígenas.

El marco jurídico de las ANP en México se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los artículos 27 y 73, fracción XXIX-G, así como en la LGEEPA y su reglamento.

Cabe mencionar que, dentro de los ordenamientos ambientales, se establece la obligación de las autoridades de consultar a los propietarios de las tierras que son áreas protegidas, además de impulsar la participación en la administración de dichos lugares. Desafortunadamente, en nuestro país, son pocos los casos que encontramos de áreas protegidas comunales.

Es importante señalar que en el manejo y protección de las áreas naturales protegidas no se ha promovido el reconocimiento e incorporación de los conocimientos tradicionales como uno de los modelos necesarios para lograr la colaboración entre los pueblos indígenas y el Estado.

4.1.2. PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO TRADICIONAL Y LOS RECURSOS GENÉTICOS EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD INTELECTUAL: MARCAS, SECRETO INDUSTRIAL, PATENTES *SUI GENERIS*, CONTRATOS SOBRE EL USO DE LA BIODIVERSIDAD Y OTROS CONTRATOS.

En algunos foros se ha promovido la idea de proteger los conocimientos tradicionales a través de los derechos de propiedad intelectual, sin que sea necesario establecer un marco jurídico diferenciado, puesto que las diferentes modalidades de la propiedad industrial garantizan la protección de los conocimientos indígenas respecto al manejo de la biodiversidad.

¹⁰⁶ Colchester, Marcus. *Naturaleza Cercada: Pueblos indígenas, áreas protegidas y conservación de la biodiversidad*. Ed. Forest Peoples Programme-Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales, Agosto, 2003, pág. 21.

Ordóñez Cifuentes¹⁰⁷ establece que la propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México puede ser susceptible de protección bajo el sistema de propiedad intelectual, ya sea mediante los derechos de autor, o bien la propiedad industrial.

Si bien el autor reconoce las dificultades que existen para determinar la titularidad de las creaciones, en tanto se plantea la posibilidad de considerar tales manifestaciones culturales como patrimonio de la Nación, independientemente de su pertenencia a una etnia, considera que es posible proteger dichas expresiones dentro del marco jurídico de la propiedad intelectual actual.

En este sentido, se afirma que el conocimiento de los pueblos indígenas asociados a los recursos naturales puede ser protegido por las diversas modalidades de la propiedad industrial, a saber:

- a) **Las MARCAS:** La finalidad de proteger una marca es para garantizar al productor, comerciante o prestador de un servicio su individualización e identificación, convirtiéndose así en un signo distintivo susceptible de registrarse y, en consecuencia, de otorgar privilegios de exclusividad en su uso.

Las marcas pueden pertenecer a una persona física (marca individual) o jurídica (marca en copropiedad), o bien a varias personas físicas o a un grupo (marca colectiva).

Las marcas colectivas son, entonces, propiedad de una asociación de productores, fabricantes, comerciantes o prestadores de servicio, mediante la cual se puede indicar que las mercancías han sido producidas por un grupo de personas en una localidad, región o país determinado. Por tal motivo, se considera un mecanismo viable para la protección de los productos elaborados por los pueblos indígenas.

Con base a ello, Ordóñez considera *"la conveniencia de que los indígenas, al igual que cualquier productor o comerciante, marquen sus productos y obtengan de la autoridad competente el registro respectivo a fin de gozar de los derechos de exclusividad sobre el uso del signo distintivo en cuestión y el derecho de oponerse al uso no autorizado de terceros."*¹⁰⁸

- b) **PATENTES:** Como mencionamos en los capítulos anteriores, la patente es uno de los mecanismos más importantes de protección de las invenciones e innovaciones. De manera que, los productos elaborados por los pueblos indígenas con base en el conocimiento de los recursos naturales pueden ser susceptibles de patentarse; de hecho, se propone la posibilidad de

¹⁰⁷ Ordóñez Cifuentes, José Emilio. "La propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México", *Derechos Indígenas en la actualidad*. Ed. UNAM- IJ, México, 1994, pág. 216.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 218.

otorgar una patente a la comunidad indígena para que ésta transfiera sus derechos a las farmacéuticas con fines comerciales, lo mismo se considera con otros productos como el procesamiento de alimentos, técnicas para fertilizar la tierra, mejoramiento de especies, etc.

Dentro de este rubro, encontramos la incorporación de las patentes *sui generis*, las cuales son consideradas como una forma diferenciada de reconocer la propiedad intelectual de los pueblos y comunidades indígenas.

Junto a la patente, los Certificados de Protección de Variedades Vegetales son otra opción para los indígenas agricultores.

- c) **SECRETO INDUSTRIAL:** Otro mecanismo de protección que se ha considerado pertinente para los pueblos indígenas es el secreto industrial, el cual consiste en proteger una información que por su carácter estratégico merece y se presta a ser conservado en forma confidencial. En este sentido, se estima que dentro de las comunidades y pueblos indígenas existe una serie de conocimientos, prácticas, técnicas y procesos que se mantienen en absoluta confidencialidad, por razones religiosas, culturales o de otra índole, y lo cual representa una ventaja competitiva en relación con terceros.
- d) **CONTRATOS DE USO DE LA BIODIVERSIDAD:** Actualmente, algunos grupos han manifestado la posibilidad de proteger los conocimientos tradicionales a través de los denominados "Contratos sobre el uso de la biodiversidad", los cuales pueden ser contratos marco o colectivos.

Este tipo de contratos, "se celebran entre una empresa interesada en coleccionar diversos recursos genéticos, plantas, animales, hongos, microorganismos, etcétera, con el objeto de efectuar investigaciones para determinar el potencial de este material en áreas como la producción de fármacos, plaguicidas y sustancias químicas diversas (...)".¹⁰⁹ De esta forma, el objeto de los contratos es el suministro de diversidad biológica e información adicional sobre la misma, a cambio de una compensación, ya sea monetaria o de otra índole. En la actualidad, este tipo de contratos se realizan entre las empresas y los institutos públicos (Universidades, Centros de investigación, etc.), estos últimos son los encargados de buscar a los recolectores, que por lo general son miembros de las comunidades indígenas.

La estructura de estos contratos contiene un apartado sobre el objeto y las obligaciones de las partes, el acuerdo respecto al registro de patentes, el deber de confidencialidad, exclusividad, causas de terminación del contrato

¹⁰⁹ Cabrera Medaglia, Jorge. "Los contratos Internacionales de uso de diversidad biológica", en *Revista de Derecho Privado*, Año 4, No. 12, septiembre-diciembre 1993, México, pág. 387.

y la forma de solucionar las controversias que se susciten por la interpretación y aplicación del contrato.

Hoy día, cada vez, son más los contratos que se celebran principalmente en los países con nutrida biodiversidad biológica y cultural, ejemplo de ello son los contratos: InBio-Merck, celebrado en Costa Rica y el Shaman Pharmaceuticals, celebrado por los Estados Unidos en la zona amazónica.

El primer contrato es uno de los primeros acuerdos de bioprospección que se signó en 1991, en el cual la empresa norteamericana Merck consiguió, por el precio de 1.3 millones de dólares, el acceso a la biodiversidad de Costa Rica,¹¹⁰ a través del InBio (Instituto Nacional de Biodiversidad). Sin embargo, este convenio se celebró en condiciones de desventaja para el país, ya que no considera la participación directa del Estado y de las comunidades locales o indígenas de donde se extrae la información. No obstante, algunos lo consideran un modelo para futuros acuerdos de bioprospección.

Por otra parte, la empresa farmacéutica Shaman Pharmaceuticals ha realizado investigaciones sobre las plantas medicinales en las comunidades locales e indígenas de la zona amazónica, específicamente con la planta "sangre de drago"; la estrategia de esta compañía es recoger el conocimiento tradicional sobre el uso de la planta para obtener medicamentos con alto valor potencial.

En México, mínima ha sido la experiencia respecto a los contratos de uso de la biodiversidad, pero, uno de los casos más conocidos, por el debate que generó entre los diversos grupos de la sociedad civil y académicos, es el convenio de bioprospección firmado entre el Instituto de Biotecnología de la UNAM y la empresa norteamericana "Diversa", en noviembre de 1998, el cual se justificó bajo el ámbito de la transferencia de tecnología.

De acuerdo al contenido del convenio, tendría una duración de tres años y éste consistiría en que *"la UNAM proporcionará a Diversa tanto muestras ambientales, como cultivos enriquecidos, aislados o extractos de ADN, para que Diversa busque componentes de interés industrial, quedando en posibilidad de explotarlos comercialmente,"*¹¹¹ pero, a partir de una denuncia popular presentada ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), ésta emitió una recomendación al Instituto Nacional de Ecología para que se asegurara de que la empresa Diversa cumpliera con los trámites establecidos en la legislación de la materia y que la autoridad

¹¹⁰ La biodiversidad de Costa Rica representa el 5-7% del total del mundo, por lo tanto, si se realizaran más contratos como éste en todo el mundo, la biodiversidad de los países del sur sería vendida por veinte millones de dólares.

¹¹¹ Traducción de la versión en inglés del convenio UNAM-Diversa, proporcionado al Procurador por el Secretario Ejecutivo de la CONABIO, Dr. Jorge Soberón, en el expediente del procedimiento de denuncia popular de fecha 21 de marzo del 2000.

correspondiente emitiera el consentimiento previo, expreso e informado de la Federación.

Asimismo, se recomendó convocar a una amplia consulta pública que permitiera a la sociedad y al Gobierno opinar, así como precisar las políticas y las normas necesarias para que el acceso a los recursos genéticos sea conforme a la letra y el espíritu de la LGEPA y el CDB. Finalmente, después de una serie de actuaciones jurídicas, a finales del año 2000 se suspendió el convenio UNAM-DIVERSA.

Otro ejemplo, en nuestro país, es el programa Maya-ICBG, en el cual participaban el Grupo Internacional para la Cooperación de la Biodiversidad Maya (Maya-ICGB), la empresa Molecular Nature (un consorcio Galés de biotecnología), la Universidad de Georgia y el Colegio de la Frontera Sur.

El proyecto Maya-ICBG se inició en 1998, tenía como objetivos el descubrimiento de medicamentos, desarrollo farmacéutico, conservación, uso sustentable y conocimiento etno-botánico y desarrollo económico sustentable, sin embargo, la oposición de las comunidades indígenas¹¹² ha logrado suspenderlo hasta la fecha.

Al interior de la OMPI se está impulsando la creación de un modelo de convenio que garantice el acceso equitativo a los beneficios por parte de las comunidades indígenas, dicho convenio pretende servir como prototipo a los países integrantes de este organismo internacional.

Por lo tanto, nuestro país aún tiene mucho que discutir respecto al tema, ya que su amplia riqueza cultural y biológica lo convierte en el blanco perfecto de las prácticas de bioprospección.

- e) **CONTRATO DE JOINT VENTURE:** En el marco de las discusiones al interior de la OMPI para regular el acceso al conocimiento tradicional, algunos representantes de transnacionales han propuesto al contrato joint venture como un instrumento que garantice la participación de las partes involucradas en las investigaciones de bioprospección.

El contrato joint venture es "un acuerdo entre dos o más compañías (socios) para contribuir con recursos a un negocio común. Estos recursos pueden ser materia prima, capital, tecnología, conocimiento del mercado, ventas y

¹¹² El Consejo de Médicos Tradicionales de Chiapas (COMPITCH), una coalición de 12 organizaciones médicas tradicionales con apoyo en casi 3,000 comunidades, logró suspender el proyecto exigiendo una moratoria hasta que la sociedad mexicana y en particular las comunidades afectadas estén informadas sobre el proyecto. Otras exigencias para el reinicio del programa incluye la promulgación de leyes correspondientes a la bioprospección y la existencia de condiciones socio-políticas adecuadas, específicamente el fin de la guerra de baja intensidad en Chiapas generada a partir del 1 de enero de 1994 contra las comunidades indígenas en resistencia.

canales de distribución, personal, financiamiento o productos”;¹¹³ este tipo de contratos, por lo general, se lleva a cabo entre dos sociedades dedicadas a actividades diferentes, por lo que podemos decir que es una forma de asociación corporativa.

Con esta propuesta se pretende considerar a los terceros, los Estados y las comunidades o pueblos indígenas como sujetos equiparables a las empresas, los cuales dentro del contrato de joint venture definen claramente sus propósitos y expectativas con respecto al mismo. Dicho contrato deberá contener el porcentaje de participación de cada uno respecto al objeto del contrato, el control de la empresa, las aportaciones del capital, la división de las utilidades, la administración de la empresa, apoyo financiero y su terminación; además, en anexos, pueden incluir contratos y licencias de tecnología, contratos sobre el suministro de la materia prima, sobre la distribución de los productos, etc.

Por lo tanto, se argumenta que este tipo de contrato, en el ámbito de la biodiversidad y los conocimientos tradicionales, presume una negociación previa en la que las partes acuerdan los mecanismos de participación y reparto de beneficios.

Sin embargo, resulta importante mencionar que el fin de los contratos Joint-Venture es netamente comercial, por lo que algunas empresas lo consideran un instrumento efectivo para el acceso a la biodiversidad y los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, criterio que no es compartido por los pueblos indígenas involucrados.

En México, dentro del ámbito legislativo el tema del acceso a los recursos biológicos y genéticos ha estado presente, por lo cual encontramos una iniciativa de ley respecto al tema, así como recientemente dos iniciativas de ley sobre conocimiento tradicional, las cuales son importantes comentar en el presente trabajo.

4.1.3. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE INICIATIVA DE LEY PARA EL ACCESO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

Es importante señalar que el tema de la protección de la biodiversidad y el reconocimiento de los derechos indígenas en México, ha generado un debate en diversos ámbitos institucionales, académicos y de la sociedad civil, a partir del cual se han elaborado algunos proyectos al interior del Poder Legislativo con la

¹¹³ Tamez de Gyves, José Luis. “Contratos de joint venture”, en http://www.justiniano.com/revista_doctrina/joint_venture.htm.

finalidad de proteger los recursos naturales, en especial los recursos genéticos del país.

De esta forma, el 26 de abril de 2001, el Senador panista por el Estado de Campeche, Jorge Rubén Nordhausen González, presentó ante la Cámara de Senadores la iniciativa de "*Ley para el Acceso y Aprovechamiento de los recursos Genéticos.*"¹¹⁴

Actualmente, esta iniciativa se encuentra en la primera lectura y el dictamen de discusión está suspendido por una moción suspensiva presentada en abril de 2004, por lo cual sigue turnada a las Comisiones de Salud, COMARNAP y Seguridad Social y Estudios Legislativos del Senado de la República.

La propuesta aporta elementos novedosos en la regulación del acceso a los recursos genéticos y biológicos, sin embargo, respecto al ámbito indígena son pocos los derechos que reconoce y garantiza, por lo tanto, consideramos importante realizar los siguientes comentarios sobre su contenido.

Puesto que la presente iniciativa se elaboró con base en los derechos indígenas reconocidos en el artículo 4° constitucional, es necesario adecuarla al texto vigente del artículo 2° constitucional, ya que de forma explícita en el apartado A, fracciones V y VI, reconoce a las comunidades indígenas el acceso a las tierras y el derecho preferente sobre los recursos naturales existentes dentro de su hábitat. Este reconocimiento se complementa con los derechos previstos en el Convenio 169 de la OIT, Capítulo II, referente a las tierras indígenas.

El artículo 6°, fracción VI de la iniciativa, establece que el concepto de "Componente Intangible" es una práctica individual o colectiva con un valor potencial asociado a los recursos genéticos; al hacer referencia al concepto de conocimiento tradicional, lo distingue como un componente intangible de los pueblos indígenas; sin embargo, es conveniente establecer que estos conocimientos son parte del patrimonio intelectual y cultural de los pueblos y comunidades indígenas, por lo cual la definición dada en la iniciativa no contempla la cosmovisión indígena, por lo tanto, sería conveniente revisar las discusiones que dentro de OMPI se están realizando respecto al tema.

En el artículo 6°, fracción XX, es importante que al identificar quiénes pueden ser los proveedores de los recursos biológicos o genéticos, se mencione de forma expresa a las comunidades indígenas.

El artículo 9° reconoce el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a sus recursos genéticos y componentes intangibles, por lo cual garantiza una distribución equitativa de los beneficios. Éste es un acierto de la iniciativa, ya que México está obligado por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, artículo 8, inciso j), ha implementar las medidas necesarias que permitan esta protección.

¹¹⁴ Para revisar la iniciativa completa, véase el Anexo I.

Respecto al contenido del artículo 10, el cual prevé el establecimiento de un sistema de certificación con la finalidad de proteger los derechos colectivos de las comunidades, considero que se perfila como un mecanismo de propiedad intelectual *sui géneris*, reconocido en los instrumentos internacionales que ha ratificado México tales como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS, en inglés), artículo 27.3 (6); con lo cual se intentaría dar cumplimiento a los compromisos del Estado mexicano, por lo que es un paso en la armonización entre el derecho internacional y nacional.

Sin embargo, este artículo de la iniciativa no garantiza la protección de todos los conocimientos tradicionales, ya que no establece que los conocimientos no registrados gozarán de igual protección. Así mismo, la iniciativa en ningún momento reconoce los sistemas normativos indígenas que regulan el acceso a dichos conocimientos o a los propios recursos genéticos.

La iniciativa sólo prevé la constitución de un fondo para la conservación y el uso de los recursos genéticos (artículos 12,13 y 14), lo cual involucra una visión conservacionista que niega la participación de los diversos sujetos involucrados, a diferencia de otros países en donde se han creado fondos específicos para los pueblos y comunidades indígenas, con la finalidad de impulsar su desarrollo.

La iniciativa no garantiza completamente la participación de los pueblos y comunidades indígenas en la toma de decisiones para autorizar los contratos de acceso a los recursos biológicos y genéticos dentro de sus tierras.

Dentro del grupo responsable de revisar las solicitudes para autorizar los contratos se deberá permitir desde la fase de examen técnico (Art. 20 de la iniciativa) la participación de representantes indígenas, siempre que la solicitud implique actividades dentro de sus tierras, garantizando con ello que desde la solicitud de acceso puedan conocer las ventajas y desventajas de los proyectos; asimismo, la autoridad deberá incluir las observaciones que hagan los pueblos indígenas para fundamentar la autorización o negación de una solicitud. La participación indígena dentro de instituciones administrativas se sustenta en el Convenio 169 de la OIT, artículo 6, numeral 1, inciso b).

El artículo 26 de la iniciativa establece los requisitos que deberán contener los contratos de acceso. Cabe señalar que el último párrafo de este precepto ordena que el idioma que prevalecerá en el contrato será la lengua nacional, sin embargo, esta disposición no es lo suficientemente clara en el caso de las comunidades indígenas, ya que de acuerdo con el artículo 4° de la Ley General de Derechos Lingüísticos, se reconoce al español y a las lenguas indígenas como lenguas nacionales, por lo cual podemos entender que en el caso de estar involucrada una comunidad indígena se tendrá que redactar el contrato en su respectiva lengua, ya que también el artículo 7° de la Ley reconoce a las lenguas indígenas como válidas para cualquier asunto o trámite de carácter público.

El contenido del artículo 29 resulta poco claro, puesto que establece que dentro del contrato de acceso se debe evaluar el conocimiento relevante que aporta cada parte para establecer la distribución de los beneficios derivados de los derechos de propiedad intelectual, pero no determina los criterios, ni los sujetos encargados de realizar tal valoración.

Si bien el artículo 40 establece como una causa de nulidad del contrato la violación de los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas que estén involucrados en el acceso a los recursos biológicos y genéticos. Sin embargo, creemos que sería conveniente señalarlos como sistemas normativos en lugar de usos y costumbres, tal como lo prevé la fracción II del apartado A del artículo 2° de la Carta Magna.

De igual forma, la fracción II del artículo 40 de la iniciativa se contrapone con el contenido del artículo 41 que reconoce sólo a los tribunales del Fuero Común como los competentes para conocer de las controversias generadas por los contratos de acceso a la biodiversidad, excluyendo así la jurisdicción indígena.

Es importante remarcar que por ser una iniciativa de ley que tiene implicaciones respecto al uso y aprovechamiento de los conocimientos tradicionales de las comunidades y pueblos indígenas, es necesario consultar a los pueblos indígenas en las partes que les afecta directamente, ya que el Estado mexicano está obligado a realizar dicha consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, Artículo 6°, numeral 1, inciso a).

En conclusión, podemos decir respecto a la iniciativa presentada por el senador Nordhausen que si bien considera lo establecido en el Artículo 8, inciso j), del Convenio sobre la Diversidad Biológica, deja fuera el reconocimiento de los derechos de propiedad cultural e intelectual indígenas, vinculados con el reconocimiento al territorio y los sistemas normativos internos reconocidos en el Artículo 2° de nuestra Carta Magna y el Convenio 169 de la OIT.

4.1.4. ANÁLISIS DE LAS INICIATIVAS DE LEY SOBRE EL CONOCIMIENTO TRADICIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.¹¹⁵

Actualmente, en el Congreso de la Unión existen dos iniciativas que procuran determinar los mecanismos de protección respecto al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas, una presentada ante la Cámara de Senadores por el C. Francisco Fraile y la segunda en la Cámara de Diputados por el C. Ángel Paulino Canal, ambos miembros de dichas Cámaras respectivamente.

¹¹⁵ Para ver las Iniciativas completas, véase el Anexo II.

Debido a la importancia de dichas iniciativas para el tema del presente trabajo, considero necesario realizar algunos comentarios respecto al contenido de las mismas.

A) PROYECTO DE INICIATIVA DE LEY GENERAL DE PROTECCIÓN AL CONOCIMIENTO TRADICIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, PRESENTADA POR EL SENADOR FRANCISCO FRAILE GARCÍA.

Respecto a la iniciativa de Ley General de Protección al Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas, presentada por el Senador Francisco Fraile García del grupo parlamentario Acción Nacional el 15 de diciembre de 2003, la cual se encuentra actualmente en estudio en las Comisiones Unidas de Asuntos Indígenas y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, consideramos primordial destacar que en términos generales representa un avance en la creación de un marco legal que regule el acceso y protección al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.

La iniciativa presentada por el Senador Fraile se limita sólo a la protección del conocimiento tradicional, dejando fuera la promoción y desarrollo del mismo. Con relación al carácter "general", no se desarrolló en el contenido de la ley, ya que no se establecen las facultades concurrentes entre la Federación, los Estados y los Municipios.

La iniciativa no establece de forma clara quiénes son los sujetos colectivos de derecho, pues, se hace referencia de forma indistinta a pueblos y comunidades indígenas, lo cual podría ser objeto de confusión.

Respecto al concepto de conocimiento tradicional, es importante que se tome en cuenta el proyecto de definición que está elaborando el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), ya que el conocimiento tradicional no sólo está referido a los aspectos de biodiversidad, sino también a las expresiones culturales y religiosas.

Respecto al término biopiratería, no se establece de forma clara su concepto, por lo cual resulta ambiguo e impreciso. La utilización del concepto biopiratería implica una reforma al Título Vigésimo Sexto de los delitos en materia de derechos de autor del Código Penal Federal, con el propósito de crear un tipo penal que sancione todo uso o aprovechamiento indebido de los conocimientos tradicionales con fines comerciales, industriales o de investigación, aspecto que la iniciativa no prevé.

En cuanto al artículo 3° del proyecto, considero poco adecuado realizar una clasificación del conocimiento tradicional; ya que esto limita los elementos que lo constituyen, sin embargo, de ser necesaria, debe realizarse una consulta a los

pueblos y comunidades indígenas con la finalidad de saber y plasmar en la Ley sus propuestas; cumpliendo con lo dispuesto por el Artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

En el artículo 5° de la iniciativa se prohíben las prácticas de biopiratería, sin embargo, no establece sanción alguna, ni hace remisión a ordenamientos que la contengan, por lo cual carecería de eficacia.

El Título Segundo: "Del Registro de Conocimiento Tradicional", establece la creación del Registro Nacional de Protección al Conocimiento Tradicional, dentro del Instituto Mexicano de Propiedad Intelectual, pero, la iniciativa es omisa en señalar la naturaleza jurídica de dicho Registro.

Con relación al artículo 7° que establece las funciones del Registro Nacional, considero que debe establecerse con precisión sus atribuciones; ya que de acuerdo con la fracción I, el Registro no es el competente para preservar y resguardar el conocimiento tradicional, sino las propias comunidades y pueblos indígenas. Asimismo, en la fracción V, se establece la facultad del Registro para iniciar acciones como particular, lo cual resulta contradictorio ya que su naturaleza es de autoridad.

En cuanto al artículo 8°, es importante aclarar quiénes son los sujetos titulares para realizar el registro, ya que no queda claro si son las comunidades o los pueblos indígenas, los cuales realizarán sus actuaciones a través de sus representantes tradicionales y, en su caso, solicitar al municipio la representación de los mismos.

Respecto al artículo 9°, es conveniente que el listado de conocimientos tradicionales susceptibles de registrarse sea acorde a los señalados en la definición de la OMPI, ya que el que contiene este precepto puede resultar demasiado restrictivo.

En el artículo 10°, respecto a los requisitos para expedir los certificados de titularidad del conocimiento, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas tendría competencia para realizar las investigaciones establecidas en este precepto.

En el artículo 15 se establecen los requisitos para presentar la solicitud de registro, pero, en la fracciones establece que se deberá presentar la identificación oficial de las autoridades, sin embargo, no todas las autoridades tradicionales cuentan con una identificación oficial; por lo tanto, su identificación se puede realizar mediante la identificación oficial o con el acta de la asamblea, y no con el reconocimiento que realice la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, ya que no es de su competencia validar la identidad de los indígenas.

De acuerdo con el artículo 18, en el que se establece la capacidad de los titulares del conocimiento tradicional de iniciar acciones jurisdiccionales en contra de

terceros que accedan a los conocimientos tradicionales y los divulguen sin su consentimiento, éste resulta endeble, ya que constitucionalmente no se reconoce personalidad jurídica a los sujetos colectivos: pueblo o comunidad indígena, lo cual podría generar que los indígenas en forma individual promovieran acciones sin la representación del colectivo.

Por técnica legislativa, consideramos que la facultad que confiere el artículo 25 del Registro Nacional debería estar dentro del artículo 7°.

Limitar la titularidad del conocimiento tradicional al aval del Registro Nacional, tal como lo prevé el artículo 26 de la iniciativa para la celebración de contratos, puede originar conflictos comunitarios, ya que no todas las comunidades o pueblos indígenas poseedores del mismo conocimiento tradicional lo registrarán ante estas instancias, por lo cual es importante ser cuidadosos para no agravar los conflictos que existen dentro de las zonas indígenas.

Por otra parte, el reconocer a los pueblos y comunidades indígenas como titulares de los derechos de propiedad intelectual colectiva carecería de sustento constitucional, puesto que sólo se reconoce a las comunidades indígenas como entidades de interés público, excluyéndolas de la posibilidad de ser sujetos de derechos y obligaciones. Por consiguiente, no podrían suscribir contratos de licencia.

Representaría un avance importante en cuanto al reconocimiento de derechos, si la iniciativa estableciera los mecanismos para el funcionamiento de un sistema *sui generis* (propiedad intelectual colectiva) dentro de nuestro sistema jurídico de propiedad intelectual, cuestión que menciona pero no desarrolla.

Dentro de las propuestas, en otros países, de un sistema *sui generis*, se propone el reconocimiento de titulares colectivos, protegiendo a los conocimientos tradicionales como patrimonio intelectual y cultural de los pueblos y comunidades indígenas necesarios para la preservación de su identidad. Considerando que los conocimientos tradicionales se preservan y transmiten de forma oral principalmente, consideramos que la iniciativa debe establecer criterios de registro que permitan y aseguren a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas gozar, en situación de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población, tal como lo establece el artículo 2°, numeral 2, inciso a), del Convenio 169 de la OIT.

En cuanto a los contratos de licencia que se proponen en el proyecto, creemos conveniente revisar las experiencias de otros países que han establecido un marco legislativo sobre los conocimientos tradicionales, en donde el Estado, a través de sus instituciones gubernamentales, intervienen revisando y signando los "contratos" de manera conjunta con los pueblos indígenas, fungiendo estas dependencias como representantes legales de la comunidad o del pueblo. La finalidad de esta intervención, es garantizar a los pueblos indígenas el

cumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del tercero; por lo que creemos conveniente que México podría adoptar un modelo similar, debido a que los pueblos indígenas carecen de personalidad jurídica colectiva para la suscripción de cualquier acto jurídico.

Por lo que respecta al reparto equitativo de los beneficios, se propone que éste sea acorde a la voluntad de los pueblos y comunidades indígenas, considerando los principios que se han establecido en el marco del Convenio de Diversidad Biológica y los Lineamientos de Bonn.

B) PROYECTO DE INICIATIVA DE LEY GENERAL DE PROTECCIÓN A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, PRESENTADA POR EL DIPUTADO ÁNGEL PAULINO CANUL PACAB.

La iniciativa de Ley General de Protección a los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas; y de reformas y adiciones a diversos artículos de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, suscrita por el diputado Ángel Paulino Canul Pacab del grupo parlamentario del PRI, presentada el 18 de febrero de 2004, refleja la preocupación que existe respecto a la regulación de los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, debido a la delicadeza del tema consideramos necesario hacer los siguientes comentarios respecto al contenido de la misma.

Respecto al concepto de conocimiento tradicional previsto en el artículo 2°, fracción III, no incluye el tratamiento de las manifestaciones artísticas y culturales de los pueblos y comunidades indígenas, por lo cual resulta restrictivo, puesto que sólo abarca las prácticas relacionadas con el uso de la biodiversidad.

La inclusión del término de biopiratería en la fracción IV del mismo artículo, resulta ambigua, además de ser un concepto no reconocido jurídicamente, por lo cual creemos que sería más apropiado incluir el concepto de bioprospección.

En la fracción XI no se establece de forma clara el significado, la naturaleza y el concepto de lo que debe entenderse por *régimen sui géneris*, además de que no se desarrolla en el contenido de la ley.

Al igual que la iniciativa de Francisco Fraile, en el artículo 3° se pretende establecer una clasificación de los conocimientos tradicionales, los cuales si bien son más incluyentes, limitan la posibilidad de que los pueblos y comunidades indígenas determinen la naturaleza de los mismos.

En el artículo 5° de la iniciativa, se sancionan las prácticas de biopiratería, ordenando que quienes incurran en ella serán objeto de penalización, sin embargo, no prevé las modificaciones a la legislación penal, por lo cual carecería de eficacia.

El Capítulo II del Registro de los Conocimientos Tradicionales, establece la creación de un Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales dentro de la estructura de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI)¹¹⁶, facultad que debe ser discutida dentro de una propuesta de sistema *sui géneris* de propiedad intelectual, ya que no es suficiente un Registro; es necesario crear un sistema de protección integral al conocimiento tradicional que reconozca los sistemas normativos internos de las comunidades y pueblos indígenas.

En el mismo capítulo, en el artículo 9º, fracción IV, se establece que entre los sujetos titulares para realizar el registro están los Congresos Estatales, cuestión que resulta inadecuada, ya que la naturaleza de este órgano es legislativa y no administrativa, siendo los pueblos y comunidades indígenas los únicos facultados para ejercer su derecho.

El artículo 10º menciona, de manera enunciativa, los elementos susceptibles de registro, con dicha propuesta se limita la posibilidad de aprehender el significado del conocimiento tradicional.

El artículo 11º establece como uno de los requisitos para realizar el registro tener una identificación oficial, cuestión que como hemos señalado no es posible en todos los casos, por lo cual se debe reconocer la identificación o el acta de la asamblea como los documentos que acreditan al representante de la comunidad o pueblo indígena.

Respecto al Capítulo II sobre los contratos de licencia, es importante resaltar que el artículo 21 establece la prohibición de realizar prácticas de bioprospección sin el consentimiento de las comunidades y pueblos indígenas, sin embargo, no determina claramente el ámbito territorial en el cual se aplicará este derecho.

El artículo 22 considera a la asamblea comunitaria como el mecanismo idóneo para obtener el consentimiento informado previo, pero, es necesario considerar que este mecanismo jurídico no es aplicable a todas las formas de organización de las comunidades y pueblos indígenas. Por lo cual, se debe evitar generar conflictos internos y externos en las comunidades, respetando el contenido de la fracción I, apartado A, del artículo 2º de la Constitución Federal.

Por otra parte, la iniciativa determina la naturaleza de ley como "general", sin embargo, la estructura de la ley no establece de forma precisa la participación de la Federación, los Estados y los Municipios de forma concurrente. Por lo cual, carece de elementos para su aplicabilidad como una ley general.

¹¹⁶ Para lo cual, propone reformar los artículos 5º y 13; adicionar los artículos: 2º, con las fracciones XIX, XX y XXI; 9º, con las fracciones XII, XIII y XIV; y, crear los artículos 20 y 21, ya que actualmente dicha institución no tiene facultades para realizar actividades de registro.

Así mismo, al no establecer las fuentes de financiamiento para su aplicación, las posibilidades de su funcionamiento se minimizan y, por lo tanto, la eficacia de la misma.

Finalmente, al no ser clara en cuanto al sujeto titular de los derechos colectivos, se advierte una apropiación individual del registro de conocimiento tradicional, lo cual puede suscitar una serie de conflictos comunitarios.

4.2. PROPUESTA SOBRE EL DERECHO DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES (BIOLÓGICOS, GENÉTICOS Y CONOCIMIENTO TRADICIONAL), DESDE EL DERECHO INDÍGENA

4.2.1. PROPUESTA SOBRE EL DERECHO DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES, DESDE EL DERECHO INDÍGENA.

Establecer una propuesta respecto al acceso de los recursos naturales, incluidos la biodiversidad y los recursos biológicos y genéticos, desde la perspectiva del derecho colectivo, específicamente con el reconocimiento de los derechos indígenas, no es tarea fácil, requiere entender y aceptar la existencia de sistemas jurídicos diferentes al Estatal.

En el desarrollo del trabajo se ha analizado el marco general de regulación de los recursos naturales, biológicos y genéticos, así como del derecho indígena; incluyendo aspectos relevantes como el conocimiento tradicional de los pueblos y comunidades indígenas.

En el presente capítulo, se examinarán las propuestas de protección que existen en el ámbito nacional e internacional respecto al tema de los recursos naturales y pueblos indígenas, considerando que dichos instrumentos jurídicos parten de un sistema jurídico homogéneo que reconocen algunos elementos del derecho indígena, pero no así la jurisdicción de los sistemas normativos internos.

El actual sistema de modernización, guiado por un nuevo orden económico y tecnológico, se ha apoyado en un sistema jurídico homogéneo, basado en las libertades individuales que privilegian los intereses privados; considerando así a la naturaleza como un objeto a dominar.

De esta forma, "en el campo jurídico, los derechos individuales vuelven marginales y difusos los derechos colectivos, aquéllos que comparte una sociedad como

principios de cohesión y solidaridad, y en los que se fundan las cosmovisiones que unen la cultura con la naturaleza."¹¹⁷

Sin embargo, si consideramos que el derecho indígena es el conjunto de normas, instituciones, procedimientos y autoridades formadas por la tradición y la costumbre de los pueblos indígenas (sistemas normativos internos), las relaciones de estos pueblos con el Estado y las normas positivas que reconocen su existencia, debemos establecer que cuando elaboramos una propuesta desde el derecho indígena lo vinculamos al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas con relación al acceso y aprovechamiento de los recursos naturales y los conocimientos tradicionales sobre los mismos.

Actualmente, existen modelos en los cuales los pueblos y comunidades indígenas están construyendo procesos autonómicos; en ellos se involucra su participación en el acceso y disfrute de los recursos naturales. En nuestro país, tenemos ejemplos en el Estado de México, Michoacán, Guerrero y Chiapas.

Los casos mencionados nos sirven como referencia para hablar de la existencia de sistemas normativos indígenas y del derecho colectivo, como formas alternativas de regular el acceso a los recursos naturales sin socavar la soberanía nacional.

Con fundamento en el derecho colectivo, y específicamente el derecho indígena, es necesario que cualquier iniciativa que pretenda regular el acceso a los recursos naturales y conocimiento tradicional por parte de los pueblos indígena y por terceros dentro de los territorios indígenas, comprenda los siguientes elementos:

- a) Los sujetos titulares del derecho.
- b) Reconocimiento de las tierras y territorios indígenas.
- c) Reconocimiento de un derecho ambiental indígena.
- d) Patrimonio de los pueblos y comunidades indígenas asociado a los recursos naturales.
- e) Derecho a la consulta y participación en las decisiones sobre los recursos naturales de sus tierras y territorios.

4.2.1.1. LOS SUJETOS TITULARES DEL DERECHO.

Dentro de nuestro sistema jurídico, el ejercicio de un derecho corresponde a un sujeto al cual podemos identificar como titular del derecho. El sujeto de derecho es aquella persona que tiene derechos y obligaciones, es decir, es la *"consecuencia normativa establecida de encontrarse reunida en un individuo, en un grupo de individuos o en un conjunto de objetos extrahumanos, ciertas condiciones de hecho previstas por el ordenamiento jurídico para que puedan adquirirse,*

¹¹⁷ Leff, Enrique. *Saber Ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*. Ed. Siglo XXI-PNUMA-CIICH-UNAM, México, 2000, pág. 119.

ejercerse o cumplirse inmediatamente o mediatamente por sí o por otros derechos y obligaciones."¹¹⁸

De tal forma que sólo son sujetos de derecho aquéllos que reúnen las condiciones previstas en dichos ordenamientos jurídicos. En el desarrollo del presente trabajo se ha utilizado recurrentemente los vocablos de pueblos y comunidades indígenas como conceptos fundamentales dentro del derecho indígena; además, en la legislación nacional e internacional estos conceptos se emplean de forma indistinta; cuestión que genera poca claridad respecto a quién es el sujeto con capacidad de goce y ejercicio de los derechos reconocidos.

Dentro del derecho indígena esta delimitación es importante, ya que como parte del derecho colectivo, reconoce la existencia de un "sujeto colectivo de derecho" diferenciado de otros sujetos reconocidos por el derecho nacional.

Debido a la complejidad que genera la comprensión del sujeto "pueblo indígena", pues, resulta difícil de aprehender porque su construcción es el resultado de un proceso de reconstitución que las propias comunidades indígenas realizan¹¹⁹ y de la capacidad de éstas de consolidar dichos procesos, resulta difícil el reconocerlo como sujeto de derecho.

Por el contrario, la comunidad indígena es la estructura organizativa más visible dentro de las formas de organización indígena, por lo tanto, existe una clara caracterización del sujeto conformado por las autoridades o representantes, instituciones políticas y sistemas normativos que se ejercen en un espacio territorial determinado, motivo por el cual es posible reconocerlo como sujeto de derecho.

El reconocimiento de las comunidades indígenas como el sujeto al cual le corresponde el goce y ejercicio de un derecho, nos obliga a establecer su condición jurídica dentro del Estado Mexicano. Algunos autores discuten la posibilidad de que se le identifique como entidad de derecho público; adviértase que el actual artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce a la comunidad indígena como entidad de interés público. Sin embargo, en el presente trabajo consideramos adecuado referirnos a las comunidades indígenas como sujeto colectivo de derecho.

Cuando hablamos de "entidades de derecho público" nos referimos a personas jurídicas que cuentan con "*imperium*", es decir, la manifestación de autoridad. El *imperium* se encuentra ligado a la potestad jurisdiccional, puesto que el "*ámbito*

¹¹⁸ Smith, Juan Carlos. Voz "Sujeto de Derecho", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XXV. Ed. Driskill, S.A., Buenos Aires, 1976, pág. 967.

¹¹⁹ Algunos casos de reconstitución podemos observarlos dentro de los grupos indígenas migrantes a los Estados Unidos de América como los zapotecos o mixes. También se incluye en este proceso la organización regional de diversos pueblos indígenas, tal como sucede con la Policía Comunitaria en Guerrero o la Creación de las Juntas de Buen Gobierno en Chiapas, ambos ejemplos se encuentran en un proceso de construcción que en un futuro pueden servir de modelo para otras regiones del país.

institucional, dentro del cual se ejerce válidamente el poder público sobre las personas y las cosas, se llama jurisdicción".¹²⁰

Así, el *imperium* es una potestad que delega el pueblo a una autoridad para que ésta, a su vez, pueda utilizar la fuerza pública para exigir el cumplimiento del orden jurídico.

De esta forma, en nuestro sistema jurídico¹²¹ se reconocen las siguientes entidades de derecho público: Federación, Entidades Federativas, Distrito Federal y Municipios, con lo cual la Constitución Federal no reconoce a las comunidades indígenas la facultad del Imperium, excluyendo así la posibilidad de un cuarto nivel de poder dentro del Estado mexicano.

El actual reconocimiento de las comunidades indígenas, previsto en el artículo 2º constitucional, como entidades de interés público impide el ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo. El interés público se refiere a los temas que son de incumbencia general a la población y, por ser una condición de afectación o beneficio, obliga a la intervención del gobierno para garantizar esa condición; por lo cual, las comunidades indígenas tienen capacidad de goce mas no de ejercicio, ya que no cuentan con el reconocimiento de personalidad jurídica para iniciar acciones legales que permitan defender sus derechos colectivos frente a terceros o adquirir obligaciones.¹²²

Por lo tanto, el reconocimiento como entidades de interés público limita la posibilidad de una verdadera participación de los diversos grupos indígenas y culturales que integran el país. Lograr el reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos colectivos de derecho implica reconocer la existencia de una entidad jurídica con capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones frente a las entidades de derecho público reconocidas por el Estado.

¹²⁰ Sánchez Viamonte, Carlos. Voz "Imperium", en *Enciclopedia Jurídica Omeba* tomo XIV. Ed. Driskill, S.A., Buenos Aires, 1976, pág. 985.

¹²¹ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Artículo 40, establece una República democrática, unida en una Federación compuesta por Estados libres y soberanos. Asimismo, el artículo 115 reconoce al municipio como la base de la división territorial de las Entidades Federativas.

¹²² En este sentido, es importante establecer que los partidos políticos son considerados constitucionalmente como entidades de interés público, lo cual no impide que puedan iniciar acciones legales en defensa de sus derechos reconocidos en la ley; sin embargo, estas entidades son creadas a partir de lo que establece la ley, es ésta la que determina los requisitos y formalidades que deben cumplir los ciudadanos para crear dichas entidades jurídicas, determina quiénes son sus representantes y las facultades que tienen los mismos.

La comunidad indígena no es una entidad creada en la ley, existe de facto, son sujetos que a lo largo de los diferentes procesos históricos del país han determinado sus formas internas de organización política, jurídica, social, cultural y económica, por lo cual, no pueden equipararse a una entidad de interés público como los partidos políticos.

Varias comunidades indígenas existían antes de la conformación del Estado Mexicano, otras son el proceso de una migración, en ambos casos la ley no determina su forma de constituirse, ni establece a sus representantes, de ahí que no consideremos apropiado referirnos a ellas como entidades de interés público.

Esto es, dentro de la existencia del derecho indígena y el derecho colectivo, encontramos que los sujetos colectivos de derecho son entidades indeterminadas, pero determinables por grupos, categorías o clases; la comunidad indígena es una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio que reconoce autoridades propias de acuerdo con sus usos, costumbres y sistemas normativos, por lo cual es un sujeto colectivo con capacidad para establecer relaciones de coordinación con el poder público. Es decir, si hemos establecido que las entidades de derecho público se caracterizan por el *imperium*, en el caso de las comunidades indígenas sólo se les reconoce dentro de la autonomía una facultad jurisdiccional¹²³ para determinados hechos.

La comunidad indígena considerada como una entidad local,¹²⁴ permite el ejercicio de la autonomía de los pueblos indígenas; como sujeto colectivo de derecho se reconoce que el ejercicio de sus derechos es indivisible, por lo tanto, el resultado de su acción es *erga omnes*. Los derechos que ejerce son los que se le reconocen como colectividad, diferentes a los derechos reconocidos a los indígenas.

La comunidad indígena considerada como sujeto colectivo, tiene la facultad de iniciar acciones jurídicas, a través de los representantes que determine, en contra de la violación de sus derechos; de igual forma, ejerce su autonomía en la aplicación de sus sistemas normativos dentro de su territorio.

Por lo tanto, el reconocer a la comunidad indígena como un sujeto colectivo de derecho implica una condición jurídica que permitiría la coordinación de las entidades de interés público con la comunidad indígena, como sujeto colectivo con facultades jurisdiccionales dentro de su territorio.

4.2.1.2. RECONOCIMIENTO DE LAS TIERRAS Y TERRITORIOS INDÍGENAS.

La importancia del reconocimiento de las tierras y territorios como espacios diferenciados en las comunidades indígenas, se basa en el valor de la diversidad cultural, que se expresa en la afirmación de la identidad de los pueblos y en su derecho a ser.

Así, en el presente trabajo se ha señalado la importancia de la relación "hombre-comunidad-naturaleza" dentro de las comunidades y pueblos indígenas, remarcando la importancia de la cosmovisión indígena que contiene una visión integral del territorio; esto es, la tierra es parte del territorio y la existencia de la

¹²³ De acuerdo a su raíz latina, "jurisdicción" es el poder o autoridad que se tiene para gobernar o poner en ejecución las leyes o aplicarlas en un juicio.

¹²⁴ Por ejemplo, en la Constitución de España de 1924 se reconocía la existencia de las entidades locales menores, las cuales eran formadas por un núcleo de población escaso o disperso, pero que debido a su organización se consideraban municipios independientes. Lo anterior ocurría cuando las parroquias, aldeas, barrios y otros que conformaran núcleos separados de edificaciones, familias y bienes con características peculiares, podrían constituirse en "entidades locales" diferenciadas, cuando se suprimiera el municipio a que pertenecían.

cultura misma se basa en el espacio geográfico que se encuentra bajo la influencia histórico-cultural y el control político de un pueblo, lo que permite tomar decisiones sobre el conjunto de los recursos naturales para definir cómo se usan y cómo se dispone de ellos.

Por lo cual, *"los territorios colectivos biodiversos representan un patrimonio cultural y natural que es la base para el desarrollo sustentable de las comunidades (...), recuperan el sentido del territorio como el hábitat de una cultura, como un espacio geografiado (sic) por el hombre, un soporte ecológico habitado por significados culturales y civilizatorios."*¹²⁵

De esta forma, la importancia de reconocer la tierra y los territorios estriba en la seguridad para ejercer potestad y protección a la integralidad cultural y social, contar con el acceso a los recursos naturales y alimentarios, desarrollo sustentable, ejercicio pleno de la autonomía para el funcionamiento de su gobierno interno y la participación en los asuntos nacionales, al delegárseles responsabilidades en la materia ambiental.

De ahí que las exigencias sobre el acceso a los recursos naturales de los territorios incluyan no sólo la biodiversidad y los recursos biológicos y genéticos; sino también el patrimonio cultural e intelectual de las comunidades indígenas.

4.2.1.3. RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO AMBIENTAL INDÍGENA

El reconocimiento de los sistemas normativos internos de las comunidades indígenas, nos permite identificar normas que podemos denominar "derecho ambiental indígena", ya que las normas "consuetudinarias" no sólo hacen referencia a aquéllas que sancionan las conductas ilícitas en la colectividad.

Existen normas que regulan el acceso y aprovechamiento de los recursos naturales en las comunidades indígenas, sin embargo, la exclusión de un derecho ambiental indígena se funda en una racionalidad, en la cual la ley responde a una protección y castigo respecto al uso y abuso de los recursos naturales en beneficio o perjuicio de intereses individuales, aun cuando se reconozca la existencia de los intereses difusos.

Sin embargo, la existencia *de facto* de un derecho ambiental indígena nos lleva a identificar algunos elementos que lo conforman como la tenencia, el acceso y control sobre los recursos naturales, dichos elementos permiten la eficacia de un derecho ambiental indígena.

La tenencia sobre la tierra y el territorio implica la posesión o la propiedad sobre la misma, *"el acceso supone disponibilidad y facilidad que tienen los miembros de una sociedad para acceder y aprovechar determinados recursos para satisfacer*

¹²⁵ Leff, Enrique. *Saber Ambiental*, Ob. Cit. pág. 26.

intereses o necesidades. El control alude al poder de administrar o gestionar el espacio y sus recursos,¹²⁶ tiene que ver con el uso, aprovechamiento y acceso a los recursos naturales.

Por lo tanto, al interior de las comunidades existe una dimensión jurídica-ambiental que forma parte del sistema normativo interno, el cual, al ser trasgredido por algunos miembros del colectivo o por terceros, genera la implementación de procedimientos en busca de soluciones que restauren el equilibrio alterado en la comunidad.

En las comunidades indígenas existen normas que regulan el acceso y aprovechamiento de los recursos naturales; por ejemplo, en Guatemala, en la Zona Indígena Q'eqchi' hay normas jurídicas indígenas que regulan el acceso al uso del agua, el bosque y la vida silvestre.¹²⁷

¹²⁶ Orellana Halkyer, René. *Escenarios locales de resolución de conflictos: derecho consuetudinario y recursos naturales en el Perú*. Ed. Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS), Perú, 1998, pág. 226.

¹²⁷ En cuanto al agua se establece que:

- Existe prohibición de contaminar los nacimientos de agua, en ellos no se puede lavar objetos, hacerse la higiene personal, ni para brebajes de animales.
- Los ríos son considerados un bien público al servicio de la comunidad, siendo su uso razonable en el lavado de ropa, para la higiene personal y brebaje de animales. Para dichas actividades se establecen lugares específicos.

En lo que respecta a bosques:

- Aprovechamiento de productos forestales dañados, palos secos, ramas caídas o tumbados por causas naturales, son utilizadas para leña, lo cual no necesita licencia.
- Los aprovechamientos de árboles para construcción no requieren autorización de las instituciones gubernamentales, pero si se vela por el uso moderado. Ejemplo; el caso de la comunidad de Caxlampom, El Estor, Izabal, por la tala de un árbol, el individuo esta obligado a sembrar diez.
- Los árboles que se encuentran en los límites de los terrenos, no están permitido cortarlos, pero las personas que incurran en violar tal norma están obligados a reparar el daño inmediatamente. La aplicación de dicha norma es velada por el Alcalde Auxiliar y el Comité pro mejoramiento.
- Las personas que requieren de un árbol que se encuentra en propiedad de algún vecino, estos tienen que comprar el árbol, esto se hace con el fin de respetar la propiedad y mantener la parte de bosque que se encuentra en la parcela de cada persona.
- Existe prohibición de aprovechar el bosque en partes altas de las cuencas y zonas de recarga hídrica que abastecen las fuentes de agua.

En lo concerniente a vida silvestre:

- La flora es para uso medicinal, ornamental y de consumo, y generalmente no se encuentra normada, porque cada familia decide sembrar dentro de su extensión territorial o lote donde vive. Ejemplo: el caso de la comunidad Semuy, El Estor, Izabal, las plantas medicinales utilizadas por las comadronas, los curanderos y las madres de familia, tiene una protección especial, las cuales no se deben vender.
- La cacería está permitida únicamente para los miembros de la comunidad y es con fines de consumo de subsistencia y no fines comerciales."

Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS). Programa Derecho Ambiental Indígena. Resumen Ejecutivo del Proyecto "Prácticas Indígenas sobre el Uso del Agua, el Bosque y la Vida Silvestre". Guatemala, Noviembre, 2002, págs. 3-4.

En México, encontramos ejemplos de regulación de los recursos naturales en las comunidades indígenas del Estado de México, Guerrero, Michoacán y Chiapas.

En el Estado de México, la comunidad de San Juan Tuxtepec se ha distinguido por su lucha en conservar su derecho al manejo del agua y la defensa de su tierra, ya que ésta ha reafirmado su identidad cultural y la cosmovisión con respecto a la forma correcta en que deben utilizarse sus recursos naturales.

San Juan Tuxtepec está integrado por indígenas Hñahñus originarios del Estado de Querétaro, que desde la época colonial se distinguieron por su lucha en la defensa de la tierra, consiguiendo su reconocimiento como propiedad comunal en 1965.

San Juan Tuxtepec es un ejemplo de una comunidad indígena que se ha apropiado de territorios no originales, en su migración de Querétaro al Estado de México reafirman y renuevan su identidad, creando nuevas formas internas de regular el acceso a los recursos naturales del nuevo lugar ocupado.

"La pertenencia socioterritorial se establece de dos formas; a nivel individual y en forma colectiva. En el plano individual sigue siendo importante seguir ligado a la tierra porque reafirma su reproducción cultural y biológica. En el plano colectivo el apego a la patria (la madre) sigue desempeñando un papel fundamental para mantener viva su identidad",¹²⁸ por lo cual se han establecido reglas de acceso y aprovechamiento de los recursos naturales que pertenecen a la comunidad, siendo importantes aquellos aprovechamientos que se realizan en torno al calendario ritual como la fiesta de Moros, Día de la Cruz o Los Apaches.

En el Estado de Guerrero, indígenas mixtecos y tlapanecos han fundado la Policía Comunitaria, la cual surgió en 1995 como un sistema de seguridad, impartición de justicia y readaptación social,¹²⁹ la cual cuenta en este momento con una organización regional a través de la Coordinadora Regional de Autoridades Indígenas, integrada por 8 comisarios del municipio, electos cada año en asamblea regional, la cual se encarga de la persecución de la delincuencia principalmente, así como de la vigilancia de los recursos naturales que existen en las tierras y territorios de las comunidades indígenas que integran dicho sistema.

Esta forma de organización indígena no es reconocida en el ámbito estatal, ni nacional, considerándosele ilegal, sin embargo, los indígenas mixtecos y tlapanecos consideran que se debe lograr una armonía, en donde las leyes sólo deben ser el instrumento que debe ir adecuándose para lograr la convivencia social, por lo tanto, consideran que si las autoridades "(...) dicen que estamos

¹²⁸ González Santiago, María Virginia. "Manejo de los recursos naturales y apropiación del territorio entre los Hñahñus de San Juan Tuxtepec, Municipio de Chapa de Mota, Estado de México", en *Revista Altamirano* (Revista del H. Congreso del Estado de Guerrero-Instituto de Estudios Parlamentarios), No. 20, Año 3, Segunda Época, Mayo-Junio, 2001, Legislatura LVI, pág. 102.

¹²⁹ En la actualidad está compuesta por aproximadamente 45 comunidades pertenecientes a cuatro Municipios en Guerrero

fuera de la ley, no es nuestra culpa. Estamos fuera de la ley, porque tampoco para eso nos tomaron en cuenta."¹³⁰

En el occidente de Michoacán, la comunidad indígena P'urhépecha de San Juan Nuevo creó una empresa forestal comunitaria: Nuevo San Juan Parangaricutiro, dicha empresa es un modelo de eficiencia productiva y organizativa, la cual no sólo tiene como objetivo el aprovechamiento forestal, sino también su protección a través de la combinación de las normas de derecho ambiental nacional y los sistemas normativos internos,¹³¹ por lo tanto, en San Juan Nuevo se ha creado un sistema de aprovechamiento forestal mixto, regulado por el derecho ambiental nacional y el derecho ambiental indígena.

San Juan Nuevo es de las pocas comunidades y empresas indígenas que ha logrado ser reconocida por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Actualmente, cuenta con un sistema de vigilancia mediante la creación de una policía comunitaria encargada de cuidar los bosques de la comunidad y hacer cumplir las leyes ambientales y los sistemas normativos internos.

San Juan Nuevo es un ejemplo de aplicación de un pluralismo jurídico, en el cual es posible armonizar dos sistemas jurídicos en un mismo territorio, obtenido resultados positivos para la comunidad indígena y el propio Estado nacional.

Otro caso interesante se encuentra en el Estado de Chiapas con los Municipios Autónomos Zapatistas (MAZ), integrados por comunidades indígenas tzotziles, tzeltales, choles y tojolabales, los cuales se estructuran a partir de agosto de 2003 de forma regional dentro de cinco Juntas de Buen Gobierno (JBG), instancias que tienen como finalidad una mejor organización en los proyectos comunitarios dentro de los MAZ.

Las JBG cuentan con un Consejo Autónomo integrado por representantes de los MAZ; los cuales, para el cumplimiento de sus funciones, cuentan con comisiones encargadas de atender los asuntos que son tramitados ante dichas instancias. Existe una comisión encargada de regular el acceso y aprovechamiento de los recursos naturales en cada región donde tiene jurisdicción la JBG, cuentan con una Ley de Cuidado de Árboles o Cuidado de la Naturaleza.

¹³⁰ Coordinadora Regional de Autoridades de la Montaña y Costa Chica de Guerrero. "Sobre el emplazamiento que el Gobierno Guerrerense ha hecho nuevamente al sistema comunitario de seguridad e impartición de justicia para su legalización." Julio 2004.

¹³¹ Así se refleja en las palabras del Sr. Daniel Aguilar, miembro de la empresa forestal, quien cuenta que al iniciar el proyecto de esta empresa "tratamos no sólo de trabajar por trabajar y generar riqueza y recursos económicos, generar empleos, no se trataba únicamente de eso, se trataba de ir mucho más allá del rescate de las propias tierras, el rescate del cuidado y protección del bosque, de encontrar alternativas diferentes a las que comúnmente se estaban haciendo, como es el de vigilar la jurisdicción que te corresponde, ¿pero cómo la vigilas?, o ¿Cómo sabes el concepto de vigilancia?, ¿Cómo mantienes tú una área?, más bien no hay necesidad de vigilar un área, sino lugares estratégicos y buscar donde mantienes proyectos productivos".

Entrevista realizada en la Comunidad de San Juan Nuevo, Michoacán, agosto 2003.

Por ejemplo, en la JBG denominada "Corazón del Arco Iris existe la Ley de cuidado de árboles válida en los territorios de los Municipios Autónomos Zapatistas sin distinción de nadie, para proteger los bosques, ya que ellos llaman el agua, el oxígeno, porque es nuestra vida y también es protección de los animales silvestres; por eso todos debemos entender que es importante cuidar nuestro bosque en todos los territorios de los municipios autónomos.

Como Junta de Buen Gobierno proponemos que cada municipio haga su vivero para ayudar a cumplir esta ley.

1. Los árboles sólo deberán ser cortados para las necesidades domésticas, no es para vender.
2. Tenemos la obligación de cuidar y conservar los bosques y también nosotros tenemos el derecho de usar árboles de uso doméstico bajo un permiso de las autoridades autónomas.
3. Por cada árbol cortado la obligación del que cortó es sembrar dos arbolitos y cuidarlos.
4. Cada territorio autónomo sancionará en cada municipio de acuerdo con su reglamento.
5. Sin autorización de tumbar árbol se sancionará con sembrar 20 arbolitos.
6. Todos los permisos se harán con la comisión de tierra y territorio.

Hay un acuerdo que donde hay un espacio para reforestar árboles cada municipio lo haga. Árboles que se pueden reforestar sean árboles que se necesitan dentro la comunidad. Los espacios que sea (sic) pensado donde sembrar son lugares que son buenos para tomar una excursión familiar, como orillas del río.

Por ejemplo, en el Municipio Autónomo 17 de Noviembre existen 4 centros reforestados por total de 2 mil matas de cedro.¹³², como resultado de la aplicación de la Ley de Cuidado de Árboles.

Con lo anterior, podemos destacar que la preocupación de conservar los recursos naturales refleja la cosmovisión de los pueblos y comunidades indígenas, ya que a diferencia del derecho nacional, no se fragmenta a la naturaleza. Por lo cual la protección de los bosques implica una visión holística de salvaguardar a la biodiversidad en su totalidad.

¹³² Subcomandante Insurgente Marcos. Comandancia General del EZLN, "Leer un video. Quinta parte: Cinco decisiones de buen gobierno", en *La Jornada*. Año 20, Número 7183, 24 de Agosto de 2004, pág. 11.

Los derechos ambientales indígenas “se definen como derechos autónomos a autogobernarse conforme a sus visiones del mundo, lo que implica el derecho de cada pueblo a establecer sus propias normas de convivencia para dirimir sus conflictos internos, así como para establecer prácticas de uso de sus recursos naturales.”¹³³

De esta forma, resulta importante que el derecho nacional reconozca la validez del derecho ambiental indígena en la regulación, acceso y aprovechamiento de los recursos naturales cuando se encuentran en la tierras de las comunidades indígenas, así como su participación con el Estado en las actividades que se realizan dentro de los territorios indígenas, estableciendo un puente entre ambos sistemas normativos y reconociendo que “los derechos colectivos (como la decisión sobre el uso y disfrute de los recursos naturales) no sólo no contradicen los derechos individuales, sino que permiten que estos últimos se alcancen para todos, no sólo para unos cuantos.”¹³⁴

4.2.1.4. PATRIMONIO DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS ASOCIADO A LOS RECURSOS NATURALES.

La protección de la propiedad cultural e intelectual indígena está vinculada a los derechos territoriales y la libre determinación de las comunidades indígenas, ya que los conocimientos tradicionales, los valores, autonomía o autogobierno, organización social, gestión de los ecosistemas, mantenimiento de la armonía entre los pueblos y respeto de la tierra están arraigados en las artes, las canciones, la poesía, la literatura, la artesanía y la cosmovisión que cada generación de niños indígenas debe aprender y renovar. Estas expresiones de la identidad de cada comunidad indígena son necesarias para mantener, desarrollar y, de ser necesario, restablecer las sociedades indígenas en todos sus aspectos.

Las comunidades indígenas, por lo general, no ven a su patrimonio como una propiedad, es decir, bienes que tienen un propietario y que se utilizan para obtener beneficios económicos; sino en términos de responsabilidad individual y colectiva, el patrimonio es un derecho de la colectividad y está vinculado a un pueblo, clan, tribu o comunidad. Así, poseer una canción, un relato o conocimientos tradicionales, médicos, agrícolas, ecológicos u otros, implica la responsabilidad de respetar a los seres humanos, los animales, las plantas y los lugares con que están vinculados.

En este sentido, las comunidades indígenas tienen sus sistemas normativos internos para proteger su patrimonio cultural e intelectual, así como para determinar cuándo y con quién pueden compartirlo.

¹³³ Leff, Enrique. *Saber Ambiental*, Ob. Cit., pág. 121.

¹³⁴ Subcomandante Insurgente Marcos. Comandancia General del EZLN. “Leer un video. Cuarta Parte: Cuatro Falacias”, en *La Jornada*. Año 20, No. 7182, 23 de Agosto de 2004, pág. 9.

La viabilidad de crear normas jurídicas nacionales que regulen el aprovechamiento de los recursos naturales por las comunidades indígenas, debe considerar los elementos intrínsecos a éste, tales como los conocimientos tradicionales, las prácticas culturales y rituales, por lo que debemos partir del patrimonio como un derecho de la colectividad, esto es, el patrimonio como un conjunto de relaciones colectivas y no como un conjunto de derechos económicos.

Por lo cual, es importante tener claro que *"aunque el patrimonio es de la colectividad, habitualmente hay una persona a la que cabe calificar de custodio o guardián de cada canción, relato, nombre, medicamento, lugar sagrado y otros aspectos del patrimonio de un pueblo. Esa responsabilidad individual no debe confundirse con un derecho de propiedad. Los guardianes tradicionales actúan de depositarios de los intereses de toda la comunidad y sólo disfrutan de los privilegios y el prestigio propios de ese cargo mientras propicien el interés supremo de la comunidad."*¹³⁵

Las normas jurídicas deben respetar el derecho colectivo que tienen las comunidades indígenas para mantener un control permanente sobre todos los elementos de su propio patrimonio. Pueden compartir el derecho a disfrutar y utilizar determinados elementos del mismo, con arreglo a sus propias leyes y procedimientos, pero siempre se reserva el derecho permanente a determinar de qué modo se van a utilizar los conocimientos compartidos. Este derecho constante y colectivo de gestionar el patrimonio es fundamental para la identidad, la supervivencia y el desarrollo de cada sociedad indígena.

Consideramos que las formas de protección jurídica de la propiedad, como los derechos de propiedad intelectual, no son adecuadas para la protección del patrimonio de las comunidades indígenas, ya que prevén una protección de duración limitada. Por lo cual, consideramos poco adecuado tratar de subdividir el patrimonio de los pueblos indígenas en categorías jurídicas independientes como "cultural", "artístico" o "intelectual", o en elementos independientes, como canciones, relatos, ciencia o lugares sagrados. Eso implicaría otorgar diferentes niveles de protección a distintos elementos del patrimonio, que por su carácter colectivo deben administrarse y protegerse como un único conjunto de bienes interrelacionados, principalmente cuando se encuentran relacionados al acceso, aprovechamiento y uso de los recursos naturales.

De esta forma, la legislación nacional y los legisladores deben observar que *"los pueblos indígenas consideran que todos los productos de la mente y el corazón humanos se hallan relacionados entre sí y fluyen de la misma fuente: las relaciones entre el pueblo y su tierra, su parentesco con las demás criaturas vivas que comparten la tierra, y con el mundo espiritual."*¹³⁶

¹³⁵ A. Dacs, Erica-Irene. Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. **Informe sobre protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas**. Nueva York, 1997, pág. 12

¹³⁶ *Ibidem*, pág. 3.

4.2.1.5. DERECHO A LA CONSULTA Y PARTICIPACIÓN EN LAS DECISIONES SOBRE LOS RECURSOS NATURALES DE SUS TIERRAS Y TERRITORIOS.

Resulta importante remarcar que diversos recursos naturales se localizan en municipios indígenas; además, las principales áreas naturales del país se encuentran asentadas en las comunidades indígenas¹³⁷ (Pantanos de Centla, Tabasco; Montes Azules [Selva Lacandona], Chiapas; Sian Ka'an, Quintana Roo, Sierra del Pinacate y el Gran Desierto de Altar, Sonora [To'ono Ot'tham]; Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, así como la Isla Tiburón, Sonora [Seris]).

Sin embargo, hemos señalado que la creación de áreas naturales en México y el mundo se ha caracterizado por *"la política de exclusión que ha predominado a lo largo del desarrollo del movimiento conservacionista desde la creación del primer parque nacional en el mundo en 1872. A partir de entonces se aplicó un modelo de conservación generalizado, ignorando por completo la dimensión humana y sin considerar la pluriculturalidad que caracteriza a los países latinoamericanos. El alto grado de conflictividad que siempre ha existido entre comunidades indígenas y áreas protegidas se deriva de la política de discriminación, imposición y despojo a la que han sido sometidas esas comunidades históricamente en nombre de la conservación."*¹³⁸

Después de 15 años de experiencia con las ANP's y la observación de que el deterioro, desertificación y pérdida de biodiversidad y suelos no se han detenido, podemos afirmar que con la sola estrategia de las áreas naturales protegidas y otros mecanismos establecidos, no se puede enfrentar la pérdida de la biodiversidad y el deterioro ambiental de nuestro país. Por lo cual, resulta indispensable incorporar una de las perspectivas que comienzan a manejarse para lograr un desarrollo sustentable en el manejo de los recursos naturales: el reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos colectivos, los cuales mediante sus conocimientos y técnicas se convierten en un componente importante de la conservación y desarrollo en el campo ambiental nacional.

De esta forma, resulta importante fusionar el saber indígena con los conocimientos de la ciencia occidental e impulsar la participación y consulta a las comunidades indígena en el manejo, administración, aprovechamientos y proyectos de investigación sobre los recursos naturales.

¹³⁷ Las comunidades indígenas son dueñas de 28% de los bosques templados y del 50% de las selvas que existen en propiedad social en México. Además, en los municipios donde habitan existen volúmenes importantes de agua, resultado de altas precipitaciones, por lo que son considerados municipios captadores de agua en donde se encuentran las presas generadoras de electricidad. Boege, Eckart. **Políticas ambientales públicas, diversidad biológica y pueblos indígenas de México** (Informe del Programa Especial Pueblos Indígenas y Medio Ambiente). Unidad Coordinadora de Participación Social y Transparencia de la SEMARNAT, Dirección de Atención a Pueblos Indígenas, 2004, pág. 14.

¹³⁸ Colchester, Marcus. Ob. Cit. Pág. 50.

En este sentido, la consulta a las comunidades indígenas es un mecanismo adecuado en la toma de decisiones dentro de los territorios que usan, ya que al no ser directamente los propietarios o poseedores legítimos, no pueden decidir sobre ellos, sin embargo, mediante la consulta se garantizaría su intervención en las medidas que el Gobierno o los particulares decidan en dichos territorios respecto al uso, aprovechamiento y acceso de los recursos naturales susceptibles de afectar su patrimonio, siendo importante su consentimiento previo e informado y su participación en los proyectos y beneficios que se generan de las actividades desarrolladas, tal como lo establecen los instrumentos jurídicos internacionales.¹³⁹

La participación de las comunidades indígenas en la toma de decisiones de los recursos naturales que se encuentran en sus tierras, es indispensable, ya que garantiza que éstas concurren de forma coordinada con las instituciones gubernamentales, en sus tres niveles de gobierno, en la administración, protección, uso, acceso y aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en sus tierras.

Así, la participación es un mecanismo mediante el cual se establece *“una alianza de común acuerdo entre los interesados de un territorio o conjunto de recursos amparados bajo el estado de protección para compartir entre ellos las funciones de manejo, derechos y responsabilidades.”*¹⁴⁰

De esta forma, el Estado Mexicano debe lograr consensos para que los representantes gubernamentales y/o no-gubernamentales e indígenas integren un acuerdo formal que especifique los derechos, poderes (sobre uso y toma de decisiones), responsabilidades, obligaciones y beneficios de cada una de las partes y sus mecanismos de control en cuanto al manejo y aprovechamiento de los recursos dentro de las tierras indígenas.

Para lograr una verdadera participación de las comunidades indígenas y, en el futuro, de los pueblos indígenas, en todos los niveles de gobierno, es necesario reconocer legalmente la propiedad colectiva sobre las tierras y/o territorios, la protección a su patrimonio (cultural e intelectual), la aplicación de un derecho ambiental indígena y el reconocimiento como sujetos colectivos.

Es decir, la creación de una Nación Multicultural implica la construcción de los derechos colectivos fuera del plano individual, involucra un sistema jurídico y político desde la otredad, la diferencia y la diversidad, se plantea la creación de un *“mundo construido por las hibridaciones de identidades diversas, en la interculturalidad y el diálogo de saberes (...) éste es el reto para la construcción de nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos (...) que permitan dirimir los conflictos generado por las diferencias.”*¹⁴¹

¹³⁹ Convenio 169 de la OIT y Convenio sobre la Diversidad Biológica.

¹⁴⁰ Buss, Ralph A. *“Manejo Participativo de Áreas Protegidas. ¿Un paso hacia la autodeterminación de los Pueblos Indígenas?”*, en www.memoria.com.mx/143/Buss.

¹⁴¹ Leff, Enrique. *Saber Ambiental*, Ob. Cit., pág. 138.

CONCLUSIONES

Con fundamento en el desarrollo del presente trabajo, podemos concluir lo siguiente:

1.- Actualmente, el Derecho, en el proceso de globalización, se enfrenta a los reclamos de las minorías, específicamente los pueblos y comunidades indígenas; los cuales afirman que la protección de los derechos individuales y humanos no garantizan su protección como sujetos colectivos.

Frente a esta problemática, ha surgido la teoría jurídica de los Derechos Colectivos como un nuevo paradigma que sustenta la validez del Derecho Indígena. Por lo tanto, se establece la importancia del reconocimiento de los sujetos colectivos, como los pueblos o comunidades indígenas, y los sistemas normativos internos de éstos, dentro del territorio y paralelo al derecho nacional.

2.- Dentro del Derecho Indígena encontramos el tema del acceso a los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas, cuestión que resulta de gran relevancia por su vinculación con el conflicto de tierras y los derechos de propiedad intelectual. Actualmente, diversos foros internacionales discuten el impacto de éste para los Estados, principalmente los que han sido catalogados como *megadiversos*.

3.- Considerando que México se encuentra dentro del grupo de países *megadiversos* y con mayor diversidad cultural (en nuestro país, habitan cerca del 70% de los pueblos indígenas del continente americano), el tema del acceso a los recursos naturales es de gran importancia, pues lo convierte en un blanco para las prácticas ilegales de bioprospección.

En el ámbito internacional existen algunos instrumentos que protegen a los pueblos indígenas y su derecho sobre los recursos naturales en un ámbito extenso, siendo los principales el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

En nuestro país, la reforma al artículo 2º constitucional en el año de 2001, reconoció la composición pluricultural del país. En las fracciones V y VI, apartado A, de este artículo, se establece el derecho de las comunidades indígenas para acceder a los recursos naturales de las tierras que habitan y usan, sin embargo, dicha protección resulta limitada, en cuanto que las leyes reglamentarias de protección a la biodiversidad han desarrollado poco el fondo de esta problemática.

4.- En este sentido, el acceso a los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas requiere un análisis integral de los diversos factores, tales como el conocimiento tradicional, los recursos biológicos y genéticos, los derechos de propiedad intelectual y el acceso equitativo a los beneficios.

Actualmente, la OMPI, el Grupo de Trabajo del CDB y la UNESCO trabajan para lograr un marco jurídico internacional de protección.

En el país, el Congreso de la Unión tiene en estudio una iniciativa que aborda el tema del acceso a los recursos biológicos y genéticos y dos sobre la protección del conocimiento tradicional, si bien estas iniciativas representan un avance para la regulación y protección de la relación comunidades indígenas-recursos naturales, éstas se han planteado de forma aislada, esto es, no se ha pensado en una propuesta integral que abarque el conocimiento tradicional, los derechos de propiedad intelectual, los derechos ambientales y los derechos colectivos de las comunidades indígenas, tal como se ha planteado desde la perspectiva del derecho colectivo.

5.- Asimismo, considerando que nuestro sistema jurídico no ha dado respuesta a la problemática del acceso a los recursos naturales que se encuentran en las tierras y territorios indígenas, es necesario que en México se inicie una discusión sería respecto a los alcances del derecho colectivo y el derecho indígena como alternativas que permitan el reconocimiento de las comunidades indígena como sujetos colectivos, sin detrimento de los derechos individuales que tienen las personas al interior de sus comunidades.

6.- En este sentido, es importante considerar que actualmente el artículo 2º constitucional reconoce a las comunidades indígenas como sujetos de interés público, categoría que impide que los derechos reconocidos en este precepto constitucional puedan ser exigibles por el sujeto colectivo "comunidad" frente a la violación de sus derechos cometidas por el Estado o las empresas.

7.- Es indispensable, por lo tanto, al analizar la existencia de un marco jurídico que regule el derecho al acceso a los recursos naturales por las comunidades indígenas, se considere una regulación preventiva y positiva; de forma que en el uso del conocimiento tradicional, los recursos biológicos y genéticos, la propiedad intelectual y cultural de las comunidades, se eviten prácticas de bioprospección que perjudiquen a éstas o al propio Estado mexicano.

8.- Por lo tanto, un marco jurídico respecto al tema de los recursos naturales y pueblos indígenas, ya sea preventivo o positivo, debe considerar los siguientes elementos:

- a) Reconocer a las comunidades indígenas como sujetos colectivos.
- b) Diferenciar y reconocer los espacios de tierras y territorios, para el acceso a los recursos naturales.
- c) Reconocer un derecho ambiental indígena que complemente al marco jurídico ambiental nacional.
- d) Garantizar la protección del patrimonio intelectual y cultural de las comunidades indígenas como sujetos colectivos.

e) Obligar al Estado a incluir la participación y consulta de las comunidades indígenas en la toma de decisiones que afecten los recursos naturales de las tierras y territorios indígenas.

9.- Finalmente, es importante reconocer el impacto de la diversidad cultural en la conservación de los recursos naturales del país. Esto plantea un reto primordial en el campo del derecho, puesto que es necesario elaborar nuevos instrumentos jurídicos que permitan dirimir los conflictos que han generado las diferencias, pero respetando y promoviendo la diversidad cultural de nuestra nación.

BIBLIOGRAFÍA

- Argueta, Arturo. *La naturaleza del México profundo*. 1ª ed., Instituto Nacional Indigenista-UNAM, México, 1999.
- Braga, Primo. *Guía de Teoría Económica en Los Derechos de Propiedad Intelectual en diversas Naciones: un recuento a través de la Literatura*. Ed. Banco Mundial, Washington, D.C., 1990.
- Clavero, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. Ed. Siglo XXI, México, 1994.
- Colchester, Marcus. *Naturaleza Cercada: Pueblos indígenas, áreas protegidas y conservación de la biodiversidad*. Ed. Forest Peoples Programme-Movimiento Mundial por los Bosques Tropicales, Agosto, 2003.
- Escobar, Arturo. *Biodiversidad, naturaleza y cultura: localidad y globalidad en las estrategias de conservación*. UNAM-CIICH, México, 1997.
- Fernández, José Carlos, Aldama, Alberto y López Silva, Christian. *Conocimiento tradicional asociado a la biodiversidad, conservación, uso sustentable y reparto de beneficios*. 1ª ed., Ed. Unión de Grupos Ambientales, 2002.
- García Aguirre, Miguel Ángel. *Ecología y Pueblos Indígenas en México*. 1ª ed., Ed. Unión de Grupos Ambientales-IIS-UNAM, 2002.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa, México, 1970.
- Gidi, Antonio. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. Ed. Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003.
- Gómez, Magdalena (coordinadora). *"Derecho Indígena"*. INI-AMNU, México, 1997.
- Jellinek, George. *Teoría General del Estado*. Ed. Continental, México, 1997.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ed. Gernika, 1ª ed., México, 1993.
- Kymlicka, Will. *Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Ed. Paidós, Barcelona, 1996.
- Leff, Enrique. *Saber Ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*. 2ª ed, Ed. Siglo XXI-PNUMA-CIICH-UNAM, México, 2000.

- Leff, Enrique (coordinador). Justicia Ambiental. T.1. Ed. UNAM-PNUMA, México, 2001.
- Leff, Enrique (coordinador). Comercio, medio ambiente y desarrollo sustentable. T. 2. Ed. UNAM-PNUMA, México, 2001.
- Lumholtz, Karl. México Desconocido: Un expediente de la exploración de cinco años entre las tribus de la Sierra Madre Occidental; en la Tierra Caliente de Tepic y de Jalisco; y entre los Tarascos de Michoacán. México, enero, 1973.
- Olivé, León. Multiculturalismo y Pluralismo. Ed. Paidós-UNAM, México, 1999.
- Orellana Halkyer, René. Escenarios locales de resolución de conflictos: derecho consuetudinario y recursos naturales en el Perú. Ed. Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS), Perú, 1998.
- Rangel Medina, David. Derecho Intelectual. Ed. Mc Graw Hill-UNAM, México, 1990.
- Rodarte, Ma. Elena. Los Recursos Naturales de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre Diversidad Biológica. 1ª ed., INI, México, 2002.
- Sherwood, Robert. Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico. Ed. Greenwood Press, 1986.
- Sildana, Jaramillo y Baena, Margarita. Conservación ex situ de los recursos fitogenéticos. Material de apoyo a la conservación de recursos fitogenéticos. Ed. Instituto Internacional de Recursos Filogenéticos, 2000.
- Secretaría de Educación Pública. Introducción a la educación ambiental y la salud ambiental. México, 1987.
- Stavenhagen, Rodolfo e Iturralde, Diego (Coordinadores). Entre la Ley y la Costumbre. El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Ed. Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
- Torres, Elizabeth. Derecho del patrimonio colectivo (derecho indígena), derecho de la propiedad intelectual. Tesis de Maestría en Antropología, La Paz, Bolivia, 2002.
- Van Dyke, Vernon. Human Rights, Ethnicity and Discrimination. Ed. Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1985.
- VV. AA. Derechos Indígenas en la actualidad. Ed. UNAM- IJJ, México, 1994.

Weiner, Michael. Modelos de Naturaleza: Ecología, Conservación y Revolución Cultural en la Unión Soviética. Ed. Universidad de Pittsburgh, 2000.

HEMEROGRAFÍA

- Cabrera Medaglia, Jorge. "Los contratos Internacionales de uso de diversidad biológica", en **Revista de Derecho Privado**, Año 4, No. 12, septiembre-diciembre, México, 1993.
- González Santiago, María Virginia. "Manejo de los recursos naturales y apropiación del territorio entre los Hñahus de San Juan Tuxtepec, Municipio de Chapa de Mota, Estado de México", en **Revista Altamirano** (Revista del H. Congreso del Estado de Guerrero-Instituto de Estudios Parlamentarios). No. 20, Año 3, Segunda Época, Mayo-Junio 2001.
- Regino Montes, Adelfo. "La comunidad: raíz, pensamiento, acción y horizonte de los pueblos indígenas", en **Revista México Indígena**. Nueva Época, Vol. 1, núm. 2, noviembre 2002. Publicación trimestral del Instituto Nacional Indigenista. México.
- Rodríguez, Silvia. "Biodiversidad y los Derechos de Protección Vegetal", en **GRAIN. Revista Biodiversidad**. No. 23. Montevideo, Uruguay. 2000.
- Subcomandante Insurgente Marcos. Comandancia General del EZLN. "Leer un video. Quinta parte: Cinco decisiones de buen gobierno", en **La Jornada**. Año 20, Número 7183. 24 de Agosto de 2004.
- Subcomandante Insurgente Marcos. Comandancia General del EZLN. "Leer un video. Cuarta Parte: Cuatro Falacias", en **La Jornada**. Año 20, No. 7182. 23 de Agosto de 2004.
- OMPI. "La OMPI y los pueblos indígenas". **Folleto de la OMPI**, No. 12. 2001.
- WIPO. "Traditional Knowledge and Intellectual Property: New prospect and new directions". In **WIPO Magazine**, May- June 2003.

OTRAS FUENTES

LEGISLACIÓN

A) NACIONAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente

Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable

Ley General de Vida Silvestre

Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas

Ley Federal del Derecho de Autor

Ley de Propiedad Industrial

Ley de Variedades Vegetales

Ley sobre Protección del Patrimonio Cultural de Baja California.

Ley de Fomento a la Cultura para el Estado de Guanajuato

Ley del Patrimonio Cultural de Coahuila

Ley sobre el Patrimonio Cultural del Estado de Nuevo León

Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del Estado de Oaxaca

Ley de derechos, cultura y organización indígena del Estado de Quintana Roo

B) INTERNACIONAL

Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)

Carta de Naciones Unidas, firmada el 26 de junio en 1945 en San Francisco, Estados Unidos. Entró en vigor el 24 de octubre de 1945.

Código Internacional de Conducta para la Recolección y Transferencia de Germoplasma Vegetal, adoptado por la FAO en noviembre de 1993.

Convención para la Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954 de la UNESCO.

Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Convenio Sobre la Diversidad Biológica.

Decisión Andina 391 y 486 de la Junta del Acuerdo de Cartagena.

Declaración sobre los Derechos de las Personas que pertenecen a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüística, aprobada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 47/135 de 18 de diciembre de 1992.

Ley N° 7788, Ley de Biodiversidad de Costa Rica.

Ley N° 20, Del régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales de Panamá.

Orden Ejecutiva 247 (EO247) de Filipinas.

Régimen de Protección del Conocimiento Colectivo de los Pueblos Indígenas de Perú.

Resolución 2 (XXVII) de 1974 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

Tratado de Cooperación en materia de Patentes de la OMPI.

DECLARACIONES

A. Daes, Erica-Irene. Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. "Informe sobre protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas" de Naciones Unidas, Nueva York, 1997.

Declaración establecida en el Foro mundial sobre la protección del folklore de la UNESCO y la OMPI en Phuket, abril 1997.

Declaración Americana de los Derechos de las Poblaciones Indígenas de la OEA

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.

Directrices de Bonn sobre Acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios provenientes de su utilización.

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI.

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Documento WIPO/GRTFK/IC/3/9 del 20 de mayo de 2002.

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Documento WIPO/GRTKF/IC/5/8 del 28 de abril de 2003.

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Documento WIPO/GRTKF/IC/5/9. Quinta Sesión del 7-15 julio de 2003.

ENCICLOPEDIAS

Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed. Driskill, S.A., Buenos Aires, 1976.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Ed. Porrúa, México, 2001.

DOCUMENTOS

Acuerdos de San Andrés. Cuadernos editados por el Frente Zapatista de Liberación Nacional. México, 2000.

Avendaño Villafuerte, Elia. "Debate sobre la existencia del derecho indígena", texto inédito, Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2002.

Boege, Eckart. Políticas ambientales públicas, diversidad biológica y pueblos indígenas de México (Informe del Programa Especial Pueblos Indígenas y Medio Ambiente). Unidad Coordinadora de Participación Social y Transparencia de la SEMARNAT. Dirección de Atención a Pueblos Indígenas, 2004.

Centro de Acción Legal-Ambiental y Social de Guatemala (CALAS). Programa Derecho Ambiental Indígena. Resumen Ejecutivo del Proyecto "Prácticas Indígenas sobre el Uso del Agua, el Bosque y la Vida Silvestre". Guatemala, Noviembre, 2002.

Consortio GTZ/FUNDECO/IE. Comunidad Andina-Banco Interamericano de Desarrollo. Estrategia Regional de Biodiversidad para los países del trópico Andino (III Taller Regional). Bolivia, Diciembre, 2001.

Convenio UNAM-Diversa, proporcionada al Procurador por el Secretario Ejecutivo de la CONABIO, Dr. Jorge Soberón en el expediente del procedimiento de denuncia popular de fecha 21 de marzo del 2000.

Coordinadora Regional de Autoridades de la Montaña y Costa Chica de Guerrero. "Sobre el emplazamiento que el Gobierno Guerrerense ha hecho nuevamente al sistema comunitario de seguridad e impartición de justicia para su legalización." Julio, 2004.

Declaración de Kari-Oca del 30 de mayo de 1992.

Declaración de Tlahuitoltepec, octubre de 1993.

Declaración de Mataatua sobre los Derechos Intelectuales y Culturales de los Pueblos Indígenas de junio de 1993

Declaración de COICA de septiembre de 1994.

DÍAZ, Floriberto. "Comunidad y Comunalidad", documento inédito, INI, 1995.

Propuesta de redacción al artículo 4º constitucional presentado por la COCOPA en el Congreso de la Unión el 29 de noviembre de 1996.

INICIATIVAS DE LEY EN EL CONGRESO DE LA UNIÓN

Ley para el Acceso y Aprovechamiento de los recursos Biológicos y Genéticos, presentada por el Senador Jorge Rubén Nordhausen González en 2001.

Ley General de Protección al Conocimiento Tradicional de los Pueblo Indígenas, presentada por el Senador Francisco Fraile García en 2003.

Ley General de Protección a los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas, presentada por el Diputado Ángel Paulino Canul Pacab en 2004

ENTREVISTAS

Entrevista realizada al Sr. Daniel Aguilar en la Comunidad de San Juan Nuevo, Michoacán, agosto 2003.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

BUSS, Ralph A. "Manejo Participativo de Áreas Protegidas. ¿Un paso hacia la autodeterminación de los Pueblos Indígenas?", en www.memoria.com.mx/143/Buss

GRAIN. "De patentes y Piratas". Montevideo, Uruguay, 2000, en <http://www.grain.org/front/>.

Primera Declaración de la Selva Lacandona del EZLN, en <http://www.wzln.org/documentos/1994/199312xx.es.htm>.

RAFI. "Reflexiones sobre la disputa de bioprospección", Canadá, 22 de noviembre de 1993, en <http://www.rafi.org/>

TAMEZ DE GYVES, José Luis. "Contratos de joint venture", en http://www.justiniano.com/revista_doctrina/joint_venture.htm.

<http://www.semarnat.gob.mx>.

<http://www.wipo.int/documents/es/main.htm>.

ANEXO I

PROYECTO DE DECRETO DE LA LEY PARA EL ACCESO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS GENÉTICOS.¹⁴²

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. México cuenta con una gran riqueza biológica, es considerado como el 4º país mega-diverso del mundo. Prácticamente todos los biomas existentes se encuentran en México. Con sólo el 1.5% del área total de masa continental, el país cuenta con 10% del total de las especies de plantas y animales terrestres conocidas. Ocupa el primer lugar por el número de anfibios y fanerógamas. Además una gran proporción de las especies son endémicas. Por ejemplo, el 52% de las plantas angiospermas que habitan en el mundo, son mexicanas.

Nuestro país es también centro de origen y diversificación de una gran cantidad de plantas cultivadas y depositario de las poblaciones silvestres y razas nativas de muchas plantas comestibles, las cuales son reservorio de genes útiles, indispensables para la conservación, de tales especies.

Consecuencia de la interacción constante con un ambiente exuberante, la diversidad cultural es otra de las grandes ventajas que posee nuestro país. En particular el conocimiento y aprovechamiento de la biodiversidad por las culturas nativas.

Sin embargo, la enorme riqueza cultural que poseen los grupos indígenas y poblaciones campesinas y rurales de nuestro país se encuentra, al igual que muchas de las plantas y animales que habitan en nuestro país, en peligro de extinción. El acervo biológico y el conocimiento popular están seriamente amenazados. La presión que se ejerce sobre los ecosistemas es muy grande y todos los años se pierden muchas hectáreas de bosques y selvas, así como de una gran cantidad de especies.

En las últimas décadas, la urbanización y la transformación del ambiente han sido tan intensas y aceleradas que de seguir la misma tendencia tal vez dentro de algunos años no queden más que algunos vestigios de nuestra prodigiosa diversidad. Por otro lado, el conocimiento sobre la biodiversidad de las poblaciones nativas no ha sido completamente recuperado, sistematizado, ni adecuadamente utilizado. Ocurre también un proceso acelerado de transculturización de las poblaciones autóctonas y rurales, los individuos emigran abandonando o perdiendo sus tradiciones.

¹⁴² El Proyecto original fue presentado por el Senador Jorge Nordhausen, esta es la última versión que se encuentra en dictamen en el Cámara de Senadores.

La inadecuada utilización y el saqueo indiscriminado de recursos biológicos por propios y extraños, demanda acciones enérgicas y urgentes. Es apremiante planificar, establecer prioridades y diseñar una estrategia general que permita la protección, conservación y utilización sustentable de recursos valiosos y deje en las zonas donde se han mantenido por siglos, los conocimientos y los recursos biológicos, parte de los beneficios económicos y sociales de su explotación.

Dentro de esta perspectiva una de las limitantes más importantes es la carencia de un marco jurídico adecuado que promueva la conservación de las especies, regule el acceso a los recursos genéticos y reconozca, como lo hizo ya el Convenio de Diversidad Biológica, la soberanía del país sobre los recursos genéticos que habitan en él.

Mientras exista la ausencia de una regulación expresa que asegure los derechos del país de origen sobre sus recursos genéticos y que reconozca en debida forma los conocimientos, innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales, existirán condiciones ideales para que continúe el saqueo de la biodiversidad en nuestro país. El reto, que hay que asumir, es encontrar los mecanismos legales que impidan el saqueo, pero al mismo tiempo permitan la utilización sustentable y fomenten las inversiones en la biodiversidad y los recursos genéticos. Un proceso donde se alcance, el equilibrio y la justicia en la utilización de recursos biológicos.

El marco constitucional vigente es muy favorable para la implementación del Convenio de Diversidad Biológica ratificado por México desde el año de 1993, pues la protección y preservación de la biodiversidad se encuentra implícita a través de los términos: aprovechamiento, elemento natural y recursos naturales. Esto aplica a los recursos genéticos porque si bien, la información genética de las especies puede ser considerada un recurso intangible, no por eso deja de ser también un recurso natural.

De acuerdo con la última reforma en materia de derechos indígenas (Diario Oficial 14 de agosto de 2001), el artículo 2º apartado A, fracción VI de la Constitución reconoce el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a su autonomía para el uso y disfrute preferente de los recursos naturales, de los lugares que habitan y ocupan, salvo aquéllos que correspondan a áreas estratégicas.

El valor del conocimiento tradicional perteneciente a las comunidades indígenas ha sido siempre reconocido, el conocimiento poseído por los miembros de estas comunidades con respecto a la diversidad biológica que les rodea ha sido ignorado hasta hace muy poco. La asunción de la superioridad cultural occidental, en particular de su ciencia y tecnología, ha impedido que la posibilidad de que el conocimiento indígena pudiera ser útil para el mundo industrializado, rara vez fuese considerada.

Para que los seres vivos y sus derivados se transformen en recursos con valor económico y social, es necesaria la aportación de conocimiento relevante y

continuo. Este conocimiento relevante trasciende la esfera del ámbito científico formal, al nutrirse crecientemente del conocimiento tradicional. En el ámbito mundial se observa una tendencia sinérgica, en la que convergen diversos tipos y fuentes de conocimiento por medio de los cuales, los seres vivos y sus derivados adquieren valor y con ello, su carácter de recurso. Desde esta perspectiva, el conocimiento indígena se vuelve muy valioso.

Dentro del contenido del artículo 27 Constitucional, en su párrafo tercero, se señala que corresponde a la Nación el dominio directo de "todos los recursos naturales de la plataforma continental y de los zócalos submarinos de las islas". Así mismo, dispone que la propiedad originaria de la nación tiene la potestad de "...regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación...". Esta regulación tiene el objetivo específico de:

"Hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. "

De la misma manera, en este artículo se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas. De tal forma que el fundamento para regular el acceso tendrá que ir acorde con nuestra legislación y respetará lo que nuestra Constitución a la letra establece: "La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas". Este preámbulo se complementa con el principio de que: "La ley, considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitarias de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus poblaciones."

El Partido Acción Nacional, a través de sus legisladores, presenta esta iniciativa de ley, conscientes de la necesidad que existe en nuestro país de proteger y preservar la biodiversidad, así como el de proteger al mismo tiempo a los pueblos indígenas, las cuales se encuentran implícitas en la interpretación de la reglamentación del artículo 27 constitucional y atendiendo a lo que establece la fracción XXIX-G del artículo 73, en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. De manera explícita se encuentra en el Convenio sobre Diversidad Biológica, ya que forma parte de la legislación nacional, conforme al artículo 133 constitucional, que consagra el principio de incorporación de los Tratados a la legislación nacional. Y a la letra dice:

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados o que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de la nación"

Es necesario regular el acceso a recursos genéticos, porque es la única forma de conseguir que la utilización de éstos se haga en beneficio de nuestro país. La reglamentación resulta urgente, a la luz de la proliferación de contratos que empiezan a firmarse en México entre indígenas o universidades y solicitantes privados del extranjero, que desconocen la potestad de la Nación mexicana sobre sus recursos naturales y no ofrecen ni para el país, ni para los grupos indígenas y comunidades rurales involucrados, beneficios muy claros.

La lógica del libre acceso y distribución prevaleció hasta que los países desarrollados comenzaron a proteger sus propias innovaciones botánicas mediante derechos de propiedad intelectual. En este punto, los países subdesarrollados y en particular los países mega diversos, iniciaron una reflexión internacional en torno a la propiedad de la biodiversidad y los recursos genéticos, tanto de los bienes materiales como de los intangibles, un proceso de discusión que llevó en los dos primeros años de esta década al reconocimiento de la autoridad de los gobiernos nacionales para determinar el acceso a sus recursos genéticos.

En realidad, lo más valioso que se ha estado perdiendo es el control de información estratégica. Por ejemplo, cuando menos 7,000 compuestos farmacológicos, son originalmente derivados de plantas, la mayoría de ellas provenientes de países subdesarrollados. Si las corporaciones transnacionales pagaran regalías a los países originarios y a las comunidades indígenas y locales por las variedades de plantas y el conocimiento tradicional que han utilizado, los pagos alcanzarían los 5,400 millones de US dólares anuales.

Pero el creciente interés por la biodiversidad no se debe sólo a las posibilidades tecnológicas que ofrece como fuente de recursos genéticos para el desarrollo económico y social de la humanidad, sino a su reconocimiento y valoración como elemento estratégico de equilibrio ambiental. Sin embargo, la amenaza que pesa actualmente sobre las especies nunca ha sido tan grave, el crecimiento poblacional y la aplicación masiva de tecnologías inadecuadas ejercen una presión sin precedente sobre los ecosistemas y el ambiente.

Esta preocupación llevó a la Organización de las Naciones Unidas a organizar la Convención de Medio Ambiente y Desarrollo, conocida como "Cumbre de la Tierra", celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 1992. Para establecer políticas y compromisos globales de conservación ambiental. Entre los documentos más importantes que fueron aprobados en la "Cumbre de la Tierra", está el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), que es el convenio internacional vinculante más importante en la materia; fue firmado por 174 países, con la excepción notable de los Estados Unidos de América. En el CDB las naciones de la Tierra reconocen que la conservación de la diversidad biológica "es interés común de toda la humanidad" y ésta es una responsabilidad compartida que debemos asumir con equidad y un enfoque integral que incluya factores tecnológicos, sociales, culturales y ambientales.

En el marco del Convenio sobre Diversidad Biológica, los recursos genéticos pasaron de ser patrimonio común de toda la humanidad (disponibles para todos sin restricción) a patrimonio de los Estados Nacionales. Además de éste, fueron reconocidos varios hechos fundamentales para la conservación de la biodiversidad, tales como:

La implementación a nivel global de alternativas integrales y sostenibles al uso destructivo de la biosfera, requiere acceso a tecnologías ambientalmente amigables y financiamiento para todos.

Los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos y son por lo tanto responsables de su conservación y utilización sostenible.

La diversidad biológica está concatenada íntimamente y de manera indisoluble con los grupos humanos, por lo que se considera que los recursos biológicos son indispensables para la supervivencia de los pueblos y elementos de progreso que tienen derecho a utilizar en su beneficio.

Se reconoce la contribución histórica de las comunidades indígenas y campesinas en la conservación y uso sustentable de la diversidad biológica, así como de sus facultades para decidir sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales ligadas a los recursos genéticos.

La apropiación ilegítima de los recursos biológicos y del conocimiento de otros, es un factor que impide su utilización sostenible.

Si de verdad se reconoce la base biológica y cultural que se pretende preservar, conservar y enriquecer, es necesario que los beneficios económicos obtenidos de los productos derivados de la investigación de recursos biológicos sean compartidos, según criterios claros de correspondencia y equidad con los países, entidades, comunidades y personas que hayan aportado sus recursos, capacidades o conocimientos en la investigación.

Con base en los principios anteriores, los Estados firmantes se comprometieron a garantizar el acceso a recursos genéticos a cambio de que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que se tomen en cuenta todos los derechos existentes sobre tales recursos.
2. Que ocurra transferencia apropiada de tecnologías relevantes para utilizar sustentablemente los componentes de la biodiversidad.
3. Que haya financiamiento apropiado.
4. Que se reconozca y valore el componente intangible asociado a los recursos genéticos.

Por otro lado, el Convenio sobre Diversidad Biológica de manera particular establece en sus artículos 8, 9, 15, 16, 17 y 19 responsabilidades a los signatarios de establecer una legislación en relación con el acceso a recursos genéticos. En particular, el artículo 15 del convenio, reconoce la facultad de los gobiernos nacionales, de regular el acceso a los recursos genéticos y establece la obligación para los países miembros de establecer una legislación de acceso a los recursos genéticos, que cumpla con las siguientes condiciones:

1. Crear condiciones para facilitar el acceso.
2. Acceso en términos mutuamente acordados.
3. Investigación con participación de las partes contratantes y de ser posible en ellas.
4. Cada parte tomará medidas administrativas o políticas para compartir de forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la parte contratante que aporta estos recursos.
5. Esta participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

El proyecto de Ley que sometemos a consideración contiene tres títulos. El primero versa sobre las Disposiciones Generales, el segundo sobre el aprovechamiento y acceso, y por último, el tercero se ocupa de las infracciones y violaciones a la ley, indicando las multas que en su caso serían aplicables.

Algunas de las virtudes más importantes del presente proyecto de ley, son las siguientes:

Es la ley más completa que se ha propuesto en la materia, porque desarrolla con detalle todos los aspectos involucrados, e introduce propuestas muy novedosas en lo referente a Desarrollo y Transferencia de Tecnología.

Aprovecha la experiencia de otros países mega-diversos en la elaboración e implementación de Leyes de Acceso a Recursos Genéticos. Fue elaborada con un enfoque multidisciplinario y tomando en cuenta la experiencia de expertos en la materia.

Facilita el acceso a los recursos genéticos y reconoce al mismo tiempo los derechos de soberanía de la Nación Mexicana sobre sus recursos y de los pueblos indígenas y comunidades locales.

Fija los términos, condiciones y procedimientos para otorgar el acceso a los recursos genéticos.

Determina los beneficios mínimos que las actividades de acceso deben dejar a la nación y las comunidades indígenas y locales y permite al mismo tiempo, un amplio margen para la negociación de condiciones específicas en los contratos.

Especifica los derechos, que la propia ley protege, a favor de las comunidades indígenas y locales, a ser reconocidas como propietarias de sus recursos y conocimientos y a participar en los beneficios derivados de las investigaciones realizadas con los recursos genéticos objetos de acceso.

Puntualiza las obligaciones a que están sujetas las instituciones involucradas en el acceso a los recursos genéticos.

Establece sanciones y delitos para aquellos sujetos que infrinjan la Ley.

1. Esta Comisión, después de analizar y revisar detenidamente la iniciativa y los argumentos expuestos por el legislador proponente coinciden plenamente con la importancia de este tema y su necesaria regulación, considerando que en estos momentos se realizan actividades de acceso de recursos genéticos y biológicos, en perjuicio de las comunidades indígenas y en detrimento grave de sus usos y costumbres tradicionales y de nuestro país.
2. Que es indispensable para nuestro país proteger nuestro patrimonio biológico y cultural, así como preservar los usos y costumbres tradicionales y a las comunidades que de manera ancestral los han desarrollado.
3. Se hace necesario internalizar aquellas normas que en términos del artículo 133 de nuestra Constitución son la Ley Suprema de la Unión como lo es el Convenio de Diversidad Biológica ratificado por nuestro país desde el año de 1993, y que establecen un sistema de distribución equitativa de beneficios entre aquellas comunidades de donde se extraen los recursos genéticos y aquellos que desean desarrollarlos biotecnológicamente.
4. Es indispensable establecer un sistema normativo que respete y garantice derechos a las comunidades sobre sus conocimientos tradicionales, así como aquellos obtentores patentarios que a través de la investigación y el desarrollo tecnológico obtienen nuevos productos alimenticios, farmacéuticos o de uso industrial.
5. Que es necesario que el Ejecutivo Federal establezca un sistema de información que le permita conocer con toda certeza las actividades de acceso a estos recursos y vigile que todos estos procesos de desarrollo biotecnológico se den bajo el consentimiento previo e informado de las comunidades de donde son extraídos éstos.
6. Que es indispensable establecer un sistema de sanciones que evite la depredación y explotación ilegal de la biodiversidad de nuestro país.

Por todo lo anterior, esta Comisión aprueba el Dictamen de la iniciativa de Ley para el Acceso y Aprovechamiento de los Recursos genéticos, por lo que se somete a la aprobación de esa H. Asamblea, el siguiente proyecto de:

DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA LA LEY PARA EL ACCESO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS GENÉTICOS.

ARTICULO ÚNICO.- Se aprueba la Ley para el Acceso y aprovechamiento de los Recursos genéticos, para quedar como sigue:

LEY PARA EL ACCESO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

TITULO PRIMERO

Disposiciones Generales

CAPITULO I

Normas Praeliminares

Artículo 1º.- La presente ley reglamentaria es de observancia general en toda la República y sus disposiciones son de orden público y de interés social y están dirigidas al aprovechamiento de los elementos recursos genéticos susceptibles de apropiación.

Artículo 2º.- Esta Ley tiene por objeto regular el acceso, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos genéticos, la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del aprovechamiento y comercialización de los recursos genéticos, localizados en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción.

Artículo 3º.- Se consideran de interés general la conservación, protección y aprovechamiento de los recursos genéticos nacionales.

Artículo 4º.- El acceso a los recursos genéticos nacionales deberá hacerse conforme a los principios, precautorio y de responsabilidad, de tal modo que se evite su agotamiento y la generación de efectos adversos para el medio ambiente, la seguridad alimentaria y la salud.

Artículo 5º.- Se excluyen del ámbito de esta ley:

I.- Los recursos genéticos humanos y sus productos derivados, y

II.- El intercambio de los recursos genéticos resultantes del conocimiento asociado a prácticas, usos y costumbres, sin fines de lucro, entre los pueblos indígenas.

Artículo 6º.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

- I.- Acceso: Acción de obtener muestras de los elementos de la biodiversidad silvestre o domesticada existentes, en condiciones ex situ o in situ y obtención del conocimiento asociado, con fines de bioprospección aplicación industrial y cualquier otro aprovechamiento económico;
- II.- Biodiversidad o diversidad biológica: La variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluyendo los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas;
- III.- Bioprospección: La obtención y proceso de muestreo para fines comerciales de nuevas fuentes de compuestos químicos, genes, proteínas, compuestos secundarios, bioestructuras, procesos metabólicos y otros productos con valor económico actual o potencial, que provengan de las poblaciones de especies que habitan el territorio nacional.
- IV.- Biotecnología: Cualquier aplicación tecnológica que utilice recursos biológicos, organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos;
- V.- Centro de conservación fuera de sitio: La persona física o moral que conserva y colecciona los recursos genéticos o sus productos derivados fuera de sus hábitats naturales;
- VI.- Componente intangible: Todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva con valor real o potencial, asociado al recurso genético, o a sus productos derivados o al recurso biológico que los contiene, protegido o no por regímenes de propiedad intelectual. Cuando en esta Ley se habla de conocimiento tradicional se hace referencia al componente intangible de pueblos indígenas ejidos, comunidades y demás personas que dispongan de conocimientos relevantes sobre el potencial de los recursos;
- VII.- Condiciones fuera de sitio: Aquéllas en las que los recursos genéticos no se encuentran en sus hábitats naturales;
- VIII.- Condiciones dentro de sitio: Aquéllas en las que los recursos genéticos se encuentran dentro de sus ecosistemas y hábitats naturales, y en el caso de especies domesticadas o cultivadas, en los entornos en los que hayan desarrollado sus propiedades específicas;
- IX.- Conocimiento relevante: Conocimiento que resulta estratégico para el aprovechamiento de un recurso biológico o genético;
- X.- Consentimiento previo e informado: El acto, la declaración mediante el cual el Estado, los propietarios, legítimos poseedores, pueblos indígenas, ejidos y

comunidades, contando con información suficiente, establecen los términos de forma expresa, para el acceso a los recursos genéticos, productos derivados o componente intangible bajo determinadas condiciones;

XI.- Conservación dentro de sitio: Se entiende la conservación de los ecosistemas y hábitats naturales y el mantenimiento y recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales, y en el caso de las especies domesticadas y cultivadas en los entornos que hayan desarrollado sus propiedades específicas;

XII.- Conservación fuera de sitio: Se entiende la conservación de componentes de la diversidad biológica fuera de sus hábitats naturales;

XIII.- Contrato de acceso: Acuerdo entre el Ejecutivo Federal, el solicitante y en su caso, el propietario del componente intangible, en donde se establecen los términos y condiciones para el acceso a los recursos biológicos, genéticos y bioquímicos;

XIV.- Distribución de beneficios: Toda forma de compensación por el acceso a los recursos genéticos y el componente intangible asociado, ya sea en dinero o en especie, incluyendo en particular, la participación en la investigación científica y desarrollo tecnológico y la disposición de resultados de la investigación científica;

XV.- Especie domesticada, semi-domesticada o cultivada: Es una especie biológica en cuyo proceso de evolución han influido los seres humanos para satisfacer sus propias necesidades;

XVI.- Innovación tradicional colectiva: Constituye el sistema de conocimientos y prácticas sobre la domesticación, conservación, uso y manejo de la diversidad biológica, transmitido en forma oral o escrita; de tipo colectivo y acumulativo a través del tiempo. Incluye además cualquier alteración, modificación o mejora, así como cualquier derivado que utilice el conocimiento de comunidades indígenas o locales en la comercialización de cualquier producto o proceso más sofisticado como la extracción, aislamiento o síntesis de principios activos en los extractos o composiciones usadas por pueblos indígenas, ejidos o comunidades;

XVII.- País de origen: País que posee recursos genéticos en condiciones dentro de sitio, incluyendo aquéllos que habiendo estado en tales condiciones, se hallen ahora en condiciones fuera de sitio. Incluye aquellos recursos de los cuales México es centro de diversificación;

XVIII.- País proveedor de recursos genéticos: País que provee recursos genéticos colectados de fuentes dentro de sitio, incluyendo poblaciones de especies tanto silvestres como domesticadas, o tomadas de fuentes fuera de sitio, que pueden o no haberse originado en ese país;

XIX.- Producto derivado: Molécula, combinación o mezcla de moléculas naturales de origen biológico provenientes del metabolismo de seres vivos o muertos, incluyendo extractos crudos, de organismos vivos o muertos que algunas veces puede ser derivado del conocimiento tradicional;

XX.- Proveedor del recurso genético o biológico: Persona, grupo o comunidad local facultada en el marco de esta Ley que provee el recurso genético, el componente intangible o sus productos derivados;

XXI.- Recurso biológico: Los recursos genéticos, los organismos o partes de ellos, las poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad;

XXII.- Recurso bioquímico: Cualquier material derivado de recursos biológicos, que contenga características específicas, moléculas especiales o estructuras químicas base para diseñarlas;

XXIII.- Recurso genético: El material genético de valor real o potencial. Se incluye el recurso bioquímico, y

XXIV.- Secretaría: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Artículo 7º.- El Ejecutivo Federal promoverá la coordinación de acciones con los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios, en el ámbito de sus correspondientes atribuciones para la debida aplicación de esta Ley, asimismo fomentará la participación de los pueblos indígenas, ejidos y comunidades, instituciones de enseñanza e investigación así como de los particulares en la conservación de los recursos genéticos.

Artículo 8º.- La Secretaría sin perjuicio del concurso de SAGARPA, SHCP, CONACyT e IMPI de acuerdo a sus respectivas competencias y en los casos que correspondan, contará con las siguientes facultades:

I.- Ejercer las atribuciones que conforme a la presente ley corresponden a la autoridad en materia de acceso a recursos genéticos y biológicos, dentro del ámbito de la competencia federal;

II.- Evaluar y dar trámite a las solicitudes de acceso a los recursos biológicos o genéticos;

III.- Determinar los criterios para la celebración de los acuerdos o contratos de acceso y establecer y dar seguimiento a las condiciones y términos establecidos en dichos contratos;

IV.- Establecer los mecanismos de control y vigilancia para las actividades de acceso;

V.- Celebrar, conforme a lo previsto en la presente ley, acuerdos y contratos en materia de acceso a los recursos genéticos;

VI.- Vigilar la acreditación de la legal procedencia del material biológico o genético accesado;

VII.- Vigilar el cumplimiento de esta Ley y de las disposiciones que de ella se deriven, interpretarla para efectos administrativos, aplicar las sanciones y ejercer los actos de autoridad en la materia;

VIII.- Promover la investigación científica y el desarrollo tecnológico en materia de utilización de recursos genéticos y la formación y capacitación de recursos técnicos especializados, así como la celebración de acuerdos de transferencia, de tecnología, relacionados con el uso y conservación de recursos genéticos;

IX.- Integrar y mantener actualizado un registro de acceso a recursos genéticos, y

X.- Las demás que esta ley y otras disposiciones legales atribuyan a las diferentes Secretarías

CAPÍTULO II

De la Distribución de Beneficios

Artículo 9º.- El Estado reconocerá y protegerá, los derechos de los pueblos indígenas, ejidos y comunidades sobre sus recursos genéticos, biológicos, componente intangible, conocimientos, innovaciones y prácticas; y por lo tanto, su derecho a beneficiarse colectivamente por el acceso, uso o aprovechamiento de tales recursos mediante contratos que establezcan las condiciones y el reparto de beneficios.

Artículo 10.- La Secretaría establecerá e implementará un sistema de certificación con el fin de proteger los derechos de los pueblos indígenas, ejidos y comunidades. El cual será establecido a través de un registro público, sus alcances y procedimientos serán de conformidad con lo que se establezca en el reglamento de esta Ley.

El reconocimiento a través de los certificados de esos derechos en el registro es voluntario y gratuito, no tendrá ningún límite temporal, deberá hacerse a solicitud de los interesados.

El orden de cualquier entrada en el registro no conferirá derecho prioritario preferencial alguno; ni otorgará derecho especial a la persona que los solicite, ni impide que otras comunidades que tengan derecho sobre ellos también los registren.

El registro podrá comprender: conocimientos, innovaciones y prácticas; así como los productos derivados de recursos genéticos y biológicos de pueblos indígenas, ejidos y comunidades.

Artículo 11.- La participación justa y equitativa de los beneficios por el aprovechamiento, uso o comercialización de los recursos biológicos o genéticos pueden ser por medios económicos, técnicos, biotecnológicos, científicos, ambientales, sociales, o de otro tipo.

La participación por el acceso a recursos genéticos puede consistir en:

I.- Pago de cuotas de acceso por muestras, extractos y pruebas;

II.- Montos previamente estipulados por el acceso;

III.- Transferencia de tecnologías y de conocimientos utilizados en la investigación por quien accede al recurso;

IV.- Generación y desarrollo de capacidad científica nacional;

V.- Participación mediante el pago de regalías o en los beneficios económicos por el uso comercial;

VI.- Participación y capacitación de personal nacional en el equipo de investigación, bajo los términos acordados;

VII.- Otras que las partes propongan, y

VIII.- las que establezcan las disposiciones relativas a la materia.

Artículo 12.- Se podrá constituir un fondo para la conservación y uso de los recursos genéticos, así como para la promoción e impulso de las actividades a que se refiere esta Ley, con cargo al presupuesto de la Secretaría y en términos de su disponibilidad presupuestaria.

Artículo 13.- Parte del fondo deberá destinarse para garantizar acceso a la capacitación en técnicas genéricas para todos los agentes sociales involucrados en las actividades de acceso.

Artículo 14.- Se involucrará en la medida de lo posible a las instituciones nacionales de investigación en el proceso de investigación y desarrollo en materia de acceso a los recursos genéticos.

TITULO SEGUNDO

De la Administración, Manejo y Acceso a los Recursos Genéticos

CAPITULO I

De los Requisitos

Artículo 15.- Los requisitos para el acceso a los recursos genéticos son:

I.- El consentimiento previo e informado otorgado de forma expresa, para el uso, disfrute o aprovechamiento, de propietarios, legítimos poseedores y pueblos indígenas, ejidos y comunidades, que proporcionan los recursos genéticos y/o el componente intangible, y en su caso del Estado;

II.- El consentimiento de ejidos y comunidades que sea otorgado conforme a las autoridades y procedimientos establecidos en la Ley Agraria y en el caso de poblaciones indígenas, mediante sus instituciones representativas, de acuerdo a lo establecido por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y en su caso, el procedimiento que establezca el Reglamento de esta Ley;

III.- Ratificación del consentimiento mencionado en la fracción anterior por la Secretaría;

IV.- La obtención de la autorización emitida por la Secretaría respectiva;

V.- La obligación de realizar el depósito de dos individuos o muestras de las especies colectadas, en las colecciones nacionales o regionales que la autoridad establecerá para ese fin de conformidad con lo que establezca el reglamento;

VI.- La identificación de los posibles impactos ambientales del proyecto de acceso;

VII.- Establecer la manera en que se distribuirán los posibles beneficios;

VIII.- Indicar el tiempo que durarán las actividades de acceso, y

IX.- La publicación de un extracto de la solicitud, en dos diarios de circulación nacional y en un periódico de la localidad en que se pretende realizar el acceso.

Artículo 16.- Los bancos de germoplasma nacionales y extranjeros, deberán solicitar autorización a la Secretaría, para realizar misiones de colecta de recursos biológicos o genéticos en el país.

Artículo 17.- No se autorizará la importación o exportación de ningún recurso biológico o genético o producto derivado que incorpore el conocimiento o innovación hecha por pueblos indígenas, ejidos y comunidades, a menos que la Secretaría verifique el otorgamiento del consentimiento para ese fin, de conformidad con lo establecido en esta Ley y bajo las condiciones establecidas en el contrato de Acceso.

CAPITULO II

De la Solicitud

Artículo 18.- Para obtener la autorización de acceso se requiere de la presentación de una solicitud escrita, ante la Secretaría, que contendrá como mínimo:

I.- La identificación del solicitante y de las personas o instituciones involucradas en el acceso, los documentos que acrediten su capacidad jurídica para contratar y la experiencia profesional del solicitante y en su caso, de la institución y del equipo responsable de la ejecución técnica proyecto;

II.- Domicilio del solicitante, su nacionalidad y demás datos que prevengan esta Ley y su reglamento, y deberá exhibirse el comprobante del pago de las tarifas correspondientes de conformidad con lo que establezca la Ley Federal de Derechos;

III.- La identificación del proveedor de los recursos genéticos, y sus productos derivados o del componente intangible asociado;

IV.- La naturaleza, alcance y propósito de las actividades de investigación y uso de los recursos genéticos;

V.- La información sobre la distribución geográfica del recurso solicitado;

VI.- Un cronograma descriptivo de los alcances de la investigación;

VII.- Descripción de los métodos, técnicas, sistemas de colección y herramientas a ser usados;

VIII.- La descripción de la manera y alcance de la participación de nacionales, propietarios y legítimos poseedores, pueblos indígenas, ejidos y comunidades, en la investigación científica y desarrollo tecnológico del recurso biológico y genético, y

IX.- La declaración de que toda la información proporcionada por el solicitante se otorgará bajo protesta de decir verdad.

Artículo 19.- El interesado requerirá a la Secretaría que ciertos datos e información contenidos en la solicitud y en el contrato de acceso, puedan ser mantenidos en reserva con el carácter de información confidencial, cuando se trate de desarrollos tecnológicos novedosos o en el caso de que terceros puedan obtener beneficios, por el uso de información comercial.

Para tal efecto debe presentar la justificación de su petición, acompañada de un resumen no confidencial que formará parte del expediente, salvo cuando su

conocimiento público sea necesario para proteger el interés social o el medio ambiente.

Los aspectos confidenciales figurarán en un expediente reservado, en custodia de la Secretaría, y no podrán ser divulgados a terceros, salvo orden judicial en contrario.

CAPITULO III

Del Dictamen Técnico

Artículo 20.- La Secretaría, dentro de los treinta días hábiles siguientes al registro de la solicitud, prorrogables a 60 días, realizará un dictamen técnico y emitirá una resolución.

Artículo 21.- Si la solicitud o la documentación exhibida no cumple con los requisitos, la Secretaría lo comunicará por escrito al solicitante otorgándole un plazo de quince días para que subsane los errores u omisiones en los que hubiese incurrido y manifieste lo que a su derecho convenga. Si el solicitante no contesta dentro del plazo concedido se considerará por precluido su derecho.

Artículo 22.- Una vez realizado el dictamen técnico La Secretaría emitirá, la resolución correspondiente, en la que podrá:

I.- Exponer los motivos por los cuales se pronuncie por la procedencia o improcedencia de la solicitud;

II.- Autorizar las técnicas de colecta, bioprospección y muestreo propuestas;

III.- Realizar las observaciones y recomendaciones que considere convenientes para la negociación y elaboración del Contrato de Acceso, y

IV.- Hacer una evaluación acerca de la capacidad técnica y experiencia del solicitante para garantizar un bajo impacto ambiental, así como las medidas de mitigación y prevención que deberá adoptar durante el acceso.

CAPÍTULO IV

Del Contrato de Acceso

Artículo 23.- Una vez que la Secretaría haya emitido la resolución autorizando la solicitud de acceso, el interesado podrá solicitar a la Secretaría, proceder a la negociación y elaboración del contrato de acceso.

Artículo 24.- Son partes en el contrato de acceso:

I.- El Ejecutivo Federal;

II.- El solicitante del acceso, y

III.- El proveedor del recurso biológico y genético y lo del componente intangible, cuando el acceso involucre tales componentes.

Artículo 25.- La Secretaría podrá celebrar contratos de acceso con universidades y centros de investigación nacionales, que amparen la ejecución de varios proyectos, de conformidad con las disposiciones previstas en esta Ley y su reglamento.

Artículo 26.- Efectuada la negociación se elaborará el contrato de acceso el cual contendrá por lo menos, los siguientes requisitos:

I.- Identificación de las partes contratantes;

II.- Determinación del domicilio legal;

III.- Justificación del proyecto de acceso;

IV.- Determinación del objeto del contrato;

V.- Establecer las condiciones para la distribución equitativa de beneficios que se deriven de la comercialización y otros usos, así como el tipo de protección del componente intangible, cuando éste exista, que estipulen los representantes del lugar donde se materialice el acceso;

VI.- Establecer la vigencia del proyecto, área de colecta, especies a colectar, así como la cantidad del material a colectar;

VII.- Garantizar en los términos que establezca el reglamento el depósito de muestras colectadas, en colecciones autorizadas por la Secretaría;

VIII.- Determinación en su caso, de los propietarios de los derechos de propiedad intelectual, sobre los productos y procesos que pudieran derivarse del acceso, así como de las condiciones para la cesión de derechos;

IX.- Garantizar en los términos que establezca el reglamento el que el acceso al material y la utilización de los recursos genéticos y del componente intangible, no podrá cederse a terceros, ni asignar derecho alguno, sin el consentimiento expreso y escrito de la Secretaría y en su caso, de los pueblos indígenas, ejidos y las comunidades;

X.- Estipulación de la vigencia y prórroga del contrato;

XI.- Establecer las cláusulas para la modificación, suspensión, rescisión, y terminación anticipada del contrato, y

XII.- Los demás requisitos que se establezcan en el reglamento de la presente ley.

Si el solicitante hablara un idioma diferente al español, prevalecerá en los contratos la lengua nacional ante cualquier otro idioma.

Artículo 27.- Los derechos y obligaciones asumidos tras la firma del contrato de acceso, o aquéllos que deriven de una solicitud en trámite, podrán transmitirse total o parcialmente a terceros, en los términos y con las formalidades que establece la legislación común, notificando previamente a la Secretaría y respetando el interés del proveedor original del recurso genético o biológico.

Para que la transmisión de derechos y obligaciones puedan producir efectos contra terceros, deberá inscribirse en el Registro.

Artículo 28.- El solicitante estará obligado a presentar informes periódicos sobre el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones asumidas tras la celebración del contrato de acceso.

Específicamente, el solicitante estará obligado, además a:

I.- Presentar los avisos, informes y reportes a la Secretaría, sobre la investigación y utilización de los recursos genéticos sujetos de acceso y productos derivados;

II.- Entregar a la Secretaría, los reportes y publicaciones generados de la investigación realizada con los recursos genéticos que fueran colectados, así como de los productos derivados de ellos;

III.- Notificar a la Secretaría, sobre el desarrollo de nuevos productos o procesos obtenidos o productos y procesos diferentes a los establecidos en el contrato,

Artículo 29.- En cada contrato de acceso deberá establecerse la distribución de los derechos de la propiedad intelectual resultante.

En todos los casos en que se involucre el conocimiento relevante, se acreditará dicho conocimiento al presentar la solicitud de dictamen.

Artículo 30.- La protección de las tecnologías derivadas de las actividades de acceso será compartida entre las partes contratantes y se ajustará a la legislación de propiedad intelectual vigente y en su caso al reglamento de esta Ley.

Artículo 31.- La Secretaría ejercerá acciones de coordinación con el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial con el propósito de que durante el examen de

la solicitud de una patente que utilice material biológico, el solicitante presente la constancia de registro del contrato de acceso y de la autorización correspondiente.

Artículo 32.- La presentación de las constancias señaladas en el artículo anterior será un requisito previo para el otorgamiento del derecho respectivo cuando se tenga certeza o indicios de que los productos o proceso cuyo patentamiento se solicita hayan sido obtenidos o desarrollados a partir de recursos biológicos o genéticos o de sus productos derivados en que México sea país de origen, y sobre los que ejerza su soberanía y jurisdicción.

La Secretaría y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial establecerán sistemas de intercambio de información sobre los contratos y autorizaciones de acceso.

Artículo 33.- Los montos de los pagos por los trámites de acceso, desarrollo y comercialización de los recursos genéticos, deberán establecerse de conformidad con la Ley Federal de Derechos.

Artículo 34.- Estará expresamente prohibido que muestras aisladas del material objeto del contrato de acceso abandonen el país sin la autorización previa de la Secretaría.

CAPITULO V

De los Acuerdos de Transferencia

Artículo 35.- Podrán establecerse entre las partes del contrato de acceso, acuerdos de transferencia de material biológico, para facilitar el manejo compartido de materiales, en proyectos conjuntos de investigación básica y aplicada, sin fines de lucro.

Los acuerdos de transferencia definirán los derechos y obligaciones de las partes, incluyendo a terceros involucrados en la transferencia y uso posterior del material biológico provisto o la información resultante de la investigación.

Artículo 36.- Los permisos, autorizaciones y demás documentos que amparen la investigación, obtención, provisión o transferencia de recursos biológicos o genéticos, no determinan, condicionan, ni presumen la autorización de acceso.

Artículo 37.- Los centros de conservación fuera de sitio deberán notificar a la Secretaría respecto de todos los acuerdos de transferencia que involucren recursos biológicos o genéticos nacionales y las condiciones bajo las cuales se han realizado. Estos acuerdos de transferencia están sujetos a las disposiciones de esta Ley y su reglamento.

CAPÍTULO VI

De la Terminación y Nulidad

Artículo 38.- El contrato de acceso se considerará siempre público por lo que el Estado a través de la Secretaría podrá darlo por terminado siempre que exista alguna de las causales establecidas en la presente Ley y su reglamento.

Artículo 39.- La Secretaría puede dar por terminado anticipadamente el contrato en alguno de los casos siguientes:

- I.- Cuando se considere que el cumplimiento del interés nacional así lo exige, y
- II.- Cuando se ponga en riesgo el medio ambiente, la seguridad alimentaria o la salud de la población.

Artículo 40.- El contrato será nulo cuando:

- I.- Cuando se contravengan disposiciones de esta Ley, su reglamento y demás disposiciones aplicables;
- II.- Cuando se vaya en contra de los usos y costumbres de los pueblos indígenas, ejidos y comunidades involucradas en el acceso a los recursos genéticos;
- III.- Cuando no se dé cumplimiento a las obligaciones establecidas en la resolución que autorice el acceso o aquéllas establecidas en el contrato;
- IV.- Cuando la autorización de acceso se haya otorgado con base en datos falsos contenidos en la solicitud y demás documentación presentada, y
- V.- Se haya otorgado sin contar con el consentimiento previo e informado del propietario o legítimo poseedor del recurso biológico o genético y del componente intangible asociado, en su caso.

Artículo 41.- Para la interpretación de los contratos y para la solución de los conflictos derivados de su cumplimiento son competentes los Tribunales del Fuero Común en el país.

TITULO TERCERO

De las Medidas de Seguridad, Responsabilidad por Riesgo Creado y Sanciones

CAPITULO I

De la Vigilancia

Artículo 42.- La vigilancia le corresponde a la Secretaría, la cual podrá pedir el apoyo de expertos en la materia, con el objeto de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en esta ley, su reglamento y las normas oficiales aplicables.

Artículo 43.- Durante la vigilancia la Secretaría cuidará:

I.- Que el acceso sea obtenido exclusivamente sobre los recursos genéticos autorizados, productos derivados; en el área y condiciones estipuladas en el permiso y en los contratos;

II.- Que se preserven las condiciones ambientales de la región donde ocurre el acceso;

III.- Que las actividades llevadas a cabo y el destino de las muestras recolectadas sean las estipuladas en el dictamen técnico y en el contrato, y

IV.- En general, que se respeten todos los compromisos adquiridos en el dictamen y los contratos.

CAPITULO II

De las Medidas de Seguridad

Artículo 44.- En cualquier tiempo, en caso de serios peligros y daño irreparable derivado de actividades desempeñadas bajo los términos de esta Ley, la Secretaría adoptará medidas para prevenir tales daños, incluso detener las actividades, especialmente en los siguientes casos:

I.- Especies, subespecies, linajes o variedades amenazadas;

II.- Razones de endemismo o rareza local y peligro de extinción;

III.- Condiciones de vulnerabilidad de la estructura o funcionamiento de los ecosistemas;

IV.- Efectos adversos a la salud humana;

V.- Impactos indeseables al ambiente o difíciles de controlar en ecosistemas;

VI.- Peligro de erosión genética debido a la existencia de colecciones de germoplasma poco abundantes o descontroladas;

VII.- Cuando, derivado del acceso, se impida el uso, distribución o comercialización de los recursos biológicos o genéticos;

VIII.- Cuando, derivado del acceso, se realicen prácticas monopólicas, se encarezcan la producción o distribución de los recursos genéticos, y

IX.- Uso, aprovechamiento y comercialización de recursos contrarios a la legislación nacional.

Artículo 45.- La Secretaría podrá en los anteriores supuestos ordenar una o más de las siguientes medidas de seguridad:

I.- El aseguramiento precautorio de los recursos genéticos, y

II.- Suspensión temporal, parcial o total de las actividades de acceso.

Artículo 46.- Cuando la Secretaría imponga alguna o las medidas de seguridad se indicarán las acciones que se deben llevar a cabo para subsanar las irregularidades que las motivaron, así como los plazos para realizarlas, a fin de que una vez satisfechas, se ordene el retiro de las mismas.

CAPITULO III

De las Infracciones y Sanciones

Artículo 47.- Sin perjuicio de aquellas sanciones previstas en ésta y otras leyes, las personas que incurran en conductas y actividades violatorias serán sancionadas en términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo,

Artículo 48.- La Secretaría sancionará conforme a lo previsto en esta ley, las siguientes faltas:

I.- Llevar a cabo el aprovechamiento de recursos genéticos en contravención a las disposiciones de esta Ley, de su reglamento o las normas oficiales aplicables;

II.- No contar con las autorizaciones y documentación que acrediten el legal uso, aprovechamiento o procedencia de los recursos genéticos;

III.- Incumplir con la obligación de dar los avisos o presentar los informes a que se refiere esta Ley;

IV.- Incurrir en falsedad respecto de cualquier información que se presente a la Secretaría;

V.- Alterar para fines ilícitos la documentación que acredite el legal uso, aprovechamiento o procedencia de los recursos genéticos o bioquímicos;

VI.- No llevar a cabo el depósito de las muestras a que se refiere esta Ley;

VII.- Realizar actos que vulneren o afecten a los usos y costumbres de los pueblos indígenas, ejidos y comunidades o sus derechos culturales;

VIII.- Movilizar, importar o exportar recursos genéticos o bioquímicos sin contar con las autorizaciones y permisos previstos en esta Ley y demás legislación aplicable;

IX.- Usar, aprovechar o comercializar un recurso genético o bioquímico sin consentimiento de su legítimo propietario o poseedor o sin la autorización o permiso respectivo;

X.- Impedir las visitas o monitoreo que realice la Secretaría en los términos de esta Ley y de las disposiciones que de ella deriven;

XI.- Incumplimiento de las obligaciones establecidas en el permiso, y los contratos de acceso;

XII.- La transferencia del recurso genético accedido a terceros, sin la autorización de la Secretaría,

Artículo 49.- Independientemente de las sanciones que procedan, la Secretaría podrá revocar las autorizaciones que hubiera concedido de conformidad con las siguientes causales:

I.- Incumplimiento de las obligaciones establecidas en el permiso, y los contratos de acceso;

II.- La transferencia del recurso genético accedido a terceros, sin la autorización de la Secretaría, y

III.- Imposibilidad de llegar a un acuerdo satisfactorio entre las partes del contrato con relación a la distribución de beneficios.

Artículo 50.- Las sanciones establecidas en esta ley y demás disposiciones derivadas de ella, se impondrán además de la indemnización que corresponda por daños y perjuicios a los afectados, en los términos de la legislación común y federal, según corresponda, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 51.- La reparación del daño material o la indemnización de daños y perjuicios por la violación de las disposiciones de esta ley y derivadas de las autorizaciones de acceso o ejecución de los contratos incluirá los causados al ambiente, a la salud, a la seguridad alimentaria o a los derechos culturales de los pueblos indígenas, ejidos y comunidades.

Artículo 52.- Se impondrá una multa por el importe de cien a cincuenta mil días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, y prisión de 2 y hasta 15 años, a

quien incurra en una o más de las conductas señaladas en el Artículo 48 de esta Ley.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- La presente Ley entrará en vigor a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- Se derogan todas las normas que sean contrarias a esta Ley.

TERCERO.- El Ejecutivo Federal deberá expedir el reglamento correspondiente en un plazo de 180 días hábiles a partir de la publicación de la presente Ley en el Diario Oficial de la Federación.

Salón de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, a los 14 días del mes octubre de 2003

ANEXO II

A) PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE EXPIDE LA LEY GENERAL DE PROTECCIÓN AL CONOCIMIENTO TRADICIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL SENADOR FRANCISCO FRAILE.

SEN. ENRIQUE JACKSON RAMÍREZ
PRESIDENTE DE LA MESA DIRECTIVA
DEL SENADO DE LA REPÚBLICA
P R E S E N T E

Francisco A. Fraile García, Senador por el Estado de Puebla, integrante del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional de la LIX Legislatura, con fundamento en los Artículos 71, Fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 55 fracción II, 56, 60 y 64 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, solicito que se turne a las Comisiones correspondientes, para que se dictamine y se lleve a cabo la posterior discusión en el pleno de esta Cámara, la siguiente Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Protección al Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas, al tenor de la siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

De acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 2º, Apartado A, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado debe preservar y enriquecer las lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan la cultura e identidad, de las comunidades y pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes establece en sus Artículos 2, inciso b), y 4, que los gobiernos obligados al cumplimiento de dicho convenio, como es el caso de México, deben desarrollar acciones y tomar medidas para proteger, por una parte, los derechos culturales de los indígenas y por la otra, para preservar las culturas indígenas.

Estamos conscientes de que nuestro orden jurídico vigente regula la propiedad intelectual en dos vertientes, la de derechos de autor y la de propiedad industrial, sin embargo, ninguno de estos ordenamientos hace referencia al conocimiento tradicional o a los derechos individuales o colectivos de los indígenas, salvo en lo general como tratándose del conocimiento y del derecho que tiene cualquier ciudadano.

Los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas son conocimientos desarrollados de manera colectiva, producto de las experiencias acumuladas de generaciones, en su estrecho contacto con la biodiversidad, y transmitidas de

generación en generación. Como productos de la colectividad pertenecen a la comunidad o pueblo indígena en su totalidad, y no a ningún individuo en particular. El principio rector de la protección al conocimiento tradicional de los pueblos indígenas es que forma parte de su cultura y que por lo tanto no puede ser sujeto de apropiación porque pertenece colectivamente a un pueblo o varios. En este sentido, cualquier apropiación indebida de un conocimiento tradicional debe ser nula de pleno derecho.

Las comunidades indígenas desempeñan una tarea importante en la conservación de los recursos genéticos y la biodiversidad y en la transmisión de los conocimientos tradicionales, sobre tales de enorme valor para el desarrollo de la ciencia, la tecnología y la industria, como fuente de información para la investigación y la elaboración de nuevos productos, que son comercializables y generan ganancias para las empresas investigadoras.

Diversas organizaciones han señalado que los investigadores de grandes trasnacionales y laboratorios farmacéuticos se han dedicado a preguntar en las comunidades para qué sirven determinadas plantas, conocimientos que después registran como propiedad de los laboratorios.

Cuando las empresas farmacéuticas encuentran algún recurso genético de interés para fabricar un producto comercial, tratan siempre de protegerlo con una patente, con el propósito de tener el monopolio de su comercialización. Sin embargo, frecuentemente se otorgan las patentes sin cumplir con los requisitos de novedad y que implique una invención.

La apropiación indebida de los conocimientos y recursos de los pueblos indígenas con propósitos comerciales constituye un saqueo impune de la biodiversidad que debe ser frenado. La inexistencia de un marco jurídico que regule su situación y establezca normas para acceder a ellos favorece prácticas de biopiratería que tienen su inicio en la libre recolección de muestras de bioprospección.

El libre acceso a bioprospectores a los territorios tradicionales indígenas atenta contra el conocimiento de ellos, resultado de sus prácticas ancestrales de las comunidades y pueblos, los deja en estado de indefensión ante las prácticas de la biopiratería.

Es necesario crear un marco regulatorio que posibilite la investigación, la negociación, la inversión en torno a los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, que regule su protección en condiciones de equidad entre las partes, y que permita la conservación y aprovechamiento sustentable de la diversidad biológica. Un régimen alternativo de protección especial, distinto a los demás regímenes de protección a los derechos de propiedad vigentes.

Establecer un marco jurídico para proteger los conocimientos tradicionales está directamente relacionado a su innegable valor económico, como materia prima indispensable para elaborar productos de la industria alimentaria, la agrícola,

farmacéutica, de alto valor comercial en el mercado, del cual los pueblos y comunidades indígenas no se perciben ingresos. El Estado no puede renunciar a su obligación de tutelar este derecho.

Por lo anteriormente expuesto someto a la consideración de esta Soberanía la siguiente Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Protección al Conocimiento Tradicional de los Pueblos Indígenas ÚNICO.- SE EXPIDE LA LEY GENERAL DE PROTECCION AL CONOCIMIENTO TRADICIONAL DE LOS PUEBLOS INDIGENAS, para quedar como sigue:

LEY GENERAL DE PROTECCION AL CONOCIMIENTO TRADICIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

TITULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- La presente Ley es de orden público e interés social, de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto reconocer, promover el respeto, la preservación y protección de los derechos colectivos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales.

Artículo 2.- Para los propósitos de la presente Ley, se entenderá por:

I. Comunidades pertenecientes a pueblos indígenas: Las colectividades humanas que cumplen con los siguientes requisitos:

- a) Descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización;
- b) Conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas;
- c) Tienen conciencia de su identidad indígena; y
- d) Forman una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

II. Conocimientos Tradicionales: Todas aquellas prácticas y conjunto de saberes colectivos de los pueblos indígenas, patrimonio cultural transmitidos de generación en generación sobre su biodiversidad, la salud, los símbolos, emblemas, diseños gráficos, artesanías, vestidos, danzas, instrumentos musicales y canciones y demás manifestaciones artísticas de su autoría, así como plantas medicinales y tratamientos terapéuticos de uso tradicional;

III. Biopiratería: Apropiación de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales realizadas sin el consentimiento previo y autorizado de las comunidades y pueblos indígenas, sin que exista distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización, mediante la patente de propiedad intelectual que garantizan su uso monopólico y con fines de lucro;

IV. Consentimiento informado previo: Autorización a los interesados otorgada por los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus representantes, para llevar a cabo actividades que impliquen acceder y aprovechar sus conocimientos tradicionales, siempre y cuando se les haya entregado de manera oportuna y

explicita los objetivos de éstas y sus probables usos con fines de aplicación comercial, industrial o científica y de reciprocidad.

V. Contrato de licencia: Acuerdo debidamente validado que celebran los pueblos y comunidades indígenas y un tercero en el que se establecen los términos y condiciones de acceso a sus conocimientos tradicionales; y de reciprocidad

VI. El Registro Nacional: El Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales, organismo dependiente del Registro de la Propiedad Industrial.

Artículo 3.- Los conocimientos tradicionales se clasifican en:

I. Conocimientos generales, aquéllos que manejan la mayoría de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas;

II. Conocimientos especializados, aquéllos que han acumulado y desarrollado, con una particularidad propia de la comunidad, sea en salud, arte, escritos, lengua, estructura, escultura, artesanías y áreas naturales.

III. Conocimientos sagrados, aquéllos que son de circulación culturalmente restringida solamente a los miembros de un pueblo indígena.

Artículo 4.- El Estado garantizará el derecho de los pueblos y comunidades indígenas, la protección de sus conocimientos tradicionales y sus recursos genéticos.

Artículo 5.- Quedan totalmente prohibidas en el territorio nacional las prácticas de biopiratería, y quienes incurran en éstas serán sujetos a las penas y sanciones que esta ley contempla en su artículo 28.

TITULO SEGUNDO

DEL REGISTRO DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Artículo 6.- Se crea el organismo técnico Registro Nacional de Protección al Conocimiento Tradicional dentro del Registro de la Propiedad Industrial, que registrará y expedirá la titularidad de propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales, únicamente de la comunidad o pueblo indígena solicitante.

Artículo 7.- Son funciones del Registro Nacional las siguientes:

I. Preservar y resguardar con absoluta reserva, los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas de usos comerciales, industriales y de investigación sin su consentimiento previo;

II. Examinar y dictaminar las solicitudes de registro de los conocimientos tradicionales que los pueblos y comunidades indígenas les presenten;

III. Garantizar, que la información de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, no serán compartidos con empresa alguna, sin primer otorgar la titularidad del conocimiento tradicional registrado a pueblos y comunidades solicitantes y solo serán ellos quienes determinen, el momento para compartir dicha información.

IV. Capacitar a los representantes de los pueblos indígenas en los procesos de negociación de contratos de licencia y la protección de sus derechos; y

V. Iniciar acciones judiciales de oficio, como particular, brindada la atribución para representarlos por los interesados en contra de particulares, empresas o instituciones académicas, cuando tenga conocimiento que estos han patentado en otras naciones productos derivados de muestras bioprospectivas, sustraídas sin el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas, conforme a la legislación del país de que se trate.

Artículo 8.- Tienen personalidad jurídica para solicitar el registro de propiedad intelectual de un conocimiento tradicional, para su protección:

I. Las autoridades o representantes, que de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, eligieron para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

II. Las autoridades municipales de aquellos municipios en donde los Censos de Población registren 40 por ciento o más de población indígena estimada.

Artículo 9.- Todo pueblo o comunidad indígena podrá registrar como conocimiento tradicional de su patrimonio los siguientes:

I. Símbolos, emblemas, diseños gráficos, artesanías, vestidos;

II. Danzas, instrumentos musicales y canciones y demás manifestaciones artísticas de su autoría; y

III. Plantas medicinales, tratamientos terapéuticos de uso tradicional y los conocimientos que sobre la utilización de esas plantas tienen.

Artículo 10.- Para la determinación del conocimiento tradicional se considerará la opinión de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y la emisión de peritajes antropológicos como una herramienta para fortalecer la determinación mencionada.

Artículo 11.- El conocimiento tradicional de las comunidades y pueblos indígenas, estará protegido, bajo cualquier circunstancia.

Artículo 12.- El Registro Nacional expedirá en forma gratuita la titularidad de la propiedad intelectual sobre determinado conocimiento tradicional, mediante la emisión de un certificado de registro a aquellas comunidades integrantes de un pueblo indígena que la soliciten, tomando en consideración las investigaciones que al respecto existan y las pruebas que éstas presenten.

Artículo 13.- Cuando dos o más comunidades integrantes de un pueblo indígena registren el mismo conocimiento tradicional el Registro Nacional notificará la misma titularidad a los cotitulares, emitiendo el correspondiente certificado de registro, compartiendo los beneficios de forma equitativa.

Artículo 14.- No podrán ser objeto de registro aquellos conocimientos tradicionales que se encuentran en el dominio público, porque serán accesibles a cualquier persona ajena a los pueblos y comunidades.

Artículo 15.- Las solicitudes de registro de conocimientos tradicionales que se presenten ante el Registro Nacional deberán reunir los siguientes requisitos:

I. Identificación oficial de las autoridades, representantes legítimos y/o acta de la asamblea de las comunidades o pueblos indígenas solicitantes, En el caso de las autoridades tradicionales, y en aquellas donde son orales, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, brindará el reconocimiento para ser presentado ante el registro.

II. Descripción amplia del conocimiento tradicional objeto de la solicitud, su nombre común o indígena, el uso que le proporciona y demás propiedades que posibiliten su plena identificación.

Artículo 16.- La inscripción de todo conocimiento tradicional en el Registro Nacional es indefinida y le otorga derecho de propiedad al pueblo indígena mientras exista.

Artículo 17.- Los pueblos indígenas se reservan los derechos de propiedad intelectual de sus conocimientos tradicionales, y podrán decidir libremente si autorizan o no su investigación, difusión o aprovechamiento con fines científicos, comerciales o industriales.

Artículo 18.- Los titulares del conocimiento tradicional podrán iniciar ante la autoridad jurisdiccional competente demandas judiciales contra cualquier persona física, institución pública o privada, que haya tenido acceso a éstos y que los divulguen o comercialicen, sin su consentimiento informado previo y autorización.

TÍTULO TERCERO

DE LOS CONTRATOS DE LICENCIA

Artículo 19.- Ninguna persona, institución académica, nacional o extranjera, empresa privada o pública podrá coleccionar muestras genéticas o realizar prácticas de bioprospección sin el consentimiento fundamentado previo concedidos por las comunidades y pueblos indígenas, garantizando una distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de su utilización, de acuerdo a los términos mutuamente convenidos.

Artículo 20.- El derecho sobre el conocimiento tradicional es colectivo por lo que los titulares de esos derechos deben ser competencia de los pueblos indígenas a través de sus autoridades tradicionales, previo consentimiento acreditado de la asamblea, bajo los mecanismos de consulta que se tengan para sus decisiones.

Artículo 21.- Sólo podrán otorgar el consentimiento fundamentado previo las asambleas comunitarias mediante la aprobación de la mayoría simple de los

asistentes, o los representantes de las comunidades legalmente constituidos que aprueben las solicitudes de acceso de los prospectores.

Artículo 22.- El consentimiento de los pueblos y comunidades para realizar investigaciones a particulares, empresas o instituciones académicas vinculados a sus conocimientos tradicionales se otorgará mediante la firma de un contrato de licencia, en donde se establecerán los derechos y obligaciones de las partes.

Artículo 23.- Los contratos de licencia deberán establecer la distribución de los beneficios entre el usuario y las comunidades indígenas locales de manera justa y equitativa, sobre la base de:

- I. Beneficios a corto y mediano plazo, por las actividades de investigación y los pagos por adelantado a las comunidades involucradas en las actividades de bioprospección, y
- II. Beneficios a largo plazo, por el registro de las patentes derivados de los conocimientos tradicionales

Artículo 24.- Cuando el conocimiento tradicional sea compartido por varias comunidades y pueblos indígenas, los interesados deberán buscar el consentimiento más amplio posible antes de negociar su uso, previo a celebrar el contrato de licencia correspondiente.

Artículo 25.- El Registro Nacional se obliga a proteger todo conocimiento tradicional inscrito contra cualquier difusión, uso o adquisición a terceros, sin el consentimiento y autorización previa del pueblo indígena.

TÍTULO CUARTO DE LA VALIDACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LICENCIA

Artículo 26.- Para la celebración de los Contratos de licencia, se deberá tener la titularidad del conocimiento tradicional, previamente acreditado ante el Registro Nacional de protección al conocimiento Tradicional.

Todos los contratos de licencia deberán ser inscritos ante el Registro Nacional, a más tardar 30 días naturales después de firmados por los contratantes y verificará el cumplimiento de los beneficios de las partes.

La vigencia de los registros concedidos por el Registro Nacional de protección al conocimiento Tradicional, podrán ser permanentes o por tiempo determinado, según lo determinen las comunidades y pueblos indígenas.

Artículo 27.- Son causales de cancelación de los contratos de licencia las siguientes:

- I. El uso y explotación de los conocimientos por parte de los contratantes, sin el consentimiento de las comunidades indígenas, y
- II. Aquéllas que conforme se establezcan en el contrato y afecten a las comunidades indígenas.

Artículo 28. Serán acreedores a una sanción, conforme los artículos 224, 225 y 226 de la Ley de la Propiedad Industrial: a) el que falsifique o imite fraudulentamente un conocimiento tradicional registrado; b) el que use un conocimiento tradicional registrado, fraudulentamente imitado o perteneciente a un tercero sin su autorización; c) el que ponga en venta o venda un conocimiento tradicional registrado, fraudulentamente imitado o perteneciente a un tercero sin su autorización; d) el que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con un conocimiento tradicional registrado. e) Aquellos casos que se presentan en el artículo 223, de la Ley de la Propiedad Industrial.

TRANSITORIOS

Primero.- La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo.- Al entrar en vigor la presente ley, se realizarán las adecuaciones a la Ley de la Propiedad Industrial y al marco normativo del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, para incorporar el Registro Nacional de Protección al Conocimiento Tradicional, al mismo.

Salón de Sesiones de la H. Cámara de Senadores, a 12 de Diciembre de 2003.

SEN. FRANCISCO ANTONIO FRAILE GARCÍA

B. PROYECTO DE INICIATIVA DE LA LEY GENERAL DE PROTECCIÓN A LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS; Y DE REFORMAS Y ADICIONES A DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA LEY DE LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DE LA LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE, SUSCRITA POR EL DIPUTADO ANGEL PAULINO CANUL PACAB.

Angel Paulino Canul Pacab, diputado Federal de la LIX Legislatura al Congreso de la Unión, integrante del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 71, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 55, fracción II, del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, someto a la consideración de esta asamblea, la siguiente iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Protección a los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas; se reforman los artículos 5 y 13, se adicionan los artículos 2 con las fracciones XIX, XX y XXI, y 9 con las fracciones XII, XIII y XIV; se crean los artículos 20 y 21 de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas; se reforma el artículo 87 Bis y se deroga el artículo 87 Bis-1 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Artículo Primero.- Se expide la Ley General de Protección a los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas, para quedar como sigue:

Exposición de Motivos

Los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas son saberes desarrollados de manera colectiva, producto de las experiencias acumuladas durante generaciones, en su estrecho contacto con la biodiversidad, y transmitidas de manera oral. Como productos de la colectividad pertenecen a la comunidad o pueblo indígena en su totalidad, y no a algún individuo en particular.

México es un país megadiverso que ocupa el quinto lugar del mundo por su riqueza biológica, después de Brasil, Colombia, India e Indonesia, lo cual significa que en el territorio nacional existen diversos ecosistemas que se distinguen por el número de especies y su variación genética. Esta característica coloca al país como un codiciado espacio para, por ejemplo, la biopiratería.

Geográficamente se encuentra en una zona de transición entre las regiones neotropicales de Sur-Centroamérica y la neoártica de Norteamérica, y por ello cuenta con 34 de los 36 microclimas identificados, cuando los Estados Unidos sólo tiene 4. De las 28 categorías de suelos, México tiene 25, en donde se identifican 14.4 por ciento de todas las especies vivas del mundo, de las cuales muchas de ellas son endémicas, región de origen de 116 especies de plantas, en particular el maíz.

La megadiversidad es un patrimonio de todos los mexicanos, el cual el Estado está obligado de preservar para las futuras generaciones, por su valor estratégico y económico, que puede y debe ser utilizada como una ventaja comparativa para impulsar el desarrollo.

Las aportaciones que los conocimientos tradicionales pueden hacer para respaldar la conservación y el aprovechamiento sustentable de la biodiversidad son innegables e invaluable. Algunas industrias como la fitomedicinal y la biotecnológica, dependen directamente de ellos para su desarrollo, y su importancia descansa en la facilidad con que los miembros de las comunidades realizan la recolección de muestras etnobotánicas, ahorrando tiempo y recursos.

Las comunidades indígenas desempeñan una importante función en la conservación de los recursos genéticos, la biodiversidad y en la transmisión de los conocimientos tradicionales, de enorme valor para el desarrollo de la ciencia, la tecnología y la industria, como fuente de información para la investigación y la elaboración de nuevos productos. La riqueza genética existente en los territorios de comunidades locales, que ocultan estos conocimientos, es el centro del conflicto entre comunidades y empresas, ya que para las primeras es su patrimonio, mientras que para las segundas es un insumo.

Cuando los laboratorios farmacéuticos, y las empresas agrobiotecnológicas y agroindustriales encuentran algún recurso genético de interés para fabricar un producto comercial, tratan siempre de protegerlo con una patente, con el propósito de tener el monopolio de su comercialización. Sin embargo, frecuentemente dichos recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a ellos han sido sustraídos mediante engaños del acervo cultural indígena, y sin que sus habitantes reciban ningún beneficio.

La apropiación indebida de los conocimientos y recursos de los pueblos indígenas con propósitos comerciales constituye un saqueo impune de la biodiversidad que debe ser frenado. La inexistencia de un marco jurídico que los proteja y establezca normas para acceder a ellos, favorece prácticas de biopiratería que tienen su inicio en la libre recolección de muestras de bioprospección.

El libre acceso de los bioprospectores a los territorios indígenas atenta contra sus recursos naturales y su patrimonio cultural, resultado de un largo proceso histórico realizado por las comunidades y pueblos, y los deja en estado de total indefensión ante la voracidad de las empresas agroindustriales, farmacéuticas y biotecnológicas.

La biopiratería es un negocio sumamente lucrativo para quienes la practican. El establecimiento de un régimen jurídico por parte del Estado que proteja los conocimientos tradicionales y que asegure de manera efectiva la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización, contribuiría a convertir la biopiratería en una actividad económicamente inviable.

Es necesario crear un marco jurídico que reconozca y regule los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, y que posibilite la investigación, la negociación y la inversión en torno a estos en condiciones de justicia y equidad. Sólo un marco regulatorio de esta naturaleza podrá garantizar la conservación y el aprovechamiento sustentable de la diversidad biológica.

De la riqueza genética los indígenas obtienen alimentos, por medio de la caza y la recolección, tintes y colorantes, abonos, aceites y grasas, aromatizantes, condimentos, narcóticos, materiales de construcción, y medicinas. La creación de un sistema de propiedad intelectual indígena, un modelo *sui generis*, reconocido jurídicamente y respaldado con políticas públicas en la materia, abriría oportunidades para que los indígenas puedan impulsar sus procesos de autodesarrollo, a partir de su propia cosmovisión y sus propios intereses.

Un régimen alternativo de protección *sui generis*, significa que deberá ser único o especial, distinto de los regímenes de protección a los derechos de propiedad vigentes, que son a todas luces insuficientes para que los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos fluyan a las comunidades de origen.

Los elevados costos de la tramitación de derechos de propiedad intelectual establecidos en el régimen jurídico en vigor son inaccesible para las comunidades y pueblos indígenas que deseen proteger su patrimonio colectivo. La creación del registro de los conocimientos tradicionales será una estrategia para evitar su apropiación ilícita o indebida, y los protegería de probables patentes.

En mayo de 1997 el Senado de la República en coordinación con la Semarnap y la Comisión Nacional para la Conservación de la Biodiversidad (Conabio) organizaron un Seminario para analizar la posible legislación sobre el acceso a los recursos genéticos. Sus propuestas y conclusiones, inexplicablemente, fueron archivadas y sus trabajos cancelados.

Salvo los estudios de la Conabio que proponen regular el acceso y uso de los recursos genéticos, así como las acciones de fomento de la expedición de patentes o registros asociados con la denominación de origen y la propiedad intelectual que pudieran derivarse de la domesticación, selección o manipulación de flora y fauna de los pueblos indígenas -los cuales no han rebasado los ámbitos académicos-, los acuerdos de los organismos internacionales relativos a la protección de los conocimientos tradicionales, hasta ahora no han sido llevados al debate legislativo.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica firmado por el gobierno mexicano el 13 de junio de 1992 es el primer tratado internacional que ofrece oportunidades a los países megadiversos de obtener beneficios por la utilización de sus recursos biológicos. Sin embargo, pese a que dicho Convenio declara que los Estados tienen soberanía para autorizar o negar el acceso, y participar en la distribución equitativa de los beneficios provenientes de su uso comercial, los intentos de las

legislaciones nacionales se han visto entorpecidas por cuestiones relacionadas por los derechos de propiedad intelectual que reclaman los países sedes de las empresas transnacionales de las industrias farmacéuticas, agroindustriales y biotecnológicas.

Desde 1993 los organismos multilaterales han sido escenario de acalorados debates en torno a las disposiciones del Convenio, en particular en las instancias creadas ex profeso, como la Conferencia de las Partes y el Grupo de Trabajo Especial sobre la aplicación del artículo 8-J y el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folklore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), donde se han realizado acuerdos fundamentales que se han aplicado en diversos organismos regionales, al presentar legislaciones modelo para proteger los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad.

Una propuesta sobresaliente es la Decisión 391 denominada "Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos", de la Comunidad Andina de Naciones, aprobada en julio de 1996, que prevé condiciones para una participación justa y equitativa en los beneficios derivados del acceso, recoge el principio de soberanía de los países miembros sobre sus recursos genéticos y se establece un procedimiento de negociación entre las partes.

Otra es la "Legislación Africana para el reconocimiento y la protección de los derechos de las comunidades locales, agricultores y obtenedores, y para la regulación del acceso a los recursos biológicos", de la Organización para la Unidad Africana (OUA), conocida también como Ley Modelo 101, aprobada en enero de 1999, que establece la norma del permiso y consentimiento previo informado de las comunidades, el pago de los derechos de recolección, el reparto de las ganancias de productos comerciales y la prohibición de patentar seres vivos.

Actualmente una docena de países del mundo, todos ellos megadiversos, han promulgado su correspondiente ley o cuentan con su iniciativa de ley de protección a los conocimientos tradicionales. En México todavía no se ha abierto el debate y la consulta a los sectores involucrados en esta materia.

La necesidad de establecer un marco jurídico para reconocer y proteger los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, está directamente relacionado al innegable valor económico que los recursos genéticos representan, ya que ofrecen las materias primas indispensables para elaborar productos de la industria alimentaria, la agrícola y farmacéutica, de alto valor comercial en los mercados y del cual los pueblos y comunidades indígenas no perciben beneficios.

Es necesario crear una normatividad que establezca reglas claras para el acceso de los recursos genéticos, que inspire confianza a las comunidades y pueblos indígenas y que los incentive a continuar trabajando en la preservación y el desarrollo de la biodiversidad. Poner a la disposición de la humanidad los

conocimientos tradicionales no debe significar que éstos sean entregados de manera gratuita y sin reconocimiento alguno. Adicionalmente, es ineludible proteger de la comercialización desleal las creaciones artísticas y culturales de los pueblos indígenas.

El Estado no puede renunciar a su obligación de tutelar los derechos de los pueblos indígenas, máxime si tomamos en cuenta el conjunto de derechos indígenas plasmados en el artículo 2° de la Constitución, los cuales son el producto sus intensas movilizaciones en busca del reconocimiento de sus derechos y sus culturas. Por estos motivos se expide la siguiente

Ley General de Protección a los Conocimientos Tradicionales de los Pueblos Indígenas

Capítulo I

Disposiciones Generales

Artículo 1. La presente Ley es de orden público e interés social, de observancia general en los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto reconocer, promover, preservar y proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales.

Artículo 2. Para los propósitos de la presente Ley, se entenderá por:

I. **Pueblos Indígenas:** De acuerdo a lo establecido en el artículo 2° constitucional, son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas; y donde la conciencia de su identidad indígena es un criterio fundamental para definir su condición de pueblos indígenas.

II. **Comunidades Indígenas:** De acuerdo a lo establecido en el artículo 2° constitucional, son comunidades integrantes de un pueblo indígena aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo a sus usos y costumbres.

III. **Conocimientos Tradicionales:** Todo el conjunto de prácticas y saberes colectivos de los pueblos indígenas referidos a la biodiversidad, a la salud-enfermedad y al manejo de los recursos orientados al bienestar comunitario, los cuales han sido transmitidos de generación en generación, así como sus manifestaciones artísticas y culturales, que conjuntamente con aquellos, conforman su patrimonio cultural;

IV. **Biopiratería:** Apropiación de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales realizadas sin el consentimiento previo y autorizado de las comunidades y pueblos indígenas, sin que exista distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización, mediante la patente de propiedad intelectual que garantizan su uso monopólico y con fines de lucro;

- V. Consentimiento informado previo: Autorización por escrito otorgada por los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus legítimos representantes a los interesados, en llevar a cabo actividades que impliquen acceder y aprovechar sus conocimientos tradicionales y aprovecharlos para fines y en condiciones claramente estipulados;
- VI. Conadepi: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas;
- VII. Contrato de Licencia: Acuerdo debidamente validado que celebran los pueblos y comunidades indígenas y un tercero en el que se establecen los términos y condiciones de acceso a sus conocimientos tradicionales;
- VIII. Fondo Nacional: El Fondo Nacional para la Conservación de los Conocimientos Tradicionales;
- IX. Registro Nacional: El Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales, organismo técnico dependiente de la Conadepi;
- X. Solicitud de acceso: Petición que formula el potencial usuario a los titulares del conocimiento colectivo, donde informa de manera oportuna y explícita los objetivos y probables usos con fines de aplicación comercial, industrial o científica; y
- XI. Régimen sui generis: Un modelo alternativo de propiedad intelectual indígena, especial, distinto de los regímenes de protección a los derechos de propiedad vigentes, que son insuficientes para que los beneficios derivados del uso de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos asociados a ellos fluyan a pueblos y comunidades indígenas.

Artículo 3. Los conocimientos tradicionales se clasifican en:

- I. Conocimientos generales, aquellos que manejan la mayoría de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas;
- II. Conocimientos especializados, aquellos que han acumulado y desarrollado particularmente los terapeutas tradicionales, en sus diferentes tipos y modalidades;
- III. Conocimientos sagrados, aquellos que son de circulación culturalmente restringida en los ámbitos mágico-religiosos de una comunidad, pueblo o grupo de pueblos indígenas.

Artículo 4. Corresponde al Estado, en sus tres órdenes de gobierno, reconocer, proteger y promover el derecho de propiedad intelectual de pueblos y comunidades indígenas sobre sus conocimientos tradicionales vinculados y los sus recursos genéticos asociados a ellos, y sobre sus manifestaciones artísticas y culturales.

Artículo 5. Quedan totalmente prohibidas en el territorio nacional las prácticas de biopiratería, y quienes incurran en estas serán sujetos de la penalización establecida en las leyes correspondientes.

Artículo 6. Esta Ley garantiza el derecho de las comunidades y pueblos indígenas a acceder a la jurisdicción del Estado para proteger sus conocimientos tradicionales; asimismo, el Estado adoptará las medidas necesarias para que se

asegure a aquellos contra los usos no autorizados de tales conocimientos, respetando sus sistemas normativos tradicionales..

Capítulo II

Del Registro de los Conocimientos Tradicionales

Artículo 7. Se crea el organismo técnico Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales dentro de la estructura orgánica de la Conadepi, que registrará y expedirá la titularidad de propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales de la comunidad o pueblo indígena solicitante.

Artículo 8. El Registro Nacional tendrá las siguientes características y atribuciones:

- I. Preservar y promover los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas para garantizar su transmisión a las generaciones futuras;
- II. Instrumentar las medidas necesarias para asegurar que el acceso a los conocimientos tradicionales para usos comerciales, industriales y de investigación sólo sea posible mediante el consentimiento fundamentado previo de comunidades y pueblos indígenas;
- III. Examinar y dictaminar las solicitudes de registro de los conocimientos tradiciones que los pueblos y comunidades indígenas les presenten;
- IV. Otorgar la titularidad del conocimiento tradicional registrado a pueblos y comunidades expidiendo el Certificado de Registro correspondiente;
- V. Capacitar y prestar asistencia técnica y jurídica a los representantes de los pueblos indígenas en los procesos de negociación de contratos de licencia y protección de sus derechos, rescate, uso y conservación de sus conocimientos colectivos;
- VI. Formular programas, proyectos y acciones para fortalecer la protección de los conocimientos tradicionales;
- VII. Organizar y promover eventos relacionados con la protección de los conocimientos tradicionales;
- VIII. Aprobar o cancelar los contratos de licencia celebradas entre las partes; y
- IX. Promover ante la Junta de Gobierno de la Conadepi el inicio de las acciones judiciales que considere pertinentes en contra de particulares, empresas o instituciones académicas, cuando tenga conocimiento fundado que estos hayan patentado productos a partir de muestras genéticas o conocimientos tradicionales sustraídos sin el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas.

Artículo 9. Tienen personalidad jurídica para solicitar el registro de propiedad intelectual de un conocimiento tradicional, para su protección:

- I. Las autoridades tradicionales electas mediante procedimientos establecidos en sus sistemas normativos;
- II. Las autoridades municipales de aquellos municipios en donde los Censos de Población registren 40 por ciento o más de población indígena estimada;
- III. Las organizaciones indígenas que cuenten con la aprobación por escrito de las comunidades; y
- IV. Los Congresos estatales.

Artículo 10. Todo pueblo o comunidad indígena podrá registrar como su propiedad intelectual los siguientes elementos del conocimiento tradicional:

- I. Símbolos distintivos, emblemas, diseños gráficos, artesanías y vestidos tradicionales;
- II. Danzas, instrumentos musicales, canciones, cuentos, historias orales y demás manifestaciones artísticas de su autoría;
- III. Plantas medicinales y tratamientos terapéuticos de uso tradicional; y
- IV. Sistemas de conocimientos y prácticas de carácter agroecológico.

Artículo 11. Las solicitudes de registro de conocimientos tradicionales que se presenten ante el Registro Nacional para su inscripción deberán reunir los siguientes requisitos:

- I. Identificación oficial de las autoridades, representantes legítimos y acta de la asamblea de las comunidades o pueblos indígenas solicitantes;
- II. Descripción amplia del conocimiento tradicional objeto de la solicitud, su nombre común o indígena, el uso que le proporciona y demás propiedades que posibiliten su plena identificación;
- III. Pruebas documentales, gráficas y testimoniales que le avalen, y la presentación de una muestra del recurso del conocimiento objeto del registro; y
- IV. Localización territorial del conocimiento, en el plano comunitario, municipal y entidad federativa.

Artículo 12. No podrá ser objeto de registro aquellos conocimientos tradicionales, cuando:

- I. Sean accesibles a cualquier persona ajena a los pueblos y comunidades que se encuentran en el dominio público;
- II. Se conocen a través de los medios masivos de comunicación; y
- III. Se trate de denominaciones de origen y toponimias

Artículo 13. La inscripción de todo conocimiento tradicional en el Registro Nacional será gratuita e indefinida y le otorga derecho de propiedad intelectual al pueblo indígena mientras exista.

Artículo 14. El Registro Nacional llevará acabo las acciones conducentes para verificar los datos aportados durante los trámites de inscripción presentado por los pueblos indígenas solicitantes de la inscripción, tomando en consideración las investigaciones que al respecto existan.

Artículo 15. En un plazo no mayor a 90 días naturales, el Registro Nacional expedirá en forma gratuita la titularidad de la propiedad intelectual sobre la solicitud del conocimiento tradicional presentado, mediante la emisión del Certificado de Registro a las comunidades y pueblos indígenas que la solicitaron.

Artículo 16. Cuando dos o más comunidades o pueblos registren el mismo conocimiento tradicional, el Registro Nacional notificará la misma titularidad a los cotitulares, emitiendo el correspondiente Certificado de Registro a cada una.

Artículo 17. El Certificado de Registro de un conocimiento tradicional expedido por el Registro Nacional otorga a los pueblos y comunidades indígenas los derechos colectivos de propiedad intelectual, y será entregado a sus legítimos representantes.

Artículo 18. Los pueblos indígenas se reservan los derechos de propiedad intelectual sobre sus conocimientos tradicionales, y podrán decidir libremente si autorizan o no su investigación, difusión o aprovechamiento con fines científicos, comerciales o industriales.

Artículo 19. Los conocimientos tradicionales inscritos en el Registro Nacional tendrán carácter confidencial y de acceso restringido y estarán protegidos contra su revelación, divulgación o uso, sin el consentimiento otorgado por escrito de sus titulares.

Artículo 20. Los titulares del conocimiento tradicional podrán iniciar ante la autoridad jurisdiccional competente demandas judiciales contra cualquier persona física e institución pública o privada, que haya tenido acceso a estos y que los divulguen o comercialicen, sin su consentimiento informado previo y su plena autorización.

Capítulo III

De los Contratos de Licencia

Artículo 21. Ninguna persona, institución académica, nacional o extranjera, empresa privada o pública podrá realizar prácticas de bioprospección sin el consentimiento fundamentado previo concedidos por las comunidades y pueblos indígenas, garantizando una distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de su utilización, de acuerdo a los términos mutuamente convenidos.

Artículo 22. Sólo podrán otorgar el consentimiento informado previo las asambleas comunitarias mediante la aprobación de la mayoría simple de los asistentes, o los representantes de las comunidades legalmente constituidos que aprueben las solicitudes de acceso de los bioprospectores.

Artículo 23. Los pueblos y comunidades indígenas elegirán a sus representantes mediante los procedimientos y normas establecidas en sus sistemas normativos tradicionales, quienes tendrán personalidad jurídica en la recepción de solicitudes de acceso y celebración de contratos de licencia.

Artículo 24. El consentimiento informado previo de los pueblos y comunidades indígenas, para realizar investigaciones y demás actividades vinculadas a sus conocimientos tradicionales, se otorgará a particulares, empresas o instituciones académicas mediante la firma de un Contrato de Licencia, en donde se establecerán los derechos y obligaciones de las partes.

Artículo 25. No podrán ser materias de contratos de licencia:

- I. Los conocimientos sagrados de los pueblos y comunidades indígenas;
- II. Los conocimientos tradicionales que son del dominio público; y
- III. Aquellos conocimientos que no estén inscritos en el Registro Nacional.

Artículo 26. Los Contratos de Licencia deberán establecer la distribución de los beneficios entre el licenciatario y los pueblos indígenas de manera justa y equitativa, sobre la base de:

- I. Beneficios a corto y mediano plazo a través de pagos por adelantado a las comunidades titulares del conocimiento, que autorizan las actividades de bioprospección o de investigación;
- II. Pago de derechos de recolección, sobre la base de una cantidad por cada muestra levantada en el campo;
- III. Beneficios a largo plazo mediante el pago de un porcentaje de las ventas brutas derivados de la comercialización de los productos creados a partir de los conocimientos tradicionales;
- IV. Términos de las transferencias de tecnologías; y
- V. Monto destinado al Fondo Nacional.

Artículo 27. Cuando el conocimiento tradicional sea compartido por dos o más comunidades o pueblos indígenas, los interesados en obtener el acceso respectivo deberán buscar el consentimiento informado previo de todas las comunidades o pueblos indígenas titulares del conocimiento en cuestión, previo a celebrar el contrato de licencia correspondiente.

Artículo 28. Los beneficios obtenidos de la celebración de contratos de licencia serán canalizados a proyectos de desarrollo de las comunidades titulares del conocimiento, de acuerdo a sus prioridades y decisión adoptada por sus legítimos representantes, distribuyendo los montos en los siguientes rubros:

- I. Capacitación y adiestramiento en agroecología y utilización de plantas medicinales;
- II. Obras de equipamiento básico;
- III. Instalación y equipamiento de farmacias comunitarias;
- IV. Investigación de conocimientos tradicionales;
- V. Construcción de jardines botánicos de plantas medicinales; y
- VI. Equipamiento de laboratorios de investigación.

Artículo 29. El Registro Nacional se obliga a proteger todo conocimiento tradicional inscrito por sus titulares contra cualquier difusión, uso o adquisición por parte de terceros, sin el consentimiento y autorización escrita del pueblo indígena o comunidades titulares.

Capítulo IV

Del Registro y Validación de los Contratos de Licencia

Artículo 30. Quien desee llevar a cabo actividades de acceso a los recursos genéticos o a los conocimientos tradicionales asociados a éstos, deberá obtener la autorización previa de las comunidades y pueblos indígenas mediante la protocolización de un Contrato de Licencia.

Artículo 31. Los Contratos de Licencia para proyectos de bioprospección y uso de los conocimientos tradicionales deberán contener las siguientes especificaciones para ser validados:

- I. Identificación de las partes contratantes;
- II. Permiso de autorización expedido por la autoridad ambiental en términos de la legislación vigente en la materia;
- III. Consentimiento previo fundamentado de las comunidades y pueblos indígenas titulares del conocimiento;
- IV. Descripción de los conocimientos objeto del contrato;
- V. Información detallada de los usos potenciales que el licenciario le dará al recurso o conocimiento motivo del permiso de acceso, de investigación o comerciales;
- VI. Transferencia de tecnología o capacitación en los términos mutuamente convenidos;
- VII. Informe de la entrega de beneficios monetarios a los titulares del conocimiento correspondientes a la cantidad de muestras genéticas levantadas en el campo;
- VIII. Porcentaje y montos de los beneficios que entregarán a las comunidades indígenas por productos patentados con los recursos extraídos;
- IX. Inclusión de personal académico de instituciones nacionales y de miembros de las comunidades indígenas en los proyectos de investigación, cuando el usuario sea extranjero;
- X. Obligación del licenciario de informar periódicamente al Registro Nacional y a los titulares de la propiedad intelectual sobre los avances alcanzados en la investigación, industrialización y comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos objeto del contrato;

XI. Los derechos de propiedad intelectual de las patentes registradas de los productos desarrollados serán compartidos por el licenciatario y los pueblos indígenas en los porcentajes que ambas partes convengan; y

XII. Autenticidad de la documentación presentada

Artículo 32. Todo Contrato de Licencia deberá ser inscrito ante el Registro Nacional, a más tardar 30 días naturales después de firmado por los contratantes; dicha instancia verificará el cumplimiento de la distribución de los beneficios entre las partes.

Artículo 33. Los Contratos de Licencia serán validados por el Registro Nacional en un plazo no mayor de 30 días naturales contados a partir de su inscripción ante el propio Registro. Esta validación será notificada a las partes, a fin de otorgar la autorización para el acceso a los conocimientos tradicionales.

Artículo 34. Son causales de cancelación de Contratos de Licencia las siguientes:

- I. Cuando las partes no establezcan explícitamente los motivos de la investigación;
 - II. Cuando se hubiesen utilizado datos falsos o presentado documentación apócrifa;
 - III. Cuando se compruebe que no está inscrito y validado en el Registro Nacional;
- y
- IV. Cuando uno de los contratantes se inconforme por incumplimiento de las obligaciones mutuamente convenidas y así lo solicite por escrito.

Artículo 35. El Registro Nacional será la autoridad administrativa competente para cancelar los contratos de licencia, quien resolverá lo conducente tomando como fundamento las causales establecidas en el presente régimen.

Capítulo V

Del Fondo Nacional para la Conservación de los Conocimientos Tradicionales

Artículo 36. Se crea el Fondo Nacional para la Conservación de los Conocimientos Tradicionales de los pueblos indígenas, que tendrá los siguientes propósitos:

- I. Contribuir al rescate, preservación y fortalecimiento de los conocimientos tradicionales;
- II. Financiar proyectos de investigación relacionados con el fortalecimiento y rescate de los conocimientos tradicionales y la preservación de la biodiversidad;
- III. Capacitar a representantes indígenas en el registro de conocimientos, procesos de negociación y elaboración de contratos de licencia; y
- IV. Apoyar a las comunidades indígenas que no hayan recibido beneficios derivados de la celebración de contratos de bioprospección o de comercialización de sus conocimientos colectivos, cuando sean cotitulares de la propiedad intelectual.

Artículo 37. El Fondo Nacional se constituye con:

- I. El 5 por ciento del valor neto de las transacciones acordada entre las partes en los Contratos de Licencia;
- II. El 0.5 por ciento de las futuras regalías, con base en el monto total de las ventas netas derivadas de la comercialización de los productos desarrollados sobre la base de los conocimientos tradicionales; y
- III. Recursos que provengan del presupuesto público, de organismos multilaterales y de la iniciativa privada.

Artículo 38. El Fondo Nacional será administrado por un Comité de Representantes Indígenas dentro del Consejo Consultivo de la Conadepi, bajo supervisión y autorización de su Junta de Gobierno, la cual emitirá el reglamento del Fondo.

Artículo 39. Las comunidades indígenas tienen derecho a acceder a los recursos del Fondo mediante proyectos, que serán validados y aprobados por el Comité de Representantes Indígenas.

Capítulo VI

De la Protección del Régimen Sui Generis

Artículo 40. El Registro Nacional, en coordinación con la Procuraduría Federal de Protección al Medio Ambiente y la Autoridad Aduanal adoptará las medidas necesarias, incluyendo el decomiso, para impedir la salida del territorio nacional de recursos genéticos y sus derivados que carezca de la correspondiente autorización de los pueblos titulares.

Artículo 41. Las controversias o conflictos que pudieran generarse entre comunidades indígenas a causa de la aplicación de este régimen, serán resueltos en primera instancia mediante los mecanismos derivados de sus sistemas normativos tradicionales.

Artículo 42. En el caso de que las comunidades no hubiesen llegado a acuerdos con motivo de las controversias o conflictos a que hace referencia el artículo anterior, el Registro Nacional intervendrá en calidad de mediador, árbitro o conciliador, según sea el caso, resolviendo lo conducente sobre el asunto; incluso en los términos del artículo 16.

Capítulo VII

De las Sanciones Aplicables

Artículo 43. Las violaciones a los preceptos de esta Ley, sus reglamentos, y las disposiciones que de ella emanen serán sancionadas por la autoridad jurisdiccional competente, y la Conadepi será la instancia que iniciará los procesos correspondientes.

Artículo 44. A quienes violen los preceptos de esta Ley, sus reglamentos y las disposiciones que de ella emanen, se les sancionará con una o más de las siguientes sanciones:

- I. Multa por el equivalente de veinte a cincuenta mil días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal al momento de imponer la sanción;
- II. Decomiso de las muestras genéticas y los conocimientos tradicionales asociados a ellas que el infractor haya obtenido ilegalmente;
- III. Arresto administrativo hasta por 72 horas; y
- IV. Pago de indemnización a los pueblos o comunidades indígenas titulares del conocimiento tradicional, por un monto equivalente al 70% del valor comercial estimado que corresponda al conocimiento tradicional y muestra genética asociada extraído ilegalmente.

Transitorios

Primero.- La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo.- Esta Ley será difundida en el Sistema de Radiodifusoras Indigenistas y en los medios de comunicación masiva, e igualmente será traducida a las lenguas indígenas para su distribución en pueblos y comunidades, a fin que puedan entenderse sus alcances y objetivos.

Tercero.- El Gobierno Federal promoverá ante las entidades federativas y los municipios de la República Mexicana, las acciones legislativas y políticas necesarias para proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

Artículo Segundo.- Se reforman los artículos 5 y 13; se adicionan los artículos 2 con las fracciones XIX, XX y XXI, y 9 con las fracciones XII, XIII y XIV; y se crean los artículos 20 y 21 de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, para quedar como sigue:

"Artículo 2.

I. a XVIII.

XIX. Garantizar la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas mediante el Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales, de conformidad con lo establecido en la Ley General sobre la materia;

XX. Preservar los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas a través de la creación y administración del Fondo Nacional para la Conservación de los Conocimientos Tradicionales, de acuerdo a lo establecido en la Ley General sobre la materia; y

XXI. Las demás que establezcan las disposiciones legales aplicables.

....

Artículo 5. La Comisión contara con una Junta de Gobierno, como órgano de gobierno; un Director General, como órgano de administración; un Consejo Consultivo como órgano de consulta y vinculación con los pueblos indígenas y la sociedad; y un Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales, como órgano técnico encargado de cumplir las funciones que le asigna la Ley General sobre la materia

.....

Artículo 9.

I. a XI.

XII. Nombrar al titular del Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales;

XIII. Expedir el reglamento interno del Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales.

XIV. Expedir el reglamento interno del Fondo Nacional para la Conservación de los Conocimientos Tradicionales

.....

Artículo 13. El Consejo Consultivo de la Comisión analizará, opinará y hará propuestas a la Junta de Gobierno y al Director General sobre las políticas, programas y acciones públicas para el desarrollo de los pueblos indígenas. Asimismo, bajo la supervisión de la Junta de Gobierno y a través de un Comité compuesto de diez representantes indígenas integrado de entre sus miembros, el Consejo administrará el Fondo Nacional para la Conservación de los Conocimientos Tradicionales, de conformidad con la Ley General sobre la materia.

El Consejo Consultivo sesionará de manera trimestral y será presidido por un representante indígena.

.....

Artículo 20. La Comisión contará con un Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales, encargado de registrar los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, con arreglo a lo dispuesto en la Ley General sobre la materia; el titular del Registro Nacional será designado por la Junta de Gobierno.

El Registro Nacional se encargará de preservar, promover y proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, a través de la realización de las acciones necesarias para tal fin.

El Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales tendrá las siguientes funciones específicas:

- I. Registrar y expedir el certificado correspondiente de propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General sobre la materia;
- II. Aprobar o cancelar los contratos de licencia celebrados entre los pueblos y comunidades indígenas y las personas físicas o morales, públicas o privadas, para autorizar el acceso a los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales asociados a ellos, de acuerdo a lo establecido en la Ley General sobre la materia;
- III. Promover las acciones judiciales necesarias para castigar cualquier uso indebido de los conocimientos tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas; y
- IV. Mediar entre los pueblos y comunidades indígenas en controversias sobre la titularidad de conocimientos tradicionales específicos, recurriendo a los mecanismos conciliatorios existentes en los sistemas normativos de los propios pueblos indígenas.

Artículo 21. La Comisión constituirá y administrará, a través de un Comité integrado por representantes indígenas miembros del Consejo Consultivo, el Fondo Nacional para la Conservación de los Conocimientos Tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General sobre la materia. Los recursos del Fondo Nacional se aplicarán exclusivamente en la realización de todas aquellas acciones encaminadas a la conservación de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas."

Transitorios

Primero. El Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales y el Fondo Nacional para la Conservación de los Conocimientos Tradicionales se constituirán dentro de los seis meses siguientes a la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación. La Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas promoverá la participación de instituciones académicas e instituciones públicas en este proceso.

Segundo. La Junta de Gobierno expedirá, dentro de los tres meses siguientes a la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial de la Federación, los Reglamentos Internos del Registro Nacional de Protección a los Conocimientos Tradicionales y del Fondo Nacional para la Conservación de los Conocimientos Tradicionales.

Artículo Tercero. Se reforma el artículo 87 Bis y se deroga el artículo 87 Bis-1 de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, para quedar como sigue:

.....

"Artículo 87 Bis. El aprovechamiento de los recursos genéticos asociados a los conocimientos tradicionales con fines de utilización en la biotecnología, requiere de autorización de la Secretaría.

La autorización a que se refiere este artículo solo podrá otorgarse si cuenta con el consentimiento informado previo de los pueblos y comunidades indígenas en donde se localice el recurso, mediante la protocolización de un contrato de licencia.

Asimismo, los poseedores del conocimiento tradicional tendrán derecho a una repartición justa y equitativa de los beneficios por el acceso a éstos y que se deriven de los productos desarrollados a partir de ellos, con arreglo a las disposiciones jurídicas aplicables.

Artículo 87 Bis-1.

Se deroga"

Transitorio

Único.- Los artículos primero, segundo y tercero de este Decreto entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Dado en el salón Legisladores de la República, sede de la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión, el día 18 de febrero de 2004.

Dip. Ángel Paulino Canul Pacab (rúbrica)