

El cártel de la biodiversidad

El cártel de la biodiversidad
transformación de conocimientos
tradicionales en secretos comerciales

Joseph Henry VOGEL (Editor)
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Ecuador)

Rocío ALARCÓN y Malki SÁENZ GARCÍA
Fundación EcoCiencia

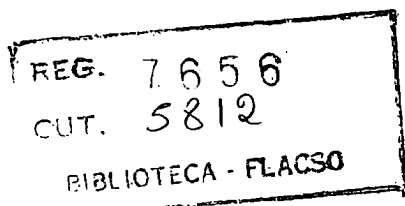
Manolo MORALES
CARE International en el Ecuador

Robert LINDSTROM
Yellowstone Center for Resource

Traducción
Patricio Mená

Corrección de estilo
Otto Zambrano Mendoza

574
C244



Recopilación con permiso de los autores, Presentación
© 2000 CARE, Proyecto SUBIR. Todos los derechos reservados.
El Sol N39-270 y Gaspar de Villarreal
Casilla: 17-21-1901
PBX: (593-2) 921871
E-mail: subir@care.org.ec
Página web: <http://www.care.org.ec>
Quito, Ecuador

Agradecimientos, Prefacio I, Capítulos 1-4, 10, Glosario

© 2000 Joseph Henry Vogel.

Capítulo 5

© 2000 Manolo Morales.

Capítulo 6

© 2000 Rocío Alarcón.

Capítulo 7

© 2000 Malki Sáenz García.

Prefacio II, Capítulo 8

© 2000 Rocío Alarcón y Manolo Morales.

Capítulo 9

© 2000 Robert Lindstrom.

Derechos de autor: .014417

ISBN: 9978-41-545-9

Diseño portada: Alfredo Ruales / Tribal

Diseño interiores: Q-BO

Impresión: Rispergraf

Primera edición: octubre de 2000

Disponible: www.elcarteldebiodiversidad.com

Esta obra debe citarse Vogel, J. (ed.). 2000. *El cartel de la biodiversidad: transformación de conocimientos tradicionales en secretos comerciales*. CARE, Proyecto SUBIR.

El Proyecto Subir es financiado por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional USAID Ecuador, bajo Acuerdo Cooperativo 518-A-00-97-00246-00.

*Para los silenciosos guardianes
de la diversidad biológica y
sus conocimientos asociados.*

Contenido

Agradecimientos	ix
Presentación	xi
Prefacio I	xiii
Prefacio II	xv
Capítulo 1. Una breve introducción, <i>Joseph Henry Vogel</i>	1
Capítulo 2. Los fundamentos legales para la distribución de beneficios: la Convención sobre la Diversidad Biológica, <i>Joseph Henry Vogel</i>	5
Capítulo 3. Las opciones actuales de Derechos de Propiedad Intelectual y su posible aplicación al conocimiento tradicional, <i>Joseph Henry Vogel</i>	11
Capítulo 4. La transformación del conocimiento tradicional en secretos comerciales, <i>Joseph Henry Vogel</i>	23
Capítulo 5. Un marco legal para el cártel, <i>Manolo Morales</i>	49
Capítulo 6. Las colecciones etnobotánicas bajo las exigencias de los secretos comerciales, <i>Rocío Alarcón</i>	61
Capítulo 7. Manejo de información para registros etnobotánicos, <i>Malki Sáenz García</i>	73
Capítulo 8. Estudio de caso 1: <i>Banisteriopsis caapi</i> , <i>Rocío Alarcón</i> y <i>Manolo Morales</i>	81
Capítulo 9. Estudio de caso 2: <i>Thermus aquaticus</i> , <i>Robert Lindstrom</i>	93
Capítulo 10. Conclusión: una justificación económica para el cártel y un protocolo especial para la Convención sobre Diversidad Biológica, <i>Joseph Henry Vogel</i>	103
Anexos	117
Lista de Siglas	123
Glosario	125
Bibliografía	127
Índice temático	133

CAPÍTULO 2

Los fundamentos legales para la distribución de beneficios: la Convención sobre la Diversidad Biológica

Joseph Henry Vogel

La Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB) es el fundamento legal para la distribución de beneficios que resultan del uso de la diversidad biológica y de su conocimiento asociado. La Convención tiene un preámbulo, 42 artículos y dos anexos, y cobró fuerza legal el 29 de diciembre de 1993. El texto fue negociado desde 1987, bajo los auspicios del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, y su estudio duró hasta 1992, unos días antes de la inauguración de la Cumbre de la Tierra, cuando el borrador final fue presentado a los jefes de Estado para sus firmas.

Desgraciadamente, tras el proceso, el lenguaje de la CDB resultó algo que es frecuentemente ambiguo y confuso (véase, por ejemplo, Chandler, 1993; Downes, 1993). A su vez, las ambigüedades y la confusión han fomentado una verdadera industria de consultores que interpretan la CDB y asesoran a los funcionarios para su puesta en práctica. Para resolver las cuestiones paralelas de la interpretación y la puesta en práctica, se reúne cada año una Conferencia de las Partes (COP) durante dos semanas. La primera Conferencia de las Partes (conocida por sus siglas en inglés COPI) se reunió en Nassau, Bahamas, en 1994; la segunda (COPII) en Yakarta, Indonesia, en

1995; la tercera (COPIII) en Buenos Aires, Argentina, en 1996; la cuarta (COPIV) en Bratislava, República Slovaca en 1998; y la quinta (COPV) en Nairobi, Kenya en 2000. Cerca de mil individuos asisten a las CDP, la mitad son funcionarios oficiales de los países, y la otra mitad representantes de ONG y unos cuantos académicos.

A pesar de que interpretar y poner en práctica la CDB es de tremendo interés para EE.UU. (líder mundial en biotecnología), éste no ha ratificado la CDB hasta la fecha en que se escribe esto (octubre de 2000) y el clima político en este país no parece favorable para que una ratificación se produzca pronto. Ya que EE.UU. no ha ratificado la CDB, no es parte de ella y no tiene derecho de voto. *La falta de ratificación de la CDB, por parte de EE.UU., tiene serias implicaciones para la distribución de los beneficios, ya que las empresas basadas en EE.UU. no tienen el mandato de cumplir con la letra y el espíritu de la CDB.*

Estas ramificaciones deben ser mejor desarrolladas. Sin embargo, tal vez de modo ingenuo, los delegados a la CDP ignoran las ramificaciones con la esperanza de que EE.UU. ratificará pronto. En este lapso, EE.UU. no ha dado ningún paso positivo hacia tal ratificación, y los laboratorios localizados en países que sí son Partes de la CDP perciben un incentivo en reubicar sus operaciones biotecnológicas en los EE.UU. con el objeto de evitar la letra y el espíritu de la CDB. Por ejemplo, Manfred Schneider, director del gigante farmacéutico Bayer A.G., expresa, de manera bastante diplomática, las razones para esta reubicación: "Norteamérica [EE.UU.] no ha reemplazado a Alemania como sitio de negocios, pero hay ciertas actividades innovadoras que se llevan a cabo de mejor manera en los EE.UU." (Nash, 1994, D5, traducción mía). Mientras las empresas extranjeras van a los EE.UU., bajo la misma lógica, las empresas estadounidenses se quedan allí. La empresa Pfizer Inc., con base en los EE.UU., lleva a cabo bioprospección dentro de la jurisdicción estadounidense debido a que, se sospecha, así evita la CDB (RAFI, 1994a, pág. 5).

Ya que muchas de las especies encontradas en los EE.UU. también se hallan en los países que ratificaron la CDB, los EE.UU. pueden volverse un puerto seguro para las especies pandémicas o, mejor dicho, para los compuestos secundarios pandémicos, de la misma forma que se ha convertido en un puerto seguro para la investigación transgénica. En otras palabras, la distribución de beneficios, que es el principal objetivo de la CDB, puede ser esquivada. Consideremos cuánto de la diversidad biológica que está bajo jurisdicción de los EE.UU. es también parte de un ecosistema mayor que cae bajo las jurisdicciones de países que ratificaron la CDB: Hawaii, Guam y Samoa (ecosistemas similares a aquellos encontrados en naciones isleñas del Pacífico Sur), Alaska (Canadá y Rusia), los EE.UU. continentales (Canadá, México y los estados caribeños), Puerto Rico (las naciones latinoamericanas), bancos de genes *ex situ*, jardines botánicos y zoológicos y, tal vez, hasta los terrenos de las embajadas estadounidenses (170+ países que habían ratificado la CDB para octubre de 2000).

De este modo, una empresa con base en los EE.UU. puede gozar de un acceso abierto a gran parte de la diversidad biológica del mundo al hacer bioprospección dentro del territorio estadounidense, sin tener que compartir ningún beneficio. La mera amenaza de llevar a cabo bioprospección dentro del territorio de los EE.UU. ya les da (a estas empresas) grandes ventajas al momento de negociar unas magras regalias con los países en vías de desarrollo. Es irónico que esto, al mismo tiempo, prive al gobierno de los EE.UU. de 'recibir beneficios' por los recursos existentes en sus parques en tierras federales.

La posición oficial de los EE.UU. con respecto al uso de la diversidad biológica en la biotecnología, permanece igual a como era antes de la CDB, es decir, la doctrina del 'patrimonio común

de la humanidad'. Bajo esta doctrina, los recursos genéticos y sus derivados son propiedad de nadie (*res nullius*) hasta que se le añada un valor por medio de la investigación y el desarrollo. Por ejemplo, el material biológico obtenido a través del cultivo de plantas o del desarrollo de fármacos, puede volverse propiedad privada en los EE.UU. bajo el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (conocido por sus siglas en inglés como UPOV) o la Ley de Patentes de los EE.UU.; incluso la materia prima, esto es el germoplasma o los extractos, podría ser considerada como 'patrimonio común'. En términos técnicos, el usuario industrial final en los EE.UU. debería pagar por el material físico (la biomasa), pero no tendría que pagar al gobierno de los EE.UU. por su contenido de información (el germoplasma o las estructuras químicas). En otras palabras, el gobierno de los EE.UU. todavía no es soberano sobre los recursos genéticos dentro de sus fronteras. Como se explicará más detalladamente en el siguiente capítulo, tal acceso abierto a los recursos es ineficaz e inequitativo. Irónicamente, esta política de acceso abierto coloca a los centros de diversidad biológica en los EE.UU., tales como parques nacionales, en la misma posición económica que a los países en vías de desarrollo. Éste es un tópico que será analizado con detenimiento en el Capítulo 9. La explicación de por qué el gobierno estadounidense no actúa por el interés público de los ciudadanos de su país y cuál sería una reforma factible, será desarrollada en el Capítulo 10.

Con la suposición de trabajo que los EE.UU. se rehusan consistentemente a ratificar la CDB, se deben explorar los fundamentos legales de la distribución de beneficios presentados en la CDB y cómo éstos pueden integrarse con los DPI que funcionan en los EE.UU. La soberanía de los países sobre su diversidad biológica es el punto de partida.

La soberanía se menciona en varios sitios clave en la CDB, desde el preámbulo:

Las Partes Contratantes:

Reafirmando que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos. . .

(Glowka *et al.*, 1996, pág. 10)

Y al principio del Art. 3:

. . . los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental. . .

(Glowka *et al.*, 1996, pág. 29)

Y en el Art. 15: *Acceso a los Recursos Genéticos:*

En reconocimiento a los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional.

(Glowka *et al.*, 1996, pág. 87)

La soberanía sobre los recursos genéticos implica el derecho a negar el acceso a los recursos genéticos, lo que permite que cada país exija un pago por la bioprospección. Esta implicación es clara en el Art. 19: *Gestión de la Biotecnología y Distribución de sus Beneficios:*

Cada Parte Contratante adoptará todas las medidas practicables para promover e impulsar en condiciones justas y equitativas el acceso prioritario de las Partes Contratantes, en particular

los países en desarrollo, a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aportados por esas Partes Contratantes. Dicho acceso se concederá conforme a condiciones determinadas por mutuo acuerdo.
(Glowka *et al.*, 1996, pág. 112)

Estos tres artículos (3, 15 y 19) refuerzan la importancia de la distribución de los beneficios que aparece prominentemente en el primer artículo de la CDB:

Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y *la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos*, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a estos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada [cursivas añadidas].
(Glowka *et al.*, 1996, pág. 16)

A pesar de que la CDB es muy clara en cuanto a la soberanía de los Estados miembros sobre sus recursos biológicos y su derecho a buscar una compensación sobre una base 'justa y equitativa', no deja claro lo concerniente a los derechos de las comunidades tradicionales sobre el conocimiento asociado a estos recursos. El lenguaje débil es una característica de todas las menciones a los derechos comunitarios. Por ejemplo, en el párrafo 12 del preámbulo, dice:

Las Partes Contratantes

Reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos y *la conveniencia* de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes, [cursivas añadidas].
(Glowka *et al.*, 1996, pág. 12)

Como indica el antropólogo Darrel Posey (1996, 7, traducción mía) "La palabra 'conveniencia' [*desirability* en inglés] es, en sí misma, muy débil para obligar al Estado a una ejecución legal, además no se dan, ni en la CDB ni en ningún otro documento, criterios o mecanismos para poner en práctica este concepto". A pesar de que los preámbulos presentan las aspiraciones y no tienen fuerza legal, tampoco se halla un lenguaje más fuerte en los artículos. Por ejemplo, en el frecuentemente citado Art. 8(j), dice:

Cada Parte Contratante.

Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá 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 y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación

de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;
(Glowka *et al.*, 1996, págs. 55-56)

La profesora de Derecho, Dinah Shelton (1995, pág. 25), al igual que Posey, se muestra bastante preocupada: "... la obligación estatal se limita a 'fomentar' la distribución equitativa de los beneficios. No se hace mención explícita al derecho a compensación" (traducción mía).

A pesar del lenguaje evasivo de la CDB, se puede argumentar que sí es suficientemente fuerte como para hacer cumplir la distribución de beneficios. La palabra 'aprobación' en el Art. 8(j) lógicamente permitiría a los 'poseedores de esos conocimientos' retener tal conocimiento si es que no perciben una "distribución equitativa que surja de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas". Así como las implicaciones relacionadas con la soberanía, en los artículos 3 y 15, permiten a los países negar el acceso a los recursos genéticos si no perciben una distribución equitativa de los beneficios; la negación de la 'aprobación' por parte de comunidades tradicionales puede volverse una base legal poderosa para exigir un pago.

Desgraciadamente, la CDB no define 'aprobación' en su texto ni provee de un glosario. No obstante, se usa el término 'consentimiento fundamentado previo' en otros lugares de la CDB para describir la aprobación del Estado al acceso a recursos genéticos. Por ejemplo, el Art. 15.5 dice:

El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa.
(Glowka *et al.*, 1996, pág. 92)

Ya que el Estado requerirá de un 'consentimiento fundamentado previo' para acceder al material físico, no parece forzado asumir que las comunidades tradicionales podrán aplicar el mismo estándar para el acceso al conocimiento tradicional. De ahí que pueda inferirse el significado de la 'aprobación', en el Art. 8(j), como 'consentimiento fundamentado previo'.

¿Qué es consentimiento fundamentado previo? De acuerdo con un análisis legal exhaustivo llevado a cabo por Glowka *et al.* (1994, págs. 80-81):

1. consentimiento de la Parte Contratante, que es el proveedor genérico de los recursos (un acto afirmativo),
2. basado en la información proporcionada por el usuario potencial de los recursos genéticos,
3. antes de que se conceda el consentimiento de acceso.

Por analogía, el consentimiento fundamentado previo para el acceso al conocimiento tradicional constituiría:

1. consentimiento de las Partes Contratantes (nótese el uso deliberado del plural 'Partes' en lugar del singular 'Parte', debido a que muchas veces el conocimiento está difundido entre varias comunidades), que son los proveedores de los conocimientos tradicionales (un acto afirmativo),
2. basado en información proporcionada por el usuario del conocimiento tradicional (el representante de la biotecnología),
3. antes de que se conceda el consentimiento de acceso.

Al igual que la distribución de los beneficios provenientes del acceso a la diversidad biológica, el requerimiento de consentimiento fundamentado previo será más ejecutable en los países que han ratificado la CDB y han aceptado que 'aprobación' significa 'consentimiento fundamentado previo'. Para salvaguardar el conocimiento tradicional de la expropiación por industrias en países que no han ratificado la CDB (como los EE.UU.), se deben identificar los mecanismos legales para proteger el conocimiento tradicional dentro del régimen de propiedad intelectual vigente en esos países.

El reto se vuelve incluso más abrumador cuando se considera el lenguaje confuso y ambiguo del Art. 16.5, que dice:

Las Partes Contratantes, reconociendo que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio, cooperarán, a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar porque esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del presente Convenio.

(Glowka *et al.*, 1996, pág. 106)

La frase "de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional" quiere decir que las Partes de la CDB deben respetar el régimen de propiedad intelectual existente en cualquier intento de beneficiarse del uso del conocimiento tradicional en biotecnologías; la frase "para velar porque estos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos" significa que cualquier DPI escogido deberá lograr la distribución de beneficios de acuerdo con los artículos antes mencionados de la CDB. A pesar de que una legislación *sui generis* es la solución lógica y probablemente la intención del Art. 16.5, en la actualidad no constituye una opción; en realidad hay pocas opciones que son realmente factibles.