

¿POR QUÉ DEBEN SER CONSULTADOS LOS PUEBLOS INDIGENAS EN RELACION CON EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ESTADOS UNIDOS-CENTRO AMÉRICA-REPUBLICA DOMINICANA (TLC)?

*Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales
Ley No. 7316 (3 Nov., 1992)*

"Artículo 6

**1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;(…)"**

"Artículo 7

1.- Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. (...)"

Lista de suscriptores completa al final

San José, Costa Rica.
23 de agosto de 2006

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION GENERAL	4
EL TLC Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE PLANTAS.....	5
1. EL TLC SÍ IMPONE UNA OBLIGACIÓN A COSTA RICA EN RELACIÓN CON EL PATENTAMIENTO DE PLANTAS	5
2. SOBRE LAS SUPUESTAS DIFERENCIAS ENTRE UN RÉGIMEN DE PATENTES Y EL CONVENIO UPOV-91.....	6
2.1. <i>Distintas versiones del Convenio UPOV hasta el Acta de 1991.....</i>	<i>7</i>
2.2. <i>El Convenio UPOV-91: un régimen similar a ley de patentes No. 6867.....</i>	<i>8</i>
3. LAS SEMILLAS Y VARIEDADES GENERADAS POR EL CONOCIMIENTO TRADICIONAL SÍ PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACIÓN POR MEDIO DEL CONVENIO UPOV-91.....	10
3.1. <i>UPOV-91 aplica más a “semillas NO modificadas genéticamente”.....</i>	<i>10</i>
3.2. <i>La creación indígena y campesina de miles de variedades: algunas aclaraciones.....</i>	<i>11</i>
3.2.1. <i>Sobre la afirmación de que las variedades “criollas” no son protegibles por UPOV</i>	<i>11</i>
3.2.2. <i>Sobre los requisitos de “novedad” y “distinción” del Convenio UPOV y las semillas criollas.</i>	<i>11</i>
3.2.3. <i>Sobre el concepto de “variedades esencialmente derivadas” del Convenio UPOV-91 y la extensión de los derechos del obtentor.</i>	<i>14</i>
4. DE LAS LIMITACIONES CONCRETAS DE UPOV-91 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN RELACIÓN CON EL USO Y DISPOSICIÓN DE SUS PLANTAS Y SEMILLAS.....	15
4.1. <i>Sobre las “excepciones” contenidas en el Convenio UPOV-91 y su ineficacia para proteger a las comunidades indígenas.....</i>	<i>16</i>
4.2. <i>Sobre la “excepción facultativa” del Convenio UPOV-91. La eventual aprobación de leyes que mitiguen las limitaciones impuestas a los pueblos indígenas no anula la existencia de tales limitaciones y el deber de consultarlas.....</i>	<i>17</i>
4.3. <i>Las “excepciones” del Convenio UPOV-91 NO cubren todos los derechos de las comunidades indígenas que resultarían afectados por su aprobación.....</i>	<i>18</i>
4.4. <i>Las excepciones “reconocidas” en el TLC tampoco resuelven los problemas apuntados.....</i>	<i>19</i>
5. CONCLUSIÓN: IMPACTO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE LOS AGRICULTORES (INDÍGENAS Y CAMPESINOS).....	20
EL TLC, EL CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA (CDB) Y LOS DERECHOS INTELECTUALES COMUNITARIOS	21
1. LOS DERECHOS INTELECTUALES COMUNITARIOS SUIGENERIS	21
1.1. <i>Sobre la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales comunitarios.....</i>	<i>22</i>
1.2. <i>Sobre la naturaleza, los alcances y los requisitos de los derechos intelectuales comunitarios</i>	<i>23</i>
1.3. <i>Relación entre los derechos intelectuales comunitarios y los regímenes de propiedad intelectual.....</i>	<i>25</i>
2. EL TLC IGNORA LA IMPORTANCIA DEL CDB.....	28
3. EL TLC IGNORA DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS RECONOCIDOS EN EL CDB.....	29
4. EL TLC DEBILITA EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DEL CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA	32
4.1. <i>Restricción a la capacidad del Estado para exigir certificados de “divulgación de origen” como requisito para otorgar patentes (Capítulo 15, Propiedad Intelectual, artículos 15.9.9 y 15.9.10).....</i>	<i>32</i>
4.2.- <i>El acceso a la biodiversidad y a sus elementos bioquímicos y genéticos como una “inversión” y un “servicio comercial”, afectados por las obligaciones de los Capítulos 10 Inversiones y 11 Comercio Transfronterizo de Servicios.....</i>	<i>34</i>
4.2.1. <i>La bioprospección como servicio comercial.</i>	<i>35</i>
4.2.2. <i>La bioprospección como una “inversión cubierta”.</i>	<i>36</i>
EL PROCESO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COSTA RICA.....	38
1. ANTECEDENTES.....	39
2. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SISTEMA NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL COSTARRICENSE.....	39
2.1. <i>La Ley Orgánica del Ambiente.....</i>	<i>41</i>
2.2. <i>La Ley de Biodiversidad.....</i>	<i>42</i>
2.3. <i>La Ley de Planificación Nacional</i>	<i>42</i>
2.4. <i>La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.....</i>	<i>42</i>

2.5. <i>La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos</i>	43
2.6. <i>La reforma al artículo 9 de la Constitución Política</i>	44
3. JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL ACERCA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN DIVERSOS ÁMBITOS	44
4. ENTIDADES QUE REPRESENTAN LOS INTERESES PARTICIPANTES	46
5. LIMITANTES A LA PARTICIPACIÓN	47
6. JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL ACERCA DEL DERECHO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS	47
7. EL REGLAMENTO DE CONSULTA ELABORADO POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA EN 1997	48
8. EL PROCESO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS, SU INSTRUMENTALIZACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERNO	49
8.1. <i>¿A quién se debe consultar?</i>	49
8.2. <i>¿Dónde se debe consultar?</i>	50
8.3. <i>¿Qué se debe consultar?</i>	50
8.4. <i>¿Cómo se debe consultar?</i>	51
8.5. <i>¿Qué facilidades hay que proveer para realizar la consulta?</i>	51
8.6. <i>¿Qué limitaciones u obstáculos se pueden prever?</i>	52
9. LA "PRE CONSULTA" COMO PROCESO CONSUSTANCIAL DE LA CONSULTA	52
.....	53
10. ESQUEMA SOBRE EL PROCESO DE CONSULTA	54
INFORMACION	54
CONCLUSIÓN GENERAL	55

INTRODUCCION GENERAL

El presente documento tiene como objetivo justificar con argumentos legales y ejemplos tomados de la vida real, no a partir de conjeturas, por qué los pueblos indígenas establecidos en Costa Rica deben ser consultados con base en el Convenio 169 de la OIT sobre las implicaciones del proyecto de ley de aprobación del "Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos" (TLC) que se tramita en la Asamblea Legislativa, bajo el expediente No. 16.047 para sus derechos, vidas, creencias, instituciones y bienestar social y espiritual.

La obligatoriedad de esta consulta fue señalada por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa (en adelante Depto. de Servicios Técnicos) mediante el Oficio No. ST.210-2006 de 4 de julio de 2006. Dicho criterio jurídico se basó fundamentalmente –aunque no de manera exclusiva- en los alcances del artículo 15.5.a) del Capítulo 15 del TLC, "Propiedad Intelectual", el cual establece una obligación vinculante para el Estado Costarricense, de aprobar antes del 1 de junio de 2007 el "Convenio para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1991" (UPOV-91).

En opinión de esa asesoría la aprobación del citado Convenio UPOV ocasionaría las siguientes afectaciones directas sobre los derechos de los pueblos indígenas:

"a) Otorgar derechos exclusivos sobre semillas y especies vegetales, que los pueblos indígenas utilizan para cultivo, alimentación y medicina.

b) Cambio en la forma de producción: las semillas y especies vegetales protegidas por derechos de obtentor otorgados en virtud del Convenio de la UPOV, no se podrán guardar, intercambiar ni resembrar.

El mejoramiento tradicional de las plantas realizada por los pueblos indígenas mediante la conservación de la semilla de su cosecha, e intercambio, no será posible si sobre esa semilla o especie vegetal existe un derecho de propiedad intelectual denominado derecho de fitomejorador.

c) Restricción en la disponibilidad e intercambio de recursos genéticos vegetales, esenciales para el mejoramiento, cuando estos se encuentren protegidos como derecho de obtentor. Su disponibilidad solo se da si se cancela una retribución económica al titular del derecho de propiedad intelectual.

d) Las empresas o personas que tienen el control del mercado de las semillas pueden apropiarse indebidamente mediante derechos de obtentor, de los conocimientos, derechos y recursos de los pueblos indígenas, si no les brinda una efectiva protección a estos grupos étnicos.

e) Los sistemas de producción sustentables en las comunidades indígenas pueden verse afectados en su capacidad."

Tales afecciones tornarían imperativa la consulta del TLC a las comunidades indígenas, en tanto, al obligarse al país a aprobar el Convenio UPOV-91, se estaría lesionando:

"el derecho sobre el conocimiento tradicional de los pueblos y comunidades indígenas, sus derechos intelectuales comunitarios sui generis, así como los derechos y libertades protegidos en nuestra Constitución Política, en el Convenio Nº 169 de la OIT, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y sus anexos I y II, aprobado mediante Ley Nº 7416 del 30 de junio de 1994, el Convenio para la

Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres prioritarias en América Central, Ley N° 7433 del 14 de septiembre de 1994, la Ley de Biodiversidad N° 7788 del 30 de abril de 1998, y la Ley Indígena.”

Las conclusiones del citado Informe Técnico fueron objetadas en dos documentos remitidos por la Ministra a.i. del Ministerio de Comercio Exterior (COMEX), Sra. Amparo Pacheco, y el Lic. Rubén Hernández a título personal los días 10 y 7 de julio de 2006 respectivamente, a la Sra. Janina del Vechio, Presidenta de la Comisión de Asuntos Internacionales de la Asamblea Legislativa que conoce del expediente No. 16.047. En ambos escritos se concluye que el TLC no implicará afectación alguna para los pueblos indígenas y que por lo tanto la consulta no es necesaria.

Acto seguido, pasaremos a analizar de forma detenida y razonada los distintos argumentos sostenidos en estos documentos, con la finalidad de evidenciar que las conclusiones a las que llegan son incorrectas. Se ahondará en algunos de los argumentos adicionales por los que se considera que la consulta de este proyecto es un requisito sustancial que la Asamblea Legislativa no puede obviar.

EL TLC Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE PLANTAS

1. El TLC sí impone una obligación a Costa Rica en relación con el patentamiento de plantas

En el informe enviado a la Asamblea Legislativa el COMEX inició su exposición aclarando que el sub inciso b) del artículo 15.1.5 del TLC no es aplicable a Costa Rica, debido a que en nuestro país –al menos hasta fecha- las plantas no son patentables. Es claro que esa disposición se refiere solo a aquellos países que a la fecha de entrada en vigor del TLC cuenten con un sistema de patentes de este tipo.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que nuestro país no haya asumido compromiso alguno en relación con la aplicación de propiedad intelectual sobre plantas. El TLC afecta los derechos milenarios de los pueblos indígenas al promover la apropiación privada de formas de vida superiores como son las plantas y sus variedades, fundamento de la agricultura, por medio de dos obligaciones incluidas en el Capítulo 15 de Propiedad Intelectual, que van más allá de lo aceptado por Costa Rica en sus leyes nacionales y en otros acuerdos internacionales.

La primera implicación, ya señalada, establecida en el numeral 15.1.5 (a) obliga a la adhesión de Costa Rica al Convenio UPOV-91, por el cual tendríamos que conceder por primera vez en el país derechos de propiedad intelectual (PI) sobre variedades de plantas (a sabiendas de que reiteradamente la Asamblea Legislativa se había pronunciado en contra de este tema).¹ La segunda, menos difundida, se encuentra en la frase final del artículo 15.9.2 y establece la obligación del Estado Costarricense de "*hacer todos los esfuerzos razonables*" para otorgar protección a las plantas mediante patentes. Ambas obligaciones varían un poco en su grado de exigibilidad pero en el fondo conducen igualmente a la privatización y monopolización de bienes de dominio público como es el principio de reproducción de las semillas o de cualquier otro material vegetativo que multiplique una planta o un árbol; así como de los genes que al insertarse en una o varios tipos de plantas dan a su "propietario" la potestad de adueñarse legalmente de las plantas mismas. En el caso de la UPOV-91 el ámbito de derechos del obtentor puede llegar a ejercerse hasta los productos de la cosecha y los productos fabricados con estos.

Resulta particularmente llamativo que el COMEX omitiera hacer cualquier referencia o emitiera explicaciones sobre los alcances de la disposición del artículo 15.9.2.² Si bien la obligación contenida en ella no incluye un

¹ Ver: Red de Coordinación en Biodiversidad. (2004). **El equipo negociador de COMEX incumple su palabra y traiciona los procesos de discusión legislativa nacional: El caso de la propiedad intelectual sobre plantas.** En: redbiodiversidad@fecon.org

² Aún cuando hizo una cita parcial de la primera oración de dicho artículo.

plazo de cumplimiento, tampoco parece razonable asumir que se trata de una norma irrelevante, que no tendrá repercusiones para el país y los derechos de los pueblos indígenas.

En el Informe sobre el Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica-Estados Unidos (Expediente No. 16.047), del mes de abril de 2006, el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa emitió su criterio respecto a otra obligación del TLC redactada de forma similar, a saber el deber de las Partes de "*adoptar todas las medidas necesarias*", para hacer efectivas las disposiciones del Tratado (artículo 1.4). De acuerdo con esta asesoría, tal obligación "*en la forma que exige desarrollos legislativos posteriores, estará supeditada, en cada caso, a los compromisos específicos del resto del Tratado, **pero imponen ya al momento de su aprobación un límite a toda medida posterior incompatible (no legislar en contrario)***".³ (El énfasis es propio)

Siguiendo esta misma lógica, la obligación de "hacer todos los esfuerzos razonables" para patentar las plantas, implicaría, por ejemplo, que Costa Rica no podría legislar para acogerse a un acuerdo para excluir definitivamente las plantas de la materia patentable en el seno de la OMC, tal y como lo han planteado algunos países en ese espacio. Del mismo modo, no se ve cómo podría resultar compatible con este compromiso que nuestro país mantenga las normas de la Ley de Biodiversidad (artículo 78, inciso 2) y la Ley de Patentes⁴ (artículo 1.4.1.c) que expresamente prohíben las patentes sobre las plantas.

Quiénes sí parecen tener claro que no se trata de una norma inocua, son los funcionarios estadounidenses. En el Reporte al Presidente y al Congreso de ese país, el Comité Asesor Funcional de la Industria de los Estados Unidos (IFAC-3 por sus siglas en inglés) expresó su complacencia por las exitosas negociaciones del TLC al obligar a las Partes a adherirse a la UPOV-91 y superar el TLC con Chile en su compromiso para patentar plantas. El acuerdo con Chile dice que: se "*harán esfuerzos razonables por medio de un proceso participativo y transparente para desarrollar y proponer una legislación dentro de los cuatro años siguientes a la entrada en vigencia del acuerdo*". El TLC con Centroamérica dice escuetamente: se "*harán todos los esfuerzos razonables para otorgar dicha protección mediante patentes*" (artículo 15.9.2). Según el criterio del mismo reporte, esta frase es una obligación más reforzada y, de hecho, instan al Gobierno de los Estados Unidos a asegurar que ese compromiso se traduzca en reformas de los sistemas de patentes de las Partes tan pronto como sea posible.⁵ Sin duda, un motivo adicional para consultar a los sectores que resultarán directamente afectados.

2. Sobre las supuestas diferencias entre un régimen de patentes y el Convenio UPOV-91

Tanto el Ministerio de Comercio Exterior como el Lic. Hernández inician su argumentación destacando supuestas diferencias de peso entre el sistema de protección a obtenciones vegetales del Convenio UPOV-91 y un régimen de patentes. De acuerdo con el COMEX: "*UPOV es un sistema sui generis alterno al sistema de patentes construido específicamente para proteger el mejoramiento de especies vegetales*". De esta alternatividad, se seguiría la conclusión de que las implicaciones negativas que podrían tener las patentes aplicadas a las plantas sobre los derechos de las comunidades indígenas, no se darían en el caso del sistema contenido en el Convenio UPOV.

³ Departamento de Servicios Técnicos. **Informe Técnico Jurídico. Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (Expediente No. 16.047)**. . Asamblea Legislativa de Costa Rica. Abril, 2006. p.6

⁴ **Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad**, No. 6867 del 25 de abril de 1983 y sus reformas.

⁵ Industry Functional Advisory Committee on Intellectual Property Rights for Trade Policy Matters (IFAC-3). (2004). **Report of IFAC-3 to the President, the Congress and the United States Trade Representative on the US-Central American Free Trade Agreement**.

Como se demostrará en las líneas siguientes, tales diferencias sustanciales entre un sistema y otro **no existen** y, por el contrario, las implicaciones que ambos podrían tener sobre los derechos de los pueblos autóctonos son notablemente equivalentes.

Como tesis de principio, se concuerda con el COMEX en que desde un punto de vista puramente técnico o formal no es exacto afirmar que "UPOV otorga una patente sobre las obtenciones vegetales" (Punto 3, párrafo 5. Subrayado propio). Pero, tampoco se puede perder de vista que, con frecuencia, las diferencias de nomenclatura entre ambos sistemas se prestan para desconocer sus notables semejanzas en cuanto al fondo de sus disposiciones. En ambos casos estamos hablando de sistemas de "propiedad intelectual" sobre formas de vida (plantas) que otorgan un monopolio a quien desarrolló la investigación —las menos de las veces—, a quien pagó por ella, o a quien simplemente compró "el derecho".

2. 1. Distintas versiones del Convenio UPOV hasta el Acta de 1991.

La UPOV tiene como su principal objetivo el resguardo de los derechos de propiedad intelectual sobre variedades de plantas. Sus oficinas se localizan en el edificio de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) en Ginebra (Suiza) y el Director de esta entidad actúa a la vez como director de la UPOV.

Es cierto que nació en 1961 ante la discusión suscitada en varios países europeos sobre la inconveniencia de otorgar patentes a las variedades de plantas. Dentro de estos países muchos sectores se oponían a la extensión del sistema de patentes a las plantas porque consideraban que conduciría a una crisis en los sistemas de cultivo, incrementaría de forma incommensurable los precios de las semillas y hasta podría ocasionar escasez de alimentos. Por tales razones se propuso la creación un sistema de protección a la propiedad intelectual más flexible que el de patentes, tomando en cuenta los riesgos para la seguridad alimentaria de otorgar derechos de propiedad sobre plantas y recursos biológicos.

Así surgieron los "derechos de obtentor vegetal" (DOV) que en la versión inicial del Convenio UPOV sobre obtenciones vegetales, y todavía en sus revisiones de 1972 y 1978 (con una membresía básicamente compuesta por países europeos, por tanto, basado en las realidades propias de esos países) se orientaban a constituirse en un modelo de propiedad intelectual alternativo a las patentes.

Dentro de las principales diferencias que tenían con el sistema de patentes es que constituían un sistema menos completo que éste en cuanto a los derechos de exclusividad que se le conceden al titular, incorporando aspectos como: **a)** El derecho del fitomejorador que permitía a terceros el "*libre acceso a las variedades protegidas*", es decir emplear estas variedades como origen para la creación de otras y su comercialización con la finalidad de facilitar la libre movilidad de material genético y permitir su preservación. **b)** El denominado "*privilegio del agricultor*" que reconocía el derecho milenar de los agricultores a reutilizar las semillas producidas por ellos para subsiguientes cosechas.

Sin embargo, en marzo de 1991 el Convenio UPOV fue revisado nuevamente, ahora bajo la presión de empresas transnacionales con poderosos intereses económicos en el mercado de las semillas y en un contexto en el que los países europeos habían logrado resolver su seguridad alimentaria. No es posible ignorar la notable laguna existente en los documentos analizados (del Lic. Hernández y del Comex), en cuanto al cambio radical que significó esta enmienda respecto a las orientaciones originales del Convenio.

La principal consecuencia de las reformas de 1991 fue una marcada asimilación del régimen de derechos de obtentor vegetal al de patentes sobre plantas. Como rasgo característico, esta nueva versión de la UPOV incrementó considerablemente los derechos y facultades del titular de un derecho de obtentor. Entre los principales cambios adoptados se encuentran:

- a) Extendió la cobertura del derecho a las importaciones y a las exportaciones, así como a las cosechas y a los productos fabricados si se obtuvieron de la utilización de cosechas no autorizadas.
- b) Amplió los plazos de duración del derecho de obtentor equiparándolos con los de la patente.
- c) Eliminó como excepción obligatoria de los derechos de obtentor el "*privilegio de los agricultores*", es decir, el derecho a utilizar las semillas de su cosecha para sus posteriores siembras.
- d) Restringió de forma notoria el derecho del fitomejorador al libre acceso a las variedades protegidas. Aunque mantuvo la posibilidad de acceder a ellas para fines de creación de nuevas variedades (artículo 15.1.iii) incorporó un régimen de extensión de los derechos de obtentor a todas las variedades que se consideren "*derivadas*" de la variedad protegida (artículo 14.5).

Es a partir de estas reformas y sobretodo después de la entrada en vigencia del Acuerdo sobre aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que el Convenio UPOV empieza a difundirse y conocerse en el mundo entero. En particular debido a que los países desarrollados han empezado a ejercer fuertes presiones sobre los países del Tercer Mundo para que adopten el Acta de 1991 como mecanismo para cumplir con lo dispuesto en el artículo 27.3.b del ADPIC, según el cual deberá otorgarse protección a las nuevas obtenciones vegetales mediante un sistema de patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de ambos. A pesar de que este artículo se encuentra en revisión en el seno de la OMC, donde no existe consenso sobre sus alcances, se ha desplegado una impresionante campaña para convencer a las naciones en vías de desarrollo de que este Convenio es el único e ideal sistema de propiedad intelectual alternativo a las patentes para cumplir con lo dispuesto en el Acuerdo de la OMC.

Sin embargo, cabe señalar que tal afirmación es absolutamente falsa. El ADPIC no precisa qué se entiende por un sistema *sui generis* ni restringe las opciones a aplicar. Esto le otorga a cada país un importante margen de maniobra para desarrollar sistemas acordes con su realidad social y que, en el caso de Costa Rica, además sea congruente con su legislación ambiental y los convenios internacionales suscritos en materias como la protección de la biodiversidad y los derechos de los pueblos autóctonos. Si bien es cierto que el sistema de la UPOV nació como un sistema *sui generis* de propiedad intelectual, también como lo hemos indicado, su diferencia con las patentes es en la actualidad mínima y nada permite afirmar que de acuerdo con el ADPIC sea el único camino admisible.

2.2. El Convenio UPOV-91: un régimen similar a ley de patentes No. 6867.

El argumento de que el Convenio UPOV contiene un régimen distinto y alternativo al sistema de patentes, que no tendrá las implicaciones negativas que podrían resultar de patentar plantas, no es nuevo. Comúnmente se le utiliza para convencer a los países en vías de desarrollo de que adopten dicho Convenio.

No obstante, si se analiza el sistema de "*derechos de obtentor*" de la versión de 1991 del Convenio UPOV y se le compara con el sistema de patentes vigente en nuestro país regulado en la Ley 6867, se puede constatar que las diferencias entre ambos sistemas son mínimas. Al menos en cuanto al alcance y los efectos de tales derechos, así como respecto a los poderes conferidos a sus titulares y las restricciones impuestas a los demás para acceder a los bienes protegidos, son muchas más las similitudes. En ese sentido, empieza a perder contundencia la defensa que hace COMEX al señalar que "*los derechos otorgados mediante UPOV no son exclusivos*" (Punto 3, párrafo 5).⁶

⁶ Afirmación por demás inconsistente con otras del mismo documento, como la del párrafo 3 de ese mismo punto, en la que dice: "*El objetivo principal del UPOV es reconocer los logros de los obtentores de nuevas variedades vegetales concediéndoles un derecho exclusivo de propiedad por un período determinado*" (Subrayado propio)

El artículo 16.1 de la Ley de patentes establece que la patente conferirá al titular "*el derecho a explotar, en forma exclusiva, la invención y conceder licencias a terceros para la explotación*" y además otorgará, si la materia de la patente es un producto, los derechos exclusivos "*de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación, para estos fines, del producto objeto de la patente.*"

El Convenio UPOV-91 en su artículo 14.1 indica que no se podrán realizar sin la autorización (licencia) del obtentor los siguientes actos sobre el material de reproducción de la variedad protegida: "*i) la producción o la reproducción (multiplicación), ii) la preparación a los fines de la reproducción o de la multiplicación, iii) la oferta en venta, iv) la venta o cualquier otra forma de comercialización, v) la exportación, vi) la importación, vii) la posesión para cualquiera de los fines mencionados en los puntos i) a vi), supra.*" Y en los incisos 14.2 y 14.3 se especifica que el alcance de estos derechos podrían llegar hasta los productos de la cosecha y de ciertos productos fabricados a partir de dichos productos. Como se ve, incluye las mismas restricciones sobre el objeto de protección que la patente, con la diferencia de que agrega las actividades de exportación.

Una situación similar ocurre con actividades que se exceptúan de la aplicación de las anteriores facultades del titular del derecho. De acuerdo con la Ley de patentes (artículo 16 inciso 2) los actos a los que no les serán aplicables los derechos conferidos por la patente a su titular son básicamente: **a)** los actos jurídicos de cualquier naturaleza realizados en el ámbito privado y sin fines comerciales, **b)** los actos experimentales, **c)** los actos realizados con fines de enseñanza o investigación científica o académica respecto del objeto de la invención patentada, **d)** los actos realizados sobre el producto patentado una vez que ha sido puesto en el comercio bajo licencia del titular del derecho, y **e)** los usos necesarios para obtener licencias fitosanitarias una vez que expire el plazo de duración de la patente.

Estas mismas acciones -salvo la última que no se encuentra considerada-, son las únicas que contempla el Convenio UPOV-91 como excepciones obligatorias a las facultades del titular de un derecho de obtentor. Las situaciones contempladas en los puntos **a)**, **b)** y **c)** en el artículo 15.1 del convenio y la **d)** en el 16. Además, el Convenio contempla la posibilidad de incluir el "*privilegio de los agricultores*" (artículo 15.2), pero, como se explicará más adelante⁷, el Acta de 1991 lo redujo a una "*excepción facultativa*" que los países no están obligados a incorporar en su legislación interna.

Por el contrario, UPOV-91, a diferencia de la Ley de Patentes, no considera la utilización de las variedades protegidas para fines de enseñanza dentro la excepción del inciso iii) del artículo 15.1 que sólo contempla los actos "*destinados a la creación de nuevas variedades*" (investigación académica o científica⁸), por lo que más bien en este punto sería más restrictivo, ya que para estos actos sí se requeriría pagar la licencia del obtentor. Esto último podría afectar gravemente en sus labores de docencia a instituciones educativas como universidades públicas y privadas, colegios profesionales, técnicos y científicos, que imparten carreras o cursos relacionados con la agricultura.

En relación con la duración de los derechos otorgados a los titulares de las patentes y de los derechos de obtentor tenemos que también son similares. Mientras que la Ley de Patentes establece que la patente tendrá una vigencia de veinte años (artículo 17), el convenio reformado en 1991 en su artículo 19 dispone el mismo plazo de duración para los derechos de obtentor, con el agravante de que para árboles frutales y vides es mayor: de veinticinco años.⁹

⁷ Ver punto 4.2

⁸ Con las limitaciones de lo establecido en el artículo 14.5 respecto a las variedades "*derivadas*".

⁹ En la versión de 1978 los plazos eran más cortos: 15 años para plantas en general y de 18 para vides y árboles frutales.

Como se puede observar, en términos generales, UPOV-91 no guarda grandes diferencias con el sistema de patentes en cuanto las facultades que le confiere a su titular y, paradójicamente, la versión que el TLC obliga a Costa Rica a aprobar contiene aspectos que podrían calificarse como más "duros" o restrictivos que los establecidos en la Ley de Patentes.¹⁰

3. Las semillas y variedades generadas por el conocimiento tradicional *SÍ* pueden ser objeto de apropiación por medio del Convenio UPOV-91

La asesoría técnica del Parlamento concluyó que por medio de los derechos de obtentor otorgados por este Convenio se podría producir una apropiación privada de los conocimientos y recursos de las comunidades indígenas y que, ante la posibilidad de esta afectación directa, era procedente, al menos una consulta apropiada en los términos del Convenio 169.

Esta conclusión ha tratado de ser refutada con una serie de argumentaciones que tienen como denominador común la imaginación de dos universos totalmente separados e incomunicados entre sí para las variedades vegetales. Por un lado las variedades "criollas" de las comunidades indígenas y, por el otro, las variedades "mejoradas" de los obtentores. Las primeras no guardarían relación alguna con las segundas y viceversa, por lo que no sería posible que los derechos de uso exclusivo que UPOV otorga sobre estas últimas recaigan sobre las primeras o las afecten.

Como se explicará, tal imaginario es irreal. No se sustenta en el plano jurídico, pero tampoco concuerda con la historia de la agricultura. Más bien, refleja desinformación y una serie de prejuicios sobre el papel de las poblaciones autóctonas en el desarrollo y mejoramiento de las variedades de plantas.

3. 1. UPOV-91 aplica más a "semillas NO modificadas genéticamente".

El COMEX señala que *"la actividad agrícola que desarrollan pequeños agricultores y comunidades indígenas no es con semillas modificadas genéticamente, son más bien con variedades criollas que no cumplen los requisitos técnicos de novedad requeridos para obtener protección bajo el sistema UPOV"* (Oficio DM-0570-6. Punto 1). Si lo que se quiso afirmar con la frase citada es que el sistema del Convenio UPOV-91 sólo rige para variedades de plantas transgénicas, tal aseveración es incorrecta.

En el momento presente tenemos personas que se dedican a la obtención de nuevas variedades de plantas utilizando técnicas de inducción de la variabilidad y selección voluntaria de caracteres deseados. Esta actividad puede ser hecha, con algunas diferencias, por pequeños agricultores (campesinos e indígenas) y fitomejoradores "formales". Tenemos por otra parte a los ingenieros genéticos quienes, utilizando técnicas de ingeniería genética muy diferentes a las anteriores, están produciendo también nuevas expresiones de plantas y animales conocidas como organismos genéticamente modificados o transgénicos.

A la inversa de lo afirmado por el COMEX, cuando los primeros están interesados en *"proteger"* sus variedades (y les resulta posible) generalmente recurren a los mecanismos del Convenio UPOV; mientras que los segundos buscan conseguir patentes industriales sobre uno o varios genes, con lo que automáticamente privatizan y monopolizan también la planta o plantas en que estos genes han sido insertados.

Ahora bien, nada en UPOV-91 impide que su sistema sea aplicado tanto a variedades desarrolladas a través de técnicas tradicionales de mejoramiento como por medio de la ingeniería genética. De hecho, en vista de

¹⁰ Otro ejemplo sobre este punto se da en el caso de los derechos que se le reconocen al inventor que realiza su invento mientras se encuentra subordinado bajo una relación laboral. Mientras que la Ley de Patentes le reconoce en estos casos al inventor un cincuenta por ciento del derecho si el contrato tenía como objeto la producción de invenciones, y un cien por ciento si no tenía esta finalidad (artículo 4, incisos 2 y 3) el Convenio llanamente señala que se considerará como obtentor al empleador de quién cree o descubra la variedad protegida. (artículo 1, punto iv)

que en UPOV-91 se levanta la prohibición de la doble protección existente en UPOV-78 (Art. 2), encontramos casos de obtentores que han protegido las variedades de su interés por medio del Convenio UPOV y por medio de patentes. (Por ejemplo, el caso del frijol *Enola* en México).

3.2. La creación indígena y campesina de miles de variedades: algunas aclaraciones.

3.2.1. Sobre la afirmación de que las variedades "criollas" no son protegibles por UPOV

En un sentido similar, ayuno del significado del trabajo de los agricultores de todos los tiempos, el Lic. Hernández señala en el punto II. inciso 1 de su documento lo siguiente:

"...son protegibles bajo UPOV las variedades de plantas obtenidas como resultado de un largo proceso de mejoramiento genético. Así, no son protegibles las variedades vegetales y plantas que nacen espontáneamente en la naturaleza o que son producto de prácticas milenarias de comunidades indígenas"

Para empezar, en el Convenio UPOV, no hay ningún artículo que exija como requisito para proteger una variedad de planta el que sea "resultado de un largo proceso de mejoramiento genético". Otros muy distintos son los criterios allí utilizados. De acuerdo con el artículo 1.iv, se entenderá por obtentor **"la persona que haya creado o descubierto y puesto a punto una variedad"**. El artículo 3.2 dispone que el Convenio aplica para **"todos los géneros y especies vegetales"**. El artículo 5 señala las condiciones que debe cumplir toda nueva variedad para que se le otorgue protección, a saber: **"novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad"**. Nada entonces en el Convenio UPOV impide que variedades producto de prácticas milenarias sean protegidas bajo su sistema, si se llegan a presentar como creadas o puestas a punto por parte de un fitomejorador "formal".

En segundo lugar y como principal objeción a este argumento es que, si "el largo proceso" fuera la razón o una de las razones para dar protección bajo UPOV, serían precisamente las prácticas milenarias de las comunidades indígenas y las variedades producidas por ellas las primeras llamadas a ser protegidas por la UPOV. (Subrayado agregado). Si las comunidades locales y los pueblos indígenas no buscan u obtienen derechos de obtentor es por razones muy diferentes; no por ser incapaces de crear nuevas variedades ni por el tiempo que les ha tomado propiciar los cambios y adaptaciones. Sería útil remitirnos a la historia de la agricultura. Allí podríamos encontrar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Quiénes han sido las y los obtentores de las 30,000 variedades de arroz y otras tantas de maíz, trigo, papa, tomate y miles de otros productos, si no las y los agricultores de todos los tiempos? ¿Qué han hecho los obtentores "formales" si no escoger variedades indígenas o campesinas como base inicial de todo su trabajo y a partir de allí realizar algunos cambios, a veces realmente cosméticos, para generar una nueva variedad?

3.2.2 Sobre los requisitos de "novedad" y "distinción" del Convenio UPOV y las semillas criollas.

Mencionamos que, según el Acta de 1991 de la UPOV, para ser objeto de protección bajo dicho régimen de propiedad intelectual una variedad vegetal debe cumplir con los requisitos de "novedad", "distinción", "homogeneidad" y "estabilidad" (artículo 5). En los documentos analizados tanto de COMEX como del Lic. Hernández, se hace alusión insistentemente al requisito de "novedad" de las variedades mejoradas, como la principal garantía que impedirá que plantas y semillas desarrolladas y mejoradas por las comunidades indígenas sean objeto de apropiación a través de las normas del Convenio UPOV-91. Lo anterior, en vista de que estas últimas *"no cumplen con los requisitos técnicos, de novedad"* para ser cubiertas por el régimen de dicho Convenio (COMEX, punto 1). En palabras de Hernández (punto 2), los productos agrícolas o vegetales

resultado del conocimiento tradicional de los pueblos y comunidades indígenas, no podrían obtener protección porque:

12. *"...ningún producto puede registrarse ni obtener la respectiva protección como inventor o (sic) obtentor en el caso del (sic) UPOV, si no reúne el requisito de la novedad. Es decir, **si el producto ya es conocido y aplicado en la praxis, ninguna persona puede alegar derechos de propiedad intelectual sobre el.**" (Subrayado del original)*

13. *(....) "Es decir, no se trataría en la especie del mejoramiento (sic) de una planta producto de la investigación propia del solicitante de la protección de obtentor, sino simplemente de la copia de un producto logrado por la combinación de plantas por las milenarias prácticas de las comunidades indígenas".*

Sin embargo, tal conclusión no resiste un análisis a la luz de lo que el mismo Convenio UPOV-91 entiende por conceptos como "novedad" o "distinción".

El artículo 6 del citado instrumento internacional, contiene los parámetros para considerar a una variedad como "nueva" y por ende susceptible de permitir la concesión de un derecho de obtentor. Según esta norma:

"La variedad será considerada nueva si, en la fecha de la presentación de la solicitud del derecho de obtentor, el material de reproducción o de multiplicación vegetativa o un producto de cosecha de la variedad no ha sido vendido o entregado a terceros de otra manera, por el obtentor o con su consentimiento, a los fines de la explotación de la variedad... en el territorio de la Parte Contratante más de un año antes de la solicitud...y en un territorio distinto más de cuatro años"(art. 6).

Es decir, el problema principal del requisito de novedad del Convenio UPOV, y que los documentos analizados parecen ignorar, es que bajo los términos del artículo citado, la condición de "nueva" se asocia al hecho de que las variedades no hayan sido comercializadas o entregadas a los fines de su explotación. No guarda relación ni con la naturaleza de las semillas de que se trate, ni con la fecha del mejoramiento ni mucho menos con si el producto es "conocido y aplicado en la praxis". Bajo esta definición de "novedad", una variedad vegetal podría estar en conocimiento ancestral de una comunidad indígena y, si no ha sido utilizada comercialmente, considerarse como "nueva" para los efectos del Convenio, y, por lo tanto, susceptible de apropiación.

Ni siquiera los límites temporales que se establecen representan una garantía, pues estos se refieren únicamente a la "explotación comercial".

Algo similar ocurre con el concepto de "distinción" contenido en el artículo 7 del Convenio, según el cual: _

"Se considerará distinta la variedad si se distingue claramente de cualquier otra variedad cuya existencia, en la fecha de presentación de la solicitud, sea notoriamente conocida. En particular, el depósito, en cualquier país, de una solicitud de concesión de un derecho de obtentor para otra variedad o de inscripción de otra variedad en un registro oficial de variedades, se reputará que hace a esta otra variedad notoriamente conocida a partir de la fecha de la solicitud, si ésta conduce a la concesión del derecho de obtentor o a la inscripción de esa otra variedad en el registro oficial de variedades, según el caso"(art. 7).

Como se puede apreciar, la remisión al concepto de variedades cuya existencia sea "notoriamente conocida" tampoco permite excluir de la cobertura de UPOV-91 a variedades de uso y conocimiento tradicional, porque

tal condición se comprueba a través de la inscripción en registros oficiales o la solicitud de derechos de obtentor, la explotación comercial o la presencia en colecciones. La mayoría de las variedades derivadas del conocimiento tradicional de las comunidades indígenas no califican bajo estos supuestos. Sin embargo, una variedad existente y en uso que no esté registrada podría entenderse como "*distinta*" y por lo tanto apropiable de forma privada.

De lo anterior se concluye que, en caso de aprobarse el Convenio UPOV-91, cualquier persona podría solicitar la concesión de derechos de obtentor sobre variedades derivadas de prácticas y conocimientos desarrollados durante siglos por las comunidades locales. Tales derechos podrían ser concedidos fácilmente con sólo demostrar bajo los parámetros antedichos que se trata de variedades "*nuevas*" y "*distintas*". Esto último no le requeriría mayores esfuerzos ya que –se reitera– los pueblos autóctonos no se dedican a la explotación comercial de sus conocimientos ancestrales, esos conocimientos no constan en solicitudes de derechos de obtentor pues tienen un uso comunitario, ni se encuentran contenidos en registros oficiales (de hecho, la Ley de Biodiversidad, Art. 82, reconoce explícitamente el derecho de las comunidades a no recurrir a tales registros).

Las conclusiones a las que llegan los citados documentos reflejan un alto grado de desconocimiento del significado y alcances del trabajo de selección campesina e indígena, el cual ha probado, a través de los tiempos, ser fuente de inspiración del trabajo de los fitomejoradores formales. Aún bajo la hipótesis de que el requisito de "*novedad*" tuviera la connotación de "*recientemente mejorado*" (y no de "*recientemente explotado comercialmente*" como lo establece el Convenio), no cabe duda de que las variedades criollas podrían reunirlo perfectamente. Las semillas de las y los agricultores son dinámicas, constantemente mejoradas, adaptadas y por lo tanto "*nuevas*" en el sentido estricto del término.

Pero además, a contrapelo de lo que los documentos analizados sugieren, la experiencia en el ámbito internacional señala que ha habido un sinnúmero de casos en que las patentes y los derechos de obtentor se han concedido sobre variedades "*plagiadas*" o sobre principios activos de plantas y animales conocidos, cuidados y protegidos por las comunidades locales y los pueblos indígenas. De allí, mediante pruebas para demostrar que no habían sido comercializados o que se les habían hecho "*adiciones científicas*", fueron susceptibles de ser reclamados, con éxito, como propiedad monopólica bajo derechos de propiedad intelectual.

Casos de estos abundan y están debidamente documentados en el campo de la alimentación y de la medicina: el *neem* de la India, la raíz de *tepezcohuite* de México, la planta sagrada *ayahuasca* de los indígenas de la Amazonía ecuatoriana, la *quinua* y la *maca* de los Andes, sólo para citar algunos^{11 12}. Gracias al trabajo de algunas organizaciones solidarias, se han logrado revocar algunos certificados de obtentor o patentes espurias. Pero tal reivindicación suele ser muy costosa y en muchas ocasiones no resulta posible, en gran medida porque las comunidades y los pueblos indígenas afectados no tuvieron conocimiento de dicha apropiación hasta que la misma ya se encontraba consumada.

Incluso se han dado casos como el del arroz *basmati* de la India y el frijol *canario* de México (denominado como frijol *enola* por su "*obtentor*"), en que los productores de los países de origen vieron cerradas las fronteras a la exportación de sus productos por estar ya patentados a nombre de empresas extranjeras.

Un común denominador de todos los ejemplos reseñados es que en ninguno de ellos los requisitos de "*novedad*" y "*distinción*" de las variedades apropiadas, ya sea a través de patentes o derechos de obtentor, resultaron garantías eficaces para evitar tal apropiación. Desde esta perspectiva, también es correcta la

¹¹ GRAIN. (2000) **De patentes y piratas**. www.grain.org

¹² Sukhwani, Asha. (1995). **Patentes Naturistas**. Oficina Española de Patentes y Marcas. Departamento de Patentes. Madrid, España.

conclusión a la que llegó el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, en cuanto a que: *"la aprobación del tratado de la UPOV podría otorgar a terceros derechos exclusivos sobre semillas y especies vegetales, que los pueblos indígenas utilizan para cultivo, alimentación y medicina"*.

3.2.3 Sobre el concepto de "variedades esencialmente derivadas" del Convenio UPOV-91 y la extensión de los derechos del obtentor.

Un aspecto del Convenio UPOV que los documentos analizados omitieron considerar, es la notable modificación que el Acta de 1991 introdujo, en relación con el tratamiento que se le confiere a aquellas variedades que se consideren como *"derivadas"* de una variedad sometida a derechos de propiedad intelectual bajo las reglas de dicho Convenio.

De acuerdo con el numeral 14.5 los derechos de uso exclusivo que se le otorgan al titular de una variedad protegida, se extenderán también:

- "i) a las variedades derivadas esencialmente de la variedad protegida, cuando ésta no sea a su vez una variedad esencialmente derivada,*
- ii) a las variedades que no se distingan claramente de la variedad protegida de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7, y*
- iii) a las variedades cuya producción necesite el empleo repetido de la variedad protegida."*

Con base en esta disposición, se produce una considerable extensión de la cobertura de los derechos del obtentor, que resultaría especialmente negativa para la protección de los sistemas de mejoramiento tradicionales de las comunidades indígenas.

El problema no es únicamente que una variedad mejorada a través del conocimiento tradicional de estas comunidades puede ser objeto de apropiación directa o bien tomada como base para la introducción de algunas modificaciones, y posteriormente sometida a derechos de obtentor. A través del mecanismo contenido en el artículo 14.5 del Convenio UPOV-91 se amplía el alcance de estos derechos a todas aquellas variedades en uso por las comunidades indígenas y campesinas que se consideren como *"derivadas"* de la variedad protegida o que no se distingan claramente de aquella en los ambiguos términos del artículo 7, antes comentado.

A su vez, lo anterior implica que cualquier mejora que se obtenga sobre una variedad protegida, en marco de los sistemas de mejoramiento tradicional indígena, tendría que conllevar cambios importantes sobre el fenotipo (lo que, en muchas ocasiones, no ocurre en los sistemas de mejora campesinos e indígenas) ya que de lo contrario la nueva variedad también será absorbida por el derecho de uso exclusivo del obtentor. No está de más reiterar que estos sistemas de mejoramiento se caracterizan por un elevado nivel de diversidad genética en los cultivos y, por su naturaleza comunitaria, no persiguen como meta la concesión de derechos de propiedad intelectual.

4. De las limitaciones concretas de UPOV-91 sobre los derechos de las comunidades indígenas en relación con el uso y disposición de sus plantas y semillas.

En el Informe CON-052-2006, el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa llegó a una conclusión fundamental en relación con la implicaciones para las comunidades indígenas de la obligación de aprobar el Convenio UPOV-91 contenida en el Tratado que se tramita bajo el Expediente 16.047: **El citado Convenio impone limitaciones a los derechos con los que cuentan los agricultores en general y las comunidades indígenas en particular en relación con el libre acceso, uso y disposición de sus variedades de plantas y semillas.**

Tanto si se trata de semillas de variedades protegidas adquiridas por las comunidades indígenas, como de semillas criollas que han sido objeto de apropiación por obtentores o son consideradas como "*derivadas*" de variedades protegidas, lo cierto es que la aprobación del Convenio UPOV-91 implica una serie de limitaciones y restricciones sobre su facultad de usar, intercambiar, guardar, mejorar y reutilizar para futuras cosechas la semilla producto de propia cosecha. Una serie de limitaciones y restricciones que –y este es el punto central de esta discusión- **en la actualidad, NO pesan sobre las comunidades indígenas.**

Hoy en día, los derechos de las y los agricultores en general- incluidos los indígenas- en relación la utilización del fruto de su cosecha se rigen por lo dispuesto en los artículos 287 y 288 del Código Civil, según los cuales "*en virtud del derecho de usufructuar las cosas*" derivado del derecho de propiedad, "*pertenecen al propietario todos los frutos naturales, industriales y civiles que ellas produzcan ordinaria o extraordinariamente*" (artículo 287), siendo frutos industriales "*los que se obtienen por el trabajo o cultivo*" (artículo 288). Por su parte, el Convenio 169 de la OIT en sus numerales 14 y 15 establece un deber del Estado de establecer una protección especial sobre los derechos de las comunidades indígenas sobre los recursos existentes en los territorios que habitan.

El acta de 1991 del Convenio UPOV, además de limitar el derecho de agricultores, campesinos e indígenas a la libre disposición de las semillas de sus cosechas, a diferencia de la versión de 1978, excluye el derecho de estos a utilizar las semillas de una cosecha realizada con variedades protegidas para la siembra de cultivos posteriores.¹³

El artículo 14.1 de dicho Convenio establece que se requerirá la autorización del titular de un derecho de obtentor sobre una variedad vegetal protegida para realizar actos como la producción o la reproducción, la oferta en venta, la venta o cualquier otra forma de comercialización, la exportación o la importación y la posesión para cualquiera de los fines anteriores, sobre el material de reproducción de dicha variedad. Usualmente estas autorizaciones se denominan licencias y a cambio de su otorgamiento, los titulares de tales derechos exigen un pago en dinero o algún otro tipo de contraprestación.

El inciso 2 del mismo artículo 14 (en relación con el 16.1 inciso i) establece que la disposición anterior (requerimiento de autorización del obtentor para producir, reproducir, comercializar etc. una variedad protegida) se aplicará al producto de la cosecha de una de estas variedades, ya sean partes enteras o variedades de plantas (incluyendo frutos, raíces, semillas, etc.) obtenido por la utilización no autorizada de

¹³ Se trata de la negación de una "*costumbre ancestral*" de los agricultores, la de "*conservar semillas para la estación siguiente y de intercambiarlas con otros agricultores, aunque se tratase de variedades protegidas.*" GRAIN. "UPOV: Verdad y consecuencia." En: **Revista Biodiversidad**, No. 9-10 de diciembre de 1996, p. 29.

material de reproducción de la variedad, "*a menos que el obtentor haya podido ejercer razonablemente su derecho en relación con dicho material de reproducción o multiplicación*". (El énfasis y el subrayado no son del original)

Lo anterior significa que si agricultores indígenas han comprado semillas de variedades protegidas (y con ello pagado el costo incorporado de los derechos de obtentor de la empresa que las vendió) o bien, utilizado semillas criollas que han sido objeto de apropiación o se consideran como "*derivadas*" de variedades protegidas, y las utilizan en su actividad agrícola, no podrán volver a hacer uso de las semillas que se produzcan como fruto de su cosecha para nuevas siembras o para venderlas o intercambiarlas si no pagan una regalía al titular del "*derecho de obtentor*" u obtienen su autorización explícita para esto, a fin de obtener poder realizar cualquier acto de los mencionados con el producto de esa cosecha, incluyendo las plantas enteras y sus partes.

De esta forma, se limita el derecho de las comunidades indígenas a disponer libremente del fruto de su trabajo y se le otorga al titular de las variedades afectadas un derecho sobre el producto de la cosecha que éstas realicen con semillas producidas por ellas mismas en su siembra anterior. Se estaría obligando a los agricultores indígenas a escoger entre: **a)** abstenerse de utilizar dichas variedades y las que se consideren como "*derivadas*" de ellas; **b)** comprar únicamente semillas autorizadas por titular del "*derecho de obtentor*" para cada cosecha que realicen, sin poder utilizar las que produzcan a partir de una cosecha anterior; o **c)** pagar de forma permanente al titular del "*derecho de obtentor*" por su autorización para disponer de los frutos de cada una sus cosechas posteriores, realizadas con semillas producidas a partir de su propia cosecha. De no cumplir con estas disposiciones se expondrían a ser objeto de fuertes sanciones pecuniarias e incluso de naturaleza penal.¹⁴ La imposición de sanciones, podría darse incluso en casos en los que el "*uso no autorizado*" se dé como consecuencia de lo que se ha denominado con contaminación genética de los cultivos.¹⁵

Independientemente de las consideraciones que se puedan realizar sobre la conveniencia de las obligaciones establecidas en el Convenio UPOV-91, es innegable que, en tanto implican limitaciones a los derechos con los que actualmente cuentan las comunidades indígenas, son de consulta obligatoria de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. _

Como se explicará de seguido, la anterior conclusión alcanzada por el Departamento de Servicios Técnicos, en ningún momento ha sido refutada en los documentos remitidos por el Ministerio de Comercio Exterior y el señor Hernández.

4.1. Sobre las "excepciones" contenidas en el Convenio UPOV-91 y su ineficacia para proteger a las comunidades indígenas.

Uno de los principales argumentos esgrimidos por el COMEX, a efectos de desmentir la afectación que el Convenio UPOV-91 implicaría sobre los derechos de las comunidades indígenas en cuanto al uso y disposición de sus plantas y semillas, gira en torno a las "*excepciones*" sobre los derechos de obtentor que el citado Convenio contiene.

¹⁴ Siguiendo esta misma tendencia, Panamá promulgó en 2004 una ley por la cual se imponen de 2 a 4 años de prisión a quien atente contra los intereses de los "dueños" de obtenciones vegetales protegidas.

¹⁵ Uno de los casos más conocidos, culminó en mayo de 2004 con una sentencia de la Corte Suprema de Canadá en contra del agricultor canadiense Percy Schmeisser y a favor de la compañía Monsanto. Los cultivos de canola del primero habían sido contaminados desde otras plantaciones con una variedad transgénica que contiene un gene patentado por la empresa demandante. La Corte determinó que los derechos de patente de un gene se extienden a los organismos vivos en los que se encuentra, sea que hayan sido sembrados voluntariamente o transportados por el polen, las aves, el viento o cualquier otro medio.

En criterio de dicho Ministerio, tales excepciones impedirían que las obligaciones establecidas en el Convenio UPOV-91 produzcan una afectación a los derechos con los que actualmente cuentan los agricultores indígenas. Esto se daría porque el Convenio contempla, entre otras, una excepción conocida como "*privilegio del agricultor*", la cual, en su opinión, permitiría:

*"... que un país miembro puede decidir reconocer o no y en qué medida, las prácticas de los agricultores. Costa Rica en este sentido no es la excepción y en ese sentido da pie a incluir en la ley de implementación de la UPOV una excepción a favor del pequeño y mediano agricultor. **De esta manera no habría una afectación a las tradiciones del agricultor incluidas las de los pueblos indígenas**".* (El énfasis y el subrayado no son del original)

Sin embargo, del análisis del contenido y los alcances del texto del citado Convenio, de modo alguno, se puede concluir que no habrá tales afectaciones a los derechos y tradiciones de los pueblos indígenas.

4.2. Sobre la "excepción facultativa" del Convenio UPOV-91. La eventual aprobación de leyes que mitiguen las limitaciones impuestas a los pueblos indígenas no anula la existencia de tales limitaciones y el deber de consultarlas.

Servicios Técnicos concluyó que la obligación de aprobar el Convenio UPOV-91 implica una serie de restricciones sobre los derechos de las comunidades indígenas y que, por lo tanto, debe ser consultado a dichas comunidades. Esta conclusión jurídica no se modifica ante la posibilidad eventual de que la Asamblea Legislativa apruebe otras medidas legislativas con la intención de mitigar el impacto de las restricciones impuestas.

Sobre este punto, es necesario recordar el Acta de 1978 del Convenio UPOV, se contemplaban dos excepciones a los derechos exclusivos del obtentor: el derecho de un nuevo fitomejorador para utilizar libremente como fuente de variación la variedad protegida, y el "*privilegio*" del agricultor de volver a utilizar la semilla producida en su finca para uso propio exclusivamente. Pero ambas excepciones resultaron constreñidas de manera considerable en el Acta de 1991. En especial el "*privilegio del agricultor*", término que dejó de utilizarse con esas palabras y se transformó en una **excepción facultativa de los Estados**.

En efecto, el Convenio UPOV-91 no contempla dentro de las excepciones obligatorias al ejercicio de los derechos del obtentor (artículo 15.1) el derecho de los agricultores a utilizar las semillas de su cosecha para sus próximas cosechas ("*privilegio del agricultor*"), como sí lo hacía la versión de 1978. Únicamente, incorporó en su artículo 15, inciso 2, como una excepción facultativa, (es decir que queda sujeta a decisión de cada Estado su incorporación o no en la legislación interna) la posibilidad de "*permitir a los agricultores utilizar a fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación de la variedad protegida*".

Dado el carácter facultativo de esta "*excepción*", su adopción quedaría sujeta a un hecho futuro e incierto: la aprobación por la Asamblea Legislativa de legislación que la contemple. Sin embargo, el Estado Costarricense NO estaría obligado a incorporar dicha excepción en su ordenamiento jurídico.

Mientras tanto, las limitaciones a los derechos de los agricultores indígenas en cuanto a la libre disposición sobre las semillas de su cosecha, contenidas en el Convenio UPOV-91 sí pasarían a ser de carácter vinculante para Costa Rica, en caso de adoptarse la obligación de aprobar dicho Convenio contenida en el artículo 15.5.a) del TLC. En ese caso, entrarían en vigencia como regla general, con un rango superior a la ley.

En este sentido, aún cuando se admitiera que la excepción facultativa prevista en el Convenio UPOV-91 permite mitigar todos los efectos de tales limitaciones para los derechos de las comunidades indígenas (cosa que no ocurre), no existe ninguna garantía de que tal excepción será incorporada a nuestro ordenamiento. Su incorporación dependería exclusivamente de la voluntad política de las y los legisladores del periodo constitucional correspondiente, la cual podría existir o no.

En contraste, existe un hecho irrefutable: el Tratado que se tramita bajo el expediente legislativo 16.047 le impone a Costa Rica la obligación jurídicamente exigible de aprobar en un plazo perentorio (antes del 1 de junio de 2007) un Convenio Internacional (UPOV-91) que establece una serie de restricciones sobre los derechos de los pueblos indígenas. Las disposiciones de este Convenio tendrán, además, autoridad superior a las leyes, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política. De hecho, nótese que inclusive el COMEX implícitamente admite que sí podría producirse un impacto sobre los campesinos y los pueblos indígenas, impacto que, en su criterio, sería aminorado por las excepciones que eventualmente Costa Rica podría incluir en su legislación de implementación del Convenio UPOV-91.

Sin embargo, tal eventualidad no exime al Estado Costarricense de su deber de consultar a los pueblos indígenas la aprobación de normativa de carácter vinculante que afectará de forma directa sus derechos.

4.3. Las "excepciones" del Convenio UPOV-91 NO cubren todos los derechos de las comunidades indígenas que resultarían afectados por su aprobación.

El Convenio UPOV-91 enlista una serie de actos que los agricultores indígenas quedarían limitados de realizar sobre el producto de propia cosecha. Cada una de estas limitaciones constituye una reducción del ámbito de ejercicio de los derechos con los que hoy en día cuentan estas comunidades en relación con los recursos ubicados en sus territorios. Esta realidad no puede ser solventada mediante las excepciones previstas en el artículo 15 de ese Convenio, aún en el caso hipotético de que fueran adoptadas en su totalidad por el país, por la sencilla razón de que únicamente abarcan algunos de los actos que serían objeto de restricción en caso de obligarse Costa Rica a adoptar dicho instrumento internacional.

Efectivamente, aunque se aprobara una ley que adopte la excepción facultativa prevista en el Convenio de marras para permitir a los agricultores indígenas el "*privilegio*" de utilizar las semillas de su cosecha con fines de reproducción y multiplicación, persistiría, por ejemplo, la limitación que les impone UPOV-91 sobre la libre venta y el intercambio de las semillas de esa cosecha. Lo anterior, debido a que las excepciones del artículo 15 NO eliminan la restricción a la "*venta y cualquier otra forma de comercialización*" de material de reproducción de la variedad protegida.

Es indispensable recordar que el intercambio de semillas producidas a partir de la propia cosecha entre agricultores indígenas y campesinos, no es una actividad despreciable o marginal. Esta práctica milenaria, si bien no produce grandes ingresos económicos, es una de las principales fuentes de diversificación de la

actividad productiva, de obtención nuevas semillas y de mejoramiento de los cultivos. En buena medida es la fuente de la riqueza y diversidad genética de los sistemas agrícolas de estas comunidades.

No es casual que diversos estudios hayan concluido que hasta:

"el 80% de las semillas usadas por los agricultores en las zonas tropicales son obtenidas de sus propios predios e intercambiadas libremente con los vecinos. Estas practicas que permiten una circulación continua de la diversidad, constituyen un componente esencial de la estabilidad de los agroecosistemas, lo que equivale a decir, de la sustentabilidad en el largo plazo."¹⁶

Durante siglos los pueblos autóctonos de los países en desarrollo a través de sus métodos tradicionales de cultivo han contribuido a la conservación de la biodiversidad y a la preservación, mejoramiento, enriquecimiento y reproducción de los recursos fitogenéticos. Así, se ha reconocido que *"la biodiversidad no es un producto exclusivo de la naturaleza, la actividad humana de los pueblos indígenas ha sido invaluable en el mejoramiento de los cultivos y de la medicina tradicional"* al punto de que se ha llegado a afirmar que *"probablemente el cambio total genético logrado por los agricultores a lo largo de milenios ha sido mucho más importante que lo realizado en el último siglo por los esfuerzos sistemáticos de la ciencia."¹⁷*

Un factor esencial que ha hecho posible este proceso, es la facultad de los pueblos indígenas de circular, intercambiar e incluso vender en pequeña escala las semillas producidas en propia cosecha. El Convenio UPOV-91 limita esta facultad y no contempla excepciones –ni siquiera de carácter facultativo- que permitan resguardarla. Por tanto, debe ser consultado.

4.4. Las excepciones "reconocidas" en el TLC tampoco resuelven los problemas apuntados.

En el documento remitido por el COMEX (Punto 2), se destaca como una garantía adicional de un aparente resguardo de los derechos de las comunidades indígenas, el que en el texto del TLC (concretamente en una nota al pie de página del artículo 15.1.5.) se *"reconozcan"* las excepciones del Convenio UPOV-91 a los derechos de obtentor. También es necesario analizar esta afirmación en sus debidas y actuales dimensiones.

Como punto de partida, llama la atención que dicho Tratado únicamente haga referencia a la excepción aplicable a aquellos actos *"realizados en el marco privado y con fines no comerciales de los agricultores"* (artículo 15.1.i, UPOV-91), omitiendo considerar la existencia de la excepción facultativa antes comentada. Lejos de innovar en esta materia, tal omisión podría interpretarse como una restricción sobre los derechos de los agricultores indígenas, aún mayor que las exigidas por el mismo Convenio UPOV-91. Lo anterior, en tanto

¹⁶ GRAIN, op. cit. p.31.

¹⁷ Cabera Medaglia, Jorge. Derechos de propiedad intelectual y recursos genéticos. En: **Revista Judicial**, Año XIX, No.60, octubre de 1994, p. 106.

se entiendan reducidas a este único concepto las excepciones que las Partes reconocen o que, a partir del mismo, se abra una vía para interpretarlas de forma más restrictiva.

En el mejor de los escenarios, la evaluación correcta del significado de la citada disposición, sería, paradójicamente, la realizada por el Comité Asesor Funcional de la Industria de Estados Unidos (IFAC) que en su Reporte al Presidente de ese país concluyó:

"...el pie de página 1, que se relaciona con los derechos de los obtentores bajo el Convenio UPOV (1991), es simplemente una reiteración de las disposiciones pertinentes encontradas en UPOV y no agrega ninguna nueva obligación a ninguna de las partes de CAFTA".¹⁸

Lo que sí resulta claro es que de ninguna manera los derechos de las comunidades indígenas sobre las plantas y semillas de su propia cosecha, se reducen a la posibilidad de realizar actos en el ámbito privado y sin fines comerciales. Esta excepción que, por lo demás, se encuentra en cualquier legislación sobre patentes (al igual que la otra excepción del artículo 15 del Convenio UPOV-91 relativa a actos de experimentación o para crear nuevas variedades), ha sido entendida en el marco del citado Convenio como la facultad limitada de realizar actos para el consumo propio de los agricultores o de autoconsumo.¹⁹

Bastaría con que un agricultor indígena utilice semillas de una cosecha suya afectadas por el Convenio para volver a sembrar y vender el producto de la nueva cosecha en las ferias del agricultor o en un mercado artesanal, para que tales actividades queden excluidas de esta excepción. Si bien muchos agricultores indígenas destinan parte del producto de su cosecha para el consumo familiar, no es esta la única actividad que realizan, ni resulta admisible condenarlos a una economía de subsistencia. En todo caso, una decisión de tal envergadura de ser adecuadamente consultada.

Por último, el análisis del COMEX, también parece desconocer la experiencia de otros países como Bangladesh, India y el Grupo Africano de Naciones (anglófonos) que, en la elaboración de sus leyes nacionales en este campo, intentaron establecer excepciones a los derechos de obtentor más comprensivas de los derechos de los agricultores y pueblos autóctonos. Ninguna de estas opciones fueron aceptadas por la UPOV para obtener la membresía; en cambio sí se han considerado válidas aquellas leyes nacionales que subordinan los intereses públicos a los privados y condicionan severamente los derechos de los agricultores.

5. Conclusión: Impacto de la propiedad intelectual sobre los agricultores (indígenas y campesinos)

Queremos concluir este apartado, reafirmando lo ya dicho en el informe del Departamento de Servicios Técnicos. La propiedad intelectual sean derechos de obtentor o patentes:

- restringe el uso de material protegido a los fitomejoradores para la creación de nuevas variedades;

¹⁸ IFAC-3:13 op. cit.

¹⁹ Inclusive la excepción facultativa del artículo 15.2 del Convenio ha sido interpretada con este reducidísimo alcance. De hecho, esta es la orientación que sigue el proyecto de "*Ley de protección de obtenciones vegetales*" tramitado en la Asamblea Legislativa bajo el expediente No. 13.640, y que, según sus proponentes, se basa en la "*legislación tipo*" elaborada por la UPOV para desarrollar la aplicación del Convenio en cada país. En este proyecto, se establece que dicha excepción únicamente sería aplicable a la utilización por los agricultores de semillas de su cosecha con "*finés de producción para consumo en su propia explotación*" (artículo 15.2). Es decir, sólo se resguardaría la utilización de las semillas de la propia cosecha para autoconsumo de los agricultores y no para la reproducción y comercialización en el ámbito de su actividad agraria.

- anula prácticamente los derechos de los agricultores a guardar semilla para la siembra y el intercambio con otros agricultores;
- promueve el monopolio de empresas privadas (generalmente extranjeras) sobre las variedades de plantas;
- favorece la uniformidad de las especies provocando pérdida de biodiversidad;
- socava los escasos avances conseguidos para proteger los derechos de los pueblos sobre los recursos de biodiversidad;
- convierte en delito lo que antes eran derechos de los agricultores. Para el caso de las plantas, hay ejemplos de agricultores de países con leyes de propiedad intelectual vigentes, acusados y llevados a juicio por haberlas violado, aún cuando el hecho debiera haber sido al revés: los agricultores llevar a juicio a las empresas de plantas transgénicas por haber contaminado sus plantíos.

EL TLC, EL CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA (CDB) Y LOS DERECHOS INTELECTUALES COMUNITARIOS

1. Los derechos intelectuales comunitarios sui generis

El COMEX y el Licenciado Hernández nos recuerdan la existencia de los derechos intelectuales comunitarios contemplados en el Convenio de Diversidad Biológica y en la Ley de Biodiversidad No. 7788, así como de los mecanismos creados en esta Ley para proteger el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas. Se afirma que se trata de un sistema distinto al contenido en UPOV-91 y que sería el idóneo para proteger las variedades desarrolladas por estas comunidades. A partir de esta diferenciación se concluye que UPOV-91 no podría afectarlas.

Ambos documentos incurren en notables omisiones al analizar la relación entre UPOV-91 y los derechos intelectuales comunitarios sui generis contenidos en la Ley de Biodiversidad. Es cierto que se trata de sistemas distintos. Radicalmente distintos en cuanto a que estos últimos buscan proteger derechos comunitarios y no persiguen otorgar derechos exclusivos de propiedad. Sin embargo, de este hecho no se desprende la conclusión a la que arriban los críticos del Informe emitido por el Departamento de Servicios Técnicos. Sí, son sistemas diferentes, pero esto no impide que el objeto de protección de los derechos intelectuales comunitarios sui generis pueda ser cubierto por las normas de UPOV-91, como efectivamente ocurre. El que exista el régimen contenido en la Ley de Biodiversidad no es obstáculo para que el conocimiento tradicional y, en general, los bienes y derechos que este busca proteger sean afectados por dicho Convenio y las demás obligaciones impuestas en el TLC.

En los apartados anteriores analizamos las razones por las cuales ni los requisitos establecidos en UPOV-91 para otorgar derechos exclusivos sobre una variedad vegetales ni las "excepciones" a los derechos de obtentor contenidas en dicho instrumento, representan una protección que permita evitar que los derechos de las comunidades indígenas resulten directamente afectados. A continuación comentaremos la naturaleza de los Derechos intelectuales comunitarios sui generis y su radical diferencia con el sistema contenido en UPOV-91. Constataremos como los mecanismos contenidos en la Ley de Biodiversidad para la protección de estos derechos, lejos de ser una garantía –como afirma COMEX- ante la posibilidad de apropiación privada del conocimiento tradicional, también se encuentran directamente amenazados por obligaciones y disposiciones específicas contenidas en el texto del TLC.

1.1. Sobre la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales comunitarios

Podemos entender los Derechos Comunitarios como aquellos derechos que las comunidades locales y los pueblos indígenas poseen, tales como:

- derecho a reivindicar su papel en materia ambiental (mantenimiento de relaciones de equilibrio en ecosistemas a través de su uso sustentable y la conservación de sus elementos durante muchos años, incluyendo el mejoramiento y descubrimiento de usos de la biodiversidad como lo son los derechos comunitarios intelectuales sui generis);
- derecho al reconocimiento de la diversidad (de organización, cultura, régimen jurídico, cosmovisión tal y como es reconocido por el ordenamiento jurídico costarricense).²⁰

Los derechos comunitarios han sido calificados como derechos humanos de tercera generación dado su carácter colectivo, universal y de indivisibilidad e interdependencia. En este tanto, ya son parte del ordenamiento jurídico vigente que refuerza la tutela colectiva, a partir de enfoque que respeta y promueve la existencia de una diversidad cultural.

Estos Derechos Comunitarios se relacionan –y son constituidos a su vez- especialmente con los siguientes Derechos Humanos (siendo estos también derechos comunitarios):²¹

- Derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado: lo podemos encontrar en la Constitución Política de Costa Rica en su artículo 50, en el Protocolo de San Salvador en su artículo 11 y en el artículo 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre otros.
- Derecho a una vida digna: la vida tiene que darse en ciertas condiciones básicas que permitan la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano. No se limita al hecho físico de existir. La Declaración de Estocolmo recoge este principio al igual que el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 11), Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25);
- Derecho a la igualdad: en los diversos cuerpos normativos se sostiene que el ser humano nace libre y en igualdad de derechos y condiciones. Este derecho se encuentra tutelado en diversas disposiciones de Derechos Humanos. Excluye la discriminación y por lo tanto conlleva la obligación de adoptar medidas pertinentes para los grupos sociales discriminados;
- Derecho a la libertad de conciencia: es el derecho que poseemos todas las personas de tener nuestra propia visión del mundo y expresarla libremente. Este derecho se encuentra en el artículo IV de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre;

²⁰ Rojas Isaac. (2002) Propuesta jurídica dentro del proceso de definición de la naturaleza, alcances y requisitos de los derechos intelectuales comunitarios. Trabajo realizado para la Mesa Nacional Indígena. Mayo de 2002.

²¹ Tomado de: Rojas, Isaac. En defensa de la diversidad: Derechos Comunitarios y Biodiversidad en **Espacios**. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso), enero/junio 1999, pp.47-58

- Derecho al patrimonio cultural: la CDB y el Convenio 169 de la OIT protegen este derecho. En el caso de los Pueblos Indígenas su patrimonio cultural no es visto como un asunto de propiedad sino de responsabilidad individual y colectiva hacia las generaciones futuras;
- Derecho a la identidad cultural: en algunos países este derecho encuentra aplicación por medio de principios constitucionales o la ratificación de instrumentos de derecho internacional como la Declaración de Río o el 169 de la OIT. Es un principio que deriva de la democracia y puede considerarse como un derecho ligado al de libre expresión o como una de sus manifestaciones en el caso de no encontrar tutela jurídica directa.
- Derecho a la integridad cultural: significa el derecho que tienen las comunidades locales y Pueblos Indígenas a que su cultura y conocimiento tradicional no sea reproducido a gran escala sin contar con su consentimiento previamente informado. Este derecho y el anterior son derechos autónomos que desarrollan el derecho a la cultura. El artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el 14 del Protocolo de San Salvador, el 15 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales recogen este derecho. Los artículos 8 j) y 10 c) de la Convención de Diversidad Biológica se refieren a este tema ya que reconocen el aporte que las comunidades locales han brindado a través de la historia en la conservación, mejoramiento y adaptación de la diversidad biológica.
- Derecho a la autodeterminación: algunos de los convenios citados protegen directamente este derecho que consagra la libertad de las comunidades y Pueblos en determinar su condición política y económica. El Convenio 169 de la OIT en su artículo 7, el Protocolo de San Salvador en su preámbulo, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales en su artículo 1 recogen este derecho así como el artículo 1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.
- Derecho a la tierra: consagrado en los artículos 13 y 15 del Convenio 169 de la OIT, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Derecho a la propiedad colectiva: este derecho fundamental ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos como ya lo indicáramos. El artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos recoge este derecho.
- Derecho a la autonomía: es el derecho de autogobernar los asuntos internos y locales de las comunidades locales. El Convenio 169 en su artículo 6 acoge este derecho.
- Derecho al Desarrollo: este derecho es propio de los de tercera generación y por lo tanto encuentra estrecha vinculación a otros derechos colectivos como son el de contar con un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el de información y el de autonomía, entre otros.
- Derecho al conocimiento tradicional tal y como lo sostiene la Convención en Diversidad Biológica en su artículo 8 j), la Ley de Biodiversidad de Costa Rica y Convenio 169 entre otros.

1.2. Sobre la naturaleza, los alcances y los requisitos de los derechos intelectuales comunitarios

Los derechos comunitarios intelectuales sui generis son:

- Colectivos;
- Históricos;
- Perpetuos;
- Se basan en la cultura, tradiciones y prácticas de los Pueblos Indígenas y comunidades locales por lo que son históricos;
- Constituyen Derechos Humanos de tercera generación;
- No constituyen un derecho de propiedad sino que garantizan la pertenencia del conocimiento tradicional y el recurso asociado a los pueblos indígenas y las comunidades locales. Es así que no se impide el libre intercambio y almacenaje del recurso asociado al conocimiento tradicional por parte de las comunidades locales y los pueblos indígenas así como el derecho de reproducirlo a través de sus prácticas culturales;
- No garantiza derechos exclusivos sobre el conocimiento tradicional y el recurso asociado al mismo, ya que varias comunidades pueden ser titulares del mismo derecho comunitario intelectual.

Los principales alcances de estos derechos se pueden resumir de la siguiente manera:

- Reconocimiento de que la legislación dominante en materia de propiedad intelectual no es adecuada para la protección de los derechos que poseen tanto pueblos indígenas como comunidades locales con respecto a su conocimiento;
- Reconocimiento, derivado de la afirmación anterior, de que existen diversas culturas que exigen y necesitan de formas especiales de protección, por lo que debe aceptarse la multiculturalidad de nuestras sociedades;
- La protección del conocimiento tradicional se extiende al elemento de la biodiversidad al cual se asocia este conocimiento. Por lo tanto las comunidades locales y los pueblos indígenas poseen el derecho de control y decisión sobre el uso de esos recursos.
- Los pueblos indígenas y comunidades locales tienen derecho a utilizar, conservar y aprovechar el conocimiento tradicional y el recurso asociado de acuerdo a su cultura, prácticas y tradiciones por lo cual y debido a su naturaleza colectiva estos beneficios serán igualmente colectivos;
- Estos derechos son de aplicación nacional y a perpetuidad;
- No se utiliza el concepto tradicional de propiedad sino otro que hace referencia a la titularidad colectiva. Esto más bien se refiere al sentido de pertenencia que posee la comunidad local y el pueblo indígena: es una responsabilidad hacia la misma comunidad y pueblo y sus generaciones pasadas y futuras, como un aporte a la conservación de la biodiversidad y la obtención de soberanía alimentaria. De esta forma, el concepto de propiedad adquiere un contenido cultural, que no se enfoca solo en el mero objeto sino que lo trasciende.²²

Para el goce y titularidad de estos derechos tal y como lo sostiene la legislación nacional, no es necesario de acuerdo a lo expuesto, ningún tipo de requisito salvo aquellos que las tradiciones y prácticas culturales de las comunidades locales y pueblos indígenas han considerado como necesarios. Sin embargo para asegurar la aplicación de estos derechos resulta indispensable garantizar una serie de condiciones, componentes y principios²³. Las condiciones y componentes son:

- Territorio y elementos naturales con los cuales las comunidades locales crean y generan su cotidianidad: biorregiones y sus recursos naturales, entre ellos de manera especial, las semillas;
- La organización comunitaria debe ser legítima en la representación de los intereses de los pueblos indígenas y de las comunidades locales, es decir constituida de acuerdo a sus prácticas y costumbres culturales.²⁴
- Elementos culturales, que están íntimamente relacionados con el territorio, y a partir de los cuales se construye por ejemplo el conocimiento colectivo. Ejemplos de estos elementos son la semilla y su libre intercambio y acceso, plantas medicinales y otros recursos, y cosmovisiones;
- El carácter colectivo de las sociedades de pueblos indígenas;
- El carácter de herencia que las viejas generaciones dejan a las nuevas en diversas prácticas sociales y agrícolas.

²² Este concepto es muy distinto al contenido en UPOV-91.

²³ Tomado de: Rojas, Isaac. Op. cit

²⁴ Egziaber, Tewelde. (1996) A case for community right. Institute for Sustainable Development. Addis Ababa, Ethiopia.

1.3. Relación entre los derechos intelectuales comunitarios y los regímenes de propiedad intelectual

Estos derechos intelectuales comunitarios sui generis son derechos humanos colectivos cuya naturaleza es muy distinta a la naturaleza de disposiciones en materia de propiedad intelectual que tanto UPOV-91 como el TLC promueven.

Podemos ahondar más en lo anterior al afirmar que, en materia de propiedad intelectual, desde hace ya varios años en la OMC²⁵ se discute la temática relacionada al uso de mecanismos de propiedad intelectual (patentes y derechos de obtentor) como la vía para brindar protección a los derechos que dicen tener aquellos sujetos que realizan actividades relacionadas con la creación de nuevas variedades de plantas y animales. Dado el fuerte vínculo entre el conocimiento tradicional y la propiedad intelectual, también se han discutido relación de estas cuestiones en otros foros internacionales. En la gran mayoría de foros oficiales, la participación de los principales afectados –comunidades locales y pueblos indígenas- no ha existido. Sin embargo, cada vez aumenta más la conciencia sobre la erosión de los derechos intelectuales comunitarios sui generis y su impacto en los recursos de la biodiversidad que estos grupos poseen.

Así por ejemplo, el Dr. Palamagamba J. Kabudi de la Universidad de Dar es Salaam, Tanzania, manifestó en un seminario sobre el conocimiento tradicional de pueblos indígenas que el régimen de ese país en materia de propiedad intelectual no es adecuado para la protección del conocimiento tradicional de las comunidades locales y por lo tanto tiene que ser revisado:

"Los tipos de derechos que ocupa Tanzania no son aquellos derechos de propiedad intelectual que por motivos comerciales monopolizan lo que les pertenece a las comunidades, son aquellos derechos que reconocen y protegen la vida y el entorno de estas comunidades locales".²⁶

Esta misma conclusión es afirmada por GRAIN al sostener que *"los derechos de propiedad intelectual conceden a los obtentores vegetales o quienes claman por haber descubierto o desarrollado una nueva variedad de planta, un derecho exclusivo y monopolístico en relación a la semilla."²⁷*

²⁵ Esta misma tendencia la encontramos en la negociación de tratados comerciales bilaterales en América Latina donde se va más allá de lo dispuesto en el ADPIC de la OMC. Igualmente, en estos tratados como ya vimos anteriormente, a la bioprospección de se le considera "servicio" con los impactos sobre los derechos comunitarios.

²⁶ Zephania Ubwani. **Laws to protect indigenous knowledge, innovations needed.** The Guardian. IPP Media. Dar es Salaam. March 15, 2003.

²⁷ GRAIN. Farmers' privilege under attack. June, 2003. www.grain.org

Al brindar los derechos de propiedad intelectual –patentes o derechos de obtentor-, un monopolio en relación al recurso biológico –planta o semilla por ejemplo- entra en confrontación con los derechos intelectuales comunitarios, que basados en la historia sostienen lo contrario, tal y como ha sido discutido en diversos foros alrededor del mundo:

*"Entrar en la pelea de los "derechos" de la propiedad intelectual es una trampa. El concepto de la propiedad no es de los Indígenas - no somos propietarios de las plantas o animales. Sino, pertenecemos y somos los guardianes de los seres vivos en el mundo natural, y tales como, no les podemos vender."*²⁸

Lo anterior, encuentra igualmente sustento en jurisprudencia internacional sobre derechos humanos. Como complemento a lo expuesto sobre la necesidad de consulta a los pueblos indígenas dado el impacto negativo que provoca UPOV-91 y el TLC sobre los Derechos Intelectuales Comunitarios Sui Generis y por constituir una afrenta a su cosmovisión (artículo 7 del Convenio 169), se debe recordar que:

"Más recientemente, en el *Caso Mary y Carrie Dann*, citando la extensa jurisprudencia internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó que *"los principios de derecho internacional generalmente reconocidos aplicables en el contexto de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas"* (traducción no oficial) incluyen:

- *El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus diversas y específicas formas y modalidades de control, propiedad, uso y disfrute de territorios y propiedades;*
- *El reconocimiento de su propiedad y dominio sobre las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente ; y*
- *Cuando los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas proceden de derechos preexistentes a la creación de los Estados, éstos deberán reconocer dichos títulos como permanentes e inalienables. Dichos títulos sólo serán modificables de común acuerdo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo, con pleno conocimiento y comprensión por éstos, de la naturaleza y atributos de dicha propiedad.*
- *Esto implica asimismo, el derecho a recibir indemnización justa en el caso de que los pueblos indígenas pierdan dichos derechos de propiedad y uso irrevocablemente."* (Traducción no oficial)²⁹.

Tal y como lo ha expuesto Fergus MacKay en relación con los derechos territoriales:

"El derecho internacional exige que los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad y demás derechos sobre sus tierras, territorios y recursos sean legalmente reconocidos y respetados, incluyendo la titulación, demarcación y medidas que garanticen su integridad. Estos derechos se encuentran protegidos bajo el derecho internacional y vinculados a una serie de otros derechos, incluyendo la prohibición general de discriminación racial, el derecho a la propiedad, el derecho a la integridad cultural, y forman parte integral del derecho a la libre determinación."

El Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH), en relación al Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) ha declarado que:

²⁸ Agave. **Acerca de los temas de privatización de la naturaleza.** Cumbre indígena y Foro Social de las Américas. Quito, Ecuador. Julio de 2004. Noviembre, 2004.

²⁹ Mac Kay, Fergus. (2000) **Enfrentándose a los Errores del Pasado: Pueblos Indígenas y Áreas Protegidas: el Derecho a la Restitución de Tierras y Recursos.**

"El derecho a la libre determinación requiere, inter alia, que todos los pueblos gocen del derecho a la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales y no sean privados de sus propios medios de subsistencia (Artículo 1(2)) . . . Asimismo, el Comité recomienda abandonar la práctica de la extinción de los derechos inherentes de los aborígenes, debido a que resulta incompatible con lo dispuesto bajo el Artículo 1 del Pacto." (traducción no oficial)

El Artículo 27 del PIDCP protege los derechos lingüísticos, culturales y religiosos y, en el caso de los pueblos indígenas, incluye, entre otros, los derechos a las tierras y recursos, subsistencia y participación. (...) Al llegar a esta conclusión, el CDH *"reconoció que las actividades de subsistencia de los pueblos indígenas y demás actividades económicas tradicionales constituyen una parte integral de su cultura, y cualquier interferencia con dichas actividades puede perjudicar su integridad cultural y supervivencia. Por necesidad, la tierra, los recursos naturales base y el medio ambiente también requieren ser protegidos si se quiere salvaguardar las actividades de subsistencia."*³⁰

Por todo lo anterior, es claro que la obligación de suscribir UPOV-91 y la eventualidad de conformar un sistema de patentes sobre plantas en Costa Rica contempladas en el TLC tendrían implicaciones directas respecto a la forma en que los pueblos indígenas se relacionan con la biodiversidad y sobre el conocimiento que al respecto han desarrollado, igualmente sobre las condiciones en que podrían ejercer plenamente sus derechos comunitarios sui generis. Todo esto amerita la necesidad de consultar el TLC a las comunidades indígenas.

³⁰ Mac Kay, Ferguson. Op. cit.

2. El TLC ignora la importancia del CDB

Al contrario de lo señalado en los documentos consultados, lo cierto es que el TLC no reconoce la relevancia del CDB y la normativa que lo desarrolla como la Ley de Biodiversidad, ni contempla mecanismos eficaces que puedan permitir resguardar las disposiciones de esta importante normativa frente a los posibles conflictos que se podrían presentar, tanto en el marco de la obligación de aprobar el Convenio UPOV-91 como de otras obligaciones contenidas en ese Tratado.

En el artículo 17.12 del Capítulo 17 “Ambiental” del TLC se fijan los criterios de interpretación sobre la relación del TLC con los acuerdos internacionales ambientales. De acuerdo con esta disposición, las Partes “reconocen” que los acuerdos multilaterales ambientales “*juegan un papel importante en la protección del ambiente a nivel global y nacional*” y se buscarán los medios para aumentar “*el apoyo mutuo a estos acuerdos*”. Sin embargo, estos compromisos **sólo** se asumen respecto a aquellos acuerdos **de los que todos los Estados firmantes del TLC son Parte**. De más está recordar que el CDB de 1992 es un acuerdo multilateral de naturaleza ambiental que no ha sido aprobado por el Gobierno de los Estados Unidos, por que estaría quedando excluido de estas disposiciones.³¹ Lo mismo sucede con el Convenio 169 de la OIT, ya que tampoco este ha sido aprobado por todas las Partes del TLC.

Algo similar ocurre con el tratamiento que se le da en el marco del TLC a la Ley de Biodiversidad y a las Normas de Accesos a los Recursos Genéticos y Bioquímicos derivadas de esta.³² Si bien el Capítulo 17 reconoce el derecho de las Partes a aplicar sus legislación ambiental, la definición de “*legislación ambiental*” aplicable para el TLC excluye de este concepto toda aquella norma o regulación “*cuyo objeto principal sea la regulación de la recolección o explotación comercial de los recursos*”, así como “*la recolección indígena de recursos naturales*” (artículo 17.13).³³

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico costarricense no cabe duda de que Ley de Biodiversidad es parte integral de nuestra legislación ambiental. Dentro de esta Ley se encuentran las normas que regulan los permisos para el acceso y explotación de los elementos de la biodiversidad. Estas normas persiguen objetivos que, aunque vinculados con lo ambiental, van mucho más allá de la protección al ambiente, como la tutela de los derechos culturales de las comunidades indígenas, los derechos comunitarios *sui generis*, la distribución equitativa de beneficios del CDB, entre otros. Sin embargo, por la definición de “*legislación ambiental*” en el TLC, dichas normas estarían quedando excluidas, en tanto precisamente regulan los procedimientos el acceso y explotación de recursos naturales. En este sentido, los mecanismos a los que COMEX se refiere –Ley de Biodiversidad y demás normativa de acceso a recursos genéticos y bioquímicos– serían considerados en la aplicación del TLC como legislación de carácter comercial, no ambiental, lo que debilita aún más la capacidad de los pueblos indígenas de hacer valer su aplicación en caso de conflicto con lo dispuesto en ese Tratado.

Como resultado de lo anterior, cualquier afectación al efectivo cumplimiento del artículo 8 inciso j) de la Convención en Diversidad Biológica –al que tanto Hernández como COMEX hacen alusión– con motivo, por ejemplo, de la aplicación del Convenio UPOV-91, ni siquiera calificaría como un incumplimiento de la legislación ambiental del país en el marco del Tratado.

³¹ De hecho, mientras que en el Capítulo sobre Propiedad Intelectual se le impone la obligación – con todo y plazo de cumplimiento– a los países centroamericanos de aprobar, entre otros acuerdos internacionales, el Convenio UPOV-91; en el Capítulo Ambiental no se trata bajo los mismos parámetros a los Estados Unidos en relación con la necesidad de aprobación del CDB.

³² Reglamentado en las **Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad**, Decreto Ejecutivo No. 31514-MINAE.

³³ Se trata de la única disposición del TLC donde se hace referencia expresa a las actividades que realizan las comunidades indígenas. Lamentablemente, no es para fortalecer la protección de sus derechos.

3. El TLC ignora derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el CDB

La incorporación al ordenamiento jurídico costarricense del Convenio de Diversidad Biológica de 1992,³⁴ representó un avance crucial en los esfuerzos nacionales por proteger nuestra valiosa biodiversidad y garantizar que el acceso a los elementos que la componen y su aprovechamiento se realicen en armonía con los derechos de las comunidades campesinas e indígenas, que durante siglos la han preservado.

La consecución del consenso internacional para la firma del CDB no fue sencilla, ni lo es hoy en día cuando se debate intensamente sobre los mecanismos para su implementación y los diversos factores que la obstruyen. Implicó un delicado equilibrio entre los intereses de los países desarrollados y los países en vías de desarrollo. Estos últimos podrían permitir el acceso a los recursos de su biodiversidad, pero a cambio aquellos reconocían y respetaban los derechos de las comunidades locales en relación con estos recursos y se comprometían a cumplir con una serie de requisitos para poder materializar dicho acceso. Como parte de tales requisitos se encuentran el consentimiento informado de las comunidades involucradas, la protección del conocimiento tradicional y el establecimiento de términos equitativos de distribución de los beneficios obtenidos.

³⁴ Aprobado mediante la Ley No. 7416 del 28 de julio de 1994.

*"El consentimiento previamente informado (CPI) ...surge del derecho de autodeterminación y propiedad colectiva de los territorios y otorga el derecho a ser consultados, negociar proyectos y vetar los mismos. Se puede encontrar en disposiciones de la legislación filipina, el Convenio 169 de la OIT, el principio 10 de la Declaración de Río y la parte IV de la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Este tiene que ser obtenido según sus leyes ancestrales, debe de tener difusión previa para lo cual debe utilizarse varios medios manifestando todo de lo que se trata la consulta. El rol del gobierno no tiene que ser solo de facilitador sino de asegurar que el consentimiento se dio en forma previa, libre y bajo condiciones de respeto a tradiciones y leyes ancestrales. Si el proyecto para el cual se otorgó el CPI, es modificado, debe darse un nuevo proceso de CPI."*³⁵

Este instrumento destinado al fortalecimiento de otros Derechos Comunitarios (sobre los territorios, cultura, forma de organización), podría constituirse en una herramienta que, bajo ciertas circunstancias, lograría asegurar mecanismos de información y participación de las comunidades locales y los pueblos indígenas en la decisión de si se concede o no el acceso a determinados recursos de la diversidad biológica o cultural (esto se aplica a cualquier otra actividad).

³⁵ Emily, Manuel. The free and Prior Informed Consent: recreating and existing tool por Empowerment in the Philippines. **Natural Resources Law Journal**. vol. 12, number 1, december 2004

También en el marco de la CDB se han venido impulsado desde 1999, intensas negociaciones en materia de acceso a recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios derivados, en especial bajo el lema de combatir la la piratería sobre los elementos de la biodiversidad y el conocimiento tradicional o "biopiratería". Estas negociaciones se fundamentan en otro de los objetivos de la CDB, que sostiene que debe haber una *"participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada."* Este puede ser el objetivo de la CDB más debatido en los últimos años.

Sin embargo, en ambos casos los resultados obtenidos han sido dispares y limitados. Esta conclusión es particularmente clara en el ámbito de los derechos de pueblos indígenas y comunidades locales contenidos en el CBD. La consolidación de los Derechos Comunitarios regulados en el artículo 8 j) de dicho Convenio ha quedado relegada frente a las presiones por consolidar sistemas de patentes y similares de derechos propiedad intelectual, incompatibles con tales derechos.

De hecho, cada vez son más y mayores las voces alrededor del mundo, tanto en círculos oficiales y de expertos como desde las organizaciones sociales que plantean la existencia de una serie de conflictos y contradicciones entre la realización efectiva de los objetivos centrales del CBD y el establecimiento de sistemas de propiedad intelectual sobre plantas y formas de vida superiores del tipo de UPOV-91. Estas contradicciones se han agudizado con la fuerte irrupción de acuerdos bilaterales de inversiones y comercio (TLC) que presionar por obligar a los países en desarrollo ricos en biodiversidad para que adopten tales sistemas, al margen de las discusiones existentes en los foros multilaterales. A su vez estos Tratados introducen restricciones adicionales que conspiran contra la capacidad real de los Estados para evitar que los principios del CBD se reduzcan a simples declaraciones de buenas intenciones.³⁶

4. El TLC debilita el cumplimiento de los principios del Convenio de Diversidad Biológica

No sólo se trata de que el TLC carece de disposiciones efectivas para garantizar el resguardo de los objetivos del CBD y sus mecanismos de protección a los derechos de los pueblos indígenas, ante el impacto de las obligaciones que dicho Tratado impone como la de aprobar el Convenio UPOV-91. Además, en el TLC se establecen otras obligaciones que debilitarían la capacidad del Estado Costarricense de hacer cumplir en la práctica estos objetivos. Dichas obligaciones también afectarían los derechos de las comunidades indígenas relacionados con la tutela del conocimiento tradicional.

La Ley de Biodiversidad es el principal instrumento jurídico por cuyo medio nuestro país buscó hacer efectiva su tutela, a través de medidas como: la obligación de presentar un certificado de origen como condición para presentar una solicitud de patente, el derecho de los pueblos indígenas y comunidades locales de oponerse a cualquier acceso a los materiales biológicos o a los conocimientos de sus territorios por razones culturales, espirituales, sociales, económicas o de otro tipo, y el poder de un funcionario técnico especial de vetar cualquier patente o derecho de obtentor de variedades vegetales que infrinja la ley.

Aunque el texto del TLC no contiene referencias directas al conocimiento tradicional indígena, sí se establecen una serie de obligaciones adicionales que obstaculizarían la aplicación de las políticas nacionales dirigidas a su protección. Algunas de las disposiciones descritas son:

4.1. Restricción a la capacidad del Estado para exigir certificados de "divulgación de origen" como requisito para otorgar patentes (Capítulo 15, Propiedad Intelectual, artículos 15.9.9 y 15.9.10)

El COMEX señala dentro de las garantías que supuestamente impedirían la apropiación a través de derechos de obtentor de los conocimientos y recursos de las comunidades indígenas, el que las solicitudes de propiedad intelectual sobre invenciones que involucran elementos de la biodiversidad deban ser consultados a la Oficina Técnica de la Comisión Nacional de Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO) y aportar siempre el "*certificado de origen*" de esos elementos (artículo 80, Ley 7788).

³⁶ Existe una gran cantidad de bibliografía sobre la relación contradictoria entre las negociaciones comerciales y ambientales. Entre otros, puede consultarse la serie de documentos "Conflictos entre Comercio Global y Biodiversidad" www.grain.org o bien acudir a www.biodiversidadla.org

Esta normativa es concordante con los esfuerzos que, desde hace ya varios años viene realizando los países en desarrollo que forman el "Grupo de países Megadiversos"³⁷ en foros internacionales multilaterales como la OMC, el CBD y la OMPI, con la finalidad de ampliar los requisitos de divulgación para la concesión de patentes establecidos en convenios sobre propiedad intelectual como el ADPIC, a efectos de incluir el certificado de origen de los elementos de la biodiversidad utilizados en la "innovación" que se pretende patentar. Esto último, con el objetivo de contribuir a combatir la "biopiratería".

Sin embargo, las normas citadas de la Ley de Biodiversidad y los esfuerzos realizados por estos países, se encuentran seriamente amenazados por las disposiciones sobre la materia contenidas en el Capítulo de Propiedad Intelectual del TLC. En los artículos 15.9.9 y 15.9.10 de dicho Capítulo se limita la capacidad de los Estados signatarios de exigir requisitos adicionales en términos de "divulgación" de las invenciones patentadas (como el "certificado de origen" del material utilizado o el consentimiento informado) a efectos de determinar que la divulgación de esa invención cumple con el requisito de ser "suficientemente clara y completa", exigido para inscribir una patente.³⁸

De acuerdo con diversos expertos en el tema³⁹, una de las condiciones clásicas impuestas a los solicitantes de patentes a cambio de los derechos exclusivos de mercadeo, es divulgar los detalles de la invención "de manera suficientemente clara y completa para que las personas capacitadas en la técnica de que se trate puedan llevar a efecto la invención", tal como lo señala el artículo 29 del ADPIC. No obstante, el TLC reformula la redacción de esta cláusula, de manera que la entrega de "información que permite que la invención sea efectuada o utilizada por una persona diestra en el arte, sin experimentación indebida" se convierte en la **única condición exigible**, para dar por satisfecho el cumplimiento del requisito de divulgación de la invención. De hecho, se establece la **obligación** de los Estados Partes de proceder de esta manera.

Un país "megadiverso" como Costa Rica, por lo tanto, no podría agregar más condiciones tales como la divulgación de origen de un elemento bioquímico o una prueba de que exista consentimiento informado previo de pueblos indígenas. Dentro del TLC, la falta de indicación del origen de un vegetal o de la prueba que demuestre el consentimiento de una comunidad local para su utilización, nunca constituiría un argumento para rechazar una solicitud de patente. Es más, la exigencia de tales condiciones por parte de un Estado podría interpretarse como una violación de las obligaciones asumidas en el Tratado.

Esto no es por accidente. Es el resultado de presiones muy fuertes de las industrias biotecnológicas y farmacéuticas. En su evaluación del TLC entre EEUU y Australia, cuya negociación culminó apenas antes de la del TLC entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, el principal grupo asesor de empresas en materia de propiedad intelectual del gobierno de los Estados Unidos, que representa a las grandes corporaciones de estas industrias, dijo al Representante Comercial de los Estados Unidos:

³⁷ El Grupo de Países Megadiversos Afines fue creado en 2002 como "como un mecanismo de consulta y cooperación para promover nuestros intereses y prioridades relacionados con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica" especialmente con relación a la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes del uso de la biodiversidad. Sus miembros son Bolivia, Brasil, China, Costa Rica, Colombia, República Democrática del Congo, Ecuador, India, Indonesia, Kenya, Madagascar, Malasia, México, Perú, Sudáfrica, Filipinas y Venezuela. Ver <http://www.megadiverse.org>.

³⁸ Ver TLC Artículos 15.9.9 y 15.9.10: "Cada Parte establecerá que la divulgación de una invención reclamada debe considerarse que es suficientemente clara y completa si proporciona información que permite que la invención sea efectuada o utilizada por una persona diestra en el arte, sin experimentación indebida, a la fecha de la presentación. Cada Parte proveerá que una invención reclamada está suficientemente apoyada por su divulgación, cuando esa divulgación le indique razonablemente a una persona diestra en el arte que el solicitante estuvo en posesión de la invención reclamada a la fecha de su presentación".

³⁹ Morin, Jean-Frederic. (2004). **The Future of Patentability in International Law according to the CAFTA**. Unisfera, Centre International. www.unisfera.org

*"Los Estados Unidos deberían aprovechar la oportunidad de futuras negociaciones de TLCs para aclarar que no pueden imponerse a los solicitantes de patentes otros requisitos de divulgación que los del artículo 29 del ADPIC. Tal disposición prohibiría explícitamente a los países imponer requisitos de divulgación especial con relación al origen de los recursos genéticos, o argumentos comparables que podrían ser utilizados como base ya sea para negar el otorgamiento de la patente o invalidarla."*⁴⁰

No está de más aclarar, que las limitaciones descritas constituyen una afectación directa a los derechos de los pueblos indígenas en cuanto a la protección del conocimiento tradicional. Aún cuando no se lleguen a establecer en el país patentes sobre plantas, esta restricción a la capacidad del Estado de exigir "certificado de origen" de los elementos de la biodiversidad utilizados para producir una invención aplicaría de pleno derecho, por ejemplo, para el trámite de patentes sobre "invenciones" relacionadas con otros usos de la biodiversidad como la producción de nuevos medicamentos o de artículos para la salud en general. Áreas donde la "biopiratería" sobre el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas también es una realidad cotidiana, ampliamente documentada.

4.2.- El acceso a la biodiversidad y a sus elementos bioquímicos y genéticos como una "inversión" y un "servicio comercial", afectados por las obligaciones de los Capítulos 10 Inversiones y 11 Comercio Transfronterizo de Servicios

También en estos capítulos el TLC contiene disposiciones que afectan la capacidad nacional para proteger el conocimiento tradicional de los pueblos autóctonos y controlar el acceso y uso de los elementos de la biodiversidad para que respondan a los principios enunciados en el CDB. Aunque sus implicaciones son

⁴⁰ Informe del Comité Asesor Funcional de la Industria sobre Derechos de Propiedad Intelectual para los Asuntos de Política Comercial (IFAC-3). **The US-Australia free trade agreement (FTA): The intellectual property provisions.** Washington DC, 12 de marzo de 2004.

http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Reports/asset_uploaded_file813_3398.pdf

ignoradas por los documentos analizados, constituyen motivos adicionales que refuerzan la necesidad de que el Expediente No. 16.047 sea consultado a los pueblos indígenas.

De aprobarse el TLC, las comunidades indígenas de Costa Rica se enfrentarían a que importantes disposiciones de la Ley de Biodiversidad puedan recibir calificativos como "*obstáculos al comercio*", "*impedimentos indebidos a la inversiones*", "*restricciones al acceso a mercados*" o "*requisitos de desempeño prohibidos*"; y por ende como violatorios de una norma de rango superior.⁴¹

Es indudable que el acceso a los elementos de la biodiversidad es una actividad sumamente sensible y compleja que involucra una serie de intereses, valores y derechos de superior jerarquía que los intereses puramente mercantiles. Por tales motivos, parecería que no puede ser tratada como una simple actividad comercial más.

Pero, de acuerdo con el TLC, la bioprospección sobre los elementos de la biodiversidad califica como un servicio sometido a las reglas de libre mercado. También es considerada como una inversión de las empresas que la realizan. A pesar de su particular naturaleza e importancia, no se le eximió de las obligaciones contenidos en los capítulos 10 y 11.

El Tratado utilizó el enfoque de "*listas negativas*" para determinar cuales actividades se encuentran sometidas a las obligaciones de los Capítulos 10 y 11 y cuales no. Según este sistema tales obligaciones les son aplicables a todos los servicios e inversiones, salvo los que se encuentren expresamente mencionados en las listas de exclusiones o reservas (Anexos de "*Medidas Disconformes*" I y II) y únicamente para aquellas obligaciones sobre las que a su vez, expresamente se diga que quedan excluidas. En sentido contrario, todas aquellas normas del país relativas a un determinado servicio o inversión que no estén listadas expresamente deben ser "conformes" con el tratado.

En la lista correspondiente a Costa Rica del Anexo I, se constata que en materia de "*servicios de investigación científica y bioprospección*" nuestro país solamente reservó una disposición del artículo 63 de la Ley de Biodiversidad que establece el requisito de que todo bioprospector extranjero debe nombrar un representante local con residencia en el país.⁴² Además de un reconocimiento tácito de que el acceso a la biodiversidad es una actividad afectada por las obligaciones de los capítulos 10 y 11; en términos jurídicos, la omisión de reservar otras normas significa que el resto de la legislación nacional que regula la materia queda sujeta a ser impugnada, en caso de calificarse como incompatible con el TLC.

4.2.1. La bioprospección como servicio comercial.

El tratamiento de la bioprospección como un "*servicio*" sometido a las reglas del Capítulo 11, implica que todas las regulaciones contenidas en las leyes nacionales sobre el tema deben ser compatibles con las obligaciones impuestas en dicho capítulo.

Lo anterior afectaría lo establecido en la Ley de Biodiversidad, que en sus artículos 65 y 66 regulan el consentimiento informado de las comunidades indígenas como requisito previo al acceso a elementos de la biodiversidad ubicados en sus territorios y su derecho a oponerse a estas solicitudes por diversos motivos:

"ARTÍCULO 65.- Consentimiento previamente informado. *La Oficina Técnica deberá prevenir a los interesados de que, con la solicitud para los distintos tipos de acceso a elementos de la*

⁴¹ Para una discusión sobre cómo podrían ser tratadas las actividades de bioprospección conforme las normas de inversión de los TLC, ver: Correa, Carlos. **Tratados Bilaterales de Inversión: ¿Agentes de nuevas normas mundiales para la protección de los derechos de propiedad intelectual?**. Agosto de 2004, disponible en: <http://www.grain.org/briefings/?id=187>

⁴² Ver Anexo I, Programa de Costa Rica, página I-CR-29. En efecto, esta norma es incompatible con la obligación de "Presencia Local" contenida en el artículo 11.5 del TLC.

biodiversidad, deberán adjuntar el consentimiento previamente informado, otorgado por el propietario del fundo donde se desarrollará la actividad o, por la autoridad de la comunidad indígena cuando sea en sus territorios y el Director del Área de Conservación.

ARTÍCULO 66.- Derecho a la objeción cultural. *Reconócese el derecho a que las comunidades locales y los pueblos indígenas se opongan al acceso a sus recursos y al conocimiento asociado, por motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole."*

Estas disposiciones resultan difíciles de armonizar con obligaciones que se le imponen al país en el Capítulo 11. En el artículo 11.4.a "*Acceso a Mercados*" se dispone que el Estado Costarricense no podrá regular o restringir el número de proveedores de un determinado "*servicio*", incluso "*mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas.*" Es decir, no se aceptan los estudios sobre necesidades económicas como motivo para restringir el número de prestadores de un servicio, mucho menos, objeciones de naturaleza cultural, espiritual o social.⁴³ De hecho, en ninguna parte del TLC, ni en los anexos de reservas a las obligaciones de los Capítulos 10 y 11 ("*Medidas Disconformes*" I y II) ni en las "*excepciones generales*" del Capítulo 21 "*Excepciones*" se encuentran disposiciones dirigidas a resguardar frente a las obligaciones de estos capítulos las actuaciones del Estado Costarricense dirigidas a proteger el conocimiento tradicional, los derechos culturales o el patrimonio cultural y arqueológico.

En consecuencia, si una comunidad indígena deniega su consentimiento para que un tercero tenga acceso a los recursos bajo su custodia, este podría impugnar dicha decisión como una violación de las obligaciones del país de brindarle libre acceso al "*mercado de servicios de bioprospección*".

Como ya se dijo, el caso de los pueblos indígenas el consentimiento informado sobre el acceso a la biodiversidad se encuentra estrechamente ligado con los derechos de participación e información tutelados por el Convenio 169 de la OIT. Con mucho más razón, cualquier medida o norma susceptible a afectar su ejercicio debe ser debidamente consultada.

4.2.2. La bioprospección como una "*inversión cubierta*".

Como se adelantó, el TLC también permite que el acceso a la biodiversidad sea concebido como una "*inversión*" y los permisos para llevar a cabo este como "*autorizaciones o acuerdos de inversión*" (Ver

⁴³ Lo anterior se complementarían con lo dispuesto en el numeral 11.8.2.b "*Reglamentación Nacional*" según el cual, con el objeto de asegurar que sus procedimientos para el trámite de licencias no se conviertan en "*obstáculos innecesarios al comercio de servicios*" el país deberá asegurar que tales medidas "*no sean más gravosas que lo necesario para asegurar la calidad del servicio*".

definiciones respectivas del artículo 10.28). Las consecuencias de tal conclusión también son muy serias. La principal es que se abre la posibilidad de que aspectos medulares de la legislación nacional sean cuestionados bajo el alegato de que contravienen las obligaciones que al país se le imponen en el Capítulo de Inversiones.

En armonía con los acuerdos alcanzados en el marco del CDB (artículo 16) sobre distribución de los beneficios obtenidos a partir del uso de la biodiversidad, la Ley No. 7788 establece, como un requisito básico para otorgar cualquier permiso de bioprospección, la fijación previa de:

“Los términos de transferencia de tecnología y distribución equitativa de beneficios, cuando los haya, acordados en los permisos, convenios y concesiones, así como el tipo de protección del conocimiento asociado que exijan los representantes del lugar donde se materializa el acceso”(artículo 63, inciso 3).

No cabe duda que la norma trascrita resulta incompatible con la prohibición contenida en el Capítulo 10 del TLC de exigir *“requisitos de desempeño”* a las empresas extranjeras que operan en el país. Dentro de lo que se le prohíbe a Costa Rica se encuentra el asociar la autorización de una inversión al cumplimiento de requisitos de transferencia de tecnología o conocimientos a las empresas o personas nacionales (artículo 10.9.1.f).

Por lo tanto, cualquier intento del Estado por desarrollar estrategias para combatir la dependencia tecnológica, a través de exigirle a una empresa interesada en acceder a la biodiversidad ubicada en territorios indígenas que cumpla con determinadas condiciones de transferencia de tecnología a las comunidades que habitan estos territorios, podría ser invocada como una violación del Tratado afectando así también el derecho de los pueblos indígenas de determinar las condiciones en las cuales aceptarían el acceso a los recursos de la biodiversidad que han resguardado. Es más, la misma legislación nacional podría ser impugnada por contradecir un acuerdo con autoridad superior a las leyes.

Igualmente ocurriría con las disposiciones relativas a la obligación de distribuir equitativamente los beneficios producidos por una investigación exitosa, con las comunidades indígenas a las que pertenecen los recursos de la biodiversidad utilizados en esa investigación y que los han resguardado durante siglos. Podrían ser cuestionados como *“actos equivalentes a expropiación”* (artículo 10.7) Algo similar pasaría con acciones de las autoridades nacionales encaminadas a resguardar el acceso a la biodiversidad y sus elementos como un derecho prioritario de las comunidades locales e indígenas (especialmente de recursos escasos). Las empresas

de capital perteneciente a nacionales de las otras Partes interesadas en la explotación de tales recursos podrían alegar que se violenta la obligación de darles "*trato nacional*" (artículos 10.3 y 11.2).

Todas estas medidas podrían ser impugnadas ante un tribunal privado internacional por medio del régimen "*Inversionista-Estado*", en los cuales las comunidades locales afectadas por la apropiación de su patrimonio, no tendrán espacio alguno para hacer valer sus derechos (artículos 10.16, 10.17 y siguientes), ya que ni siquiera se les permite participar en los procesos.

La afectación para los derechos de los pueblos indígenas producida por estas obligaciones podría agravarse porque, como han indicado la Defensoría de los Habitantes y el Consejo Universitario de la Universidad de Costa Rica, nuestro país es el único de los suscriptores del TLC que no estableció una reserva general para proteger la facultad del Estado "*de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue derechos o preferencias a las minorías social o económicamente en desventaja*", aún cuando estas medidas sean incompatibles con las obligaciones con varias de las principales obligaciones de los Capítulos 10 y 11.⁴⁴ La toma de conciencia sobre dicha afectación, se refleja en el hecho de que incluso Estados Unidos, tomó esta previsión e hizo la reserva respectiva (p. 795). Guatemala y Nicaragua, expresamente incluyeron dentro de estas minorías a las "*poblaciones indígenas*" o "*poblaciones autóctonas*". Solo Costa Rica omitió esta salvaguarda, a pesar de que en su territorio habitan 8 etnias indígenas.

Una de las posibles razones que explicarían la falta de previsión de las implicaciones de las disposiciones analizadas, podría derivarse de que la Comisión Nacional de Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO), que cuenta con representación de las comunidades indígenas, no fue consultada formalmente al respecto durante las negociaciones del TLC. Dicha consulta fue omitida a pesar de que el artículo 21 de la Ley de Biodiversidad establece el deber del Poder Ejecutivo de consultar a la CONAGEBIO antes de autorizar los convenios, nacionales o internacionales, o de establecer o ratificar las acciones o políticas que incidan en la conservación y uso de la biodiversidad.

EL PROCESO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COSTA RICA.

⁴⁴"Trato Nacional" (artículos 10.3 y 11.2), "Presencia Local" (art. 11.5), "Requisitos de Desempeño" (art. 10.9) y "Altos Ejecutivos y Juntas Directivas".

1. Antecedentes

Antes del año 1992, el sistema jurídico costarricense no contemplaba la posibilidad de llevar a cabo procesos de consulta a comunidades indígenas, es a partir de la aprobación de la Ley N°7316 que aprueba el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo -O.I.T.-), que dicha situación se posibilita, según lo que dispone el numeral 6 del Convenio.⁴⁵

Las reglas que surgen de lo dispuesto por el citado instrumento internacional, son:

- Se debe consultar cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas directamente.
- La consulta debe realizarse bajo procedimientos apropiados.
- Se debe consultar a los pueblos indígenas a través de sus instituciones respectivas.
- Se deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados participen libremente.
- El parámetro para la participación es que se haga al menos en la misma medida que otros sectores de la población lo hacen.
- No se pueden llevar a cabo procedimientos que sean inferiores a los que se llevan a cabo en otros ámbitos.
- Este derecho de consulta se extiende a la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan.
- Deben proporcionarse recursos para establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos.
- Las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias.
- La finalidad de la consulta será la de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de medidas propuestas que por afectar eventualmente los derechos indígenas que son susceptibles de consultas.

2. La participación ciudadana en el sistema normativo y jurisprudencial costarricense

El ente de justicia constitucional costarricense en la sentencia que contestó la consulta preceptiva de constitucionalidad correspondiente al Convenio 169 de la OIT (Sobre Pueblos Indígenas) estableció con relación a este derecho de consulta, en su Voto 3003-92, lo siguiente:

⁴⁵ Dicho numeral convencional dispone: " *Artículo 6. 1. Al aplicarse las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones respectivas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.*"

"...(VIII.a) ...la obligación de "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" lo mismo que las siguientes de establecer canales de participación, desarrollo e iniciativa de esos pueblos, aquí únicamente se señalan objetivos que coinciden, por cierto, con los principios y valores democráticos correctamente entendidos, los cuales implican el ejercicio permanente del poder por el pueblo o, dicho de otra manera, su permanente participación en la toma de las decisiones que les atañen..."

Con esta jurisprudencia la Sala Constitucional inauguró una línea de pensamiento relacionada con los derechos de los pueblos indígenas, que de algún modo se ha venido sosteniendo a través de los años, y que se relaciona con el reconocimiento que el sistema jurídico hace de la participación ciudadana.

De manera que el derecho de consulta es un derecho consagrado expresamente por un instrumento de derecho internacional, que a su vez es concordante con el derecho de participación que la Sala Constitucional ha establecido que es una consecuencia del "ejercicio permanente del poder por el pueblo". Es en este sentido que es posible ir advirtiendo, que el derecho de consulta de los pueblos indígenas, no es solo un derecho convencional, sino que al tenor del principio "pro homine", (el principio que indica que en materia de derechos humanos debe interpretarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano), se trata de un principio constitucional surgido del propio artículo 48 Constitucional.

Resulta importante, para entender el contexto de estas referencias, hacer un recorrido a través de la normativa nacional, para advertir el carácter que tiene la participación ciudadana como un modo de injerencia (o mejor dicho, una forma legítima de interesarse) de los habitantes de la República en el trabajo cotidiano de las instancias de la administración pública.

Es posible identificar cierta normativa, emitida en los últimos tiempos, que contiene disposiciones que de algún modo instrumentalizan la participación ciudadana en determinados procesos. Algunos ejemplos de este tipo de disposiciones son:

- Ley N°7316 de 1992. Aprobación del Convenio 169 de la O.I.T.;
- Ley N°7472 de 20 de Diciembre de 1994. "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor";
- Ley N°7554 de 4 de Octubre de 1995. "Ley Orgánica del Ambiente";
- Ley N°7593 de 9 de Agosto de 1996. "Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos";
- Decreto N°25234-MEIC de 25 de Enero de 1996. "Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos".
- Constitución Política, artículo 9, reformado mediante la Ley N° 8364 de 1º de julio de 2003.

Los alcances del derecho de participación ciudadana en algunas disposiciones jurídicas, son los siguientes

2.1. La Ley Orgánica del Ambiente.

La Ley Nº7554 de 4 de Octubre de 1995, por medio de la cual se promulgó la "Ley Orgánica del Ambiente", en su numeral 6 desarrolla el principio de "participación ciudadana" estableciéndose que el Estado y las municipalidades fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes en la toma de decisiones y en las acciones que tiendan a proteger y mejorar el ambiente.

Para posibilitarla crea los "Concejos Regionales Ambientales", adscritos al Ministerio del Ambiente y Energía y con participación de la sociedad civil. En síntesis, tales Concejos tienen una integración de representantes de entidades de la administración pública, de organizaciones ecologistas, estudiantiles y cámaras empresariales (artículo 9). Se crean asimismo otras instancias tales como el "Consejo Nacional Ambiental" (artículos 77 a 79), la "Secretaría Ejecutiva" (numerales 81 a 91), y una "Contraloría Ambiental" (capítulo XX de la Ley). Todas estas son instancias de integración absolutamente gubernamental en donde no se incorporan sectores particulares.

La Ley General del Ambiente representa una interesante posibilidad de desarrollar en el fundamental sector ambiental, el principio de participación. No obstante ello, lo cierto es que la mentalidad de los legisladores no permitió que se avanzara de manera real en esta línea, y como producto de una concepción paternalista-centralista, se redujo la "participación de los habitantes" a una forma organizada por entidades de la administración pública, sin posibilidad real de desarrollo autárquico fuera de esos ámbitos gubernamentales. Pese a lo anterior, hay que reconocer que en la actualidad se llevan a cabo algunas experiencias en este marco, a las cuales habrá que concederles tiempo para analizar la independencia de las estructuras que nacen a la luz de este cuerpo normativo. Un ejemplo de ello se ha dado en el marco de la denominada "Agenda 21" que surgió de los acuerdos de Río.

Otro de los numerales del texto que reivindican la participación es el artículo 29. d) que dispone que uno de los fines de la ley para lograr el ordenamiento territorial en materia de desarrollo sostenible es la participación activa de los habitantes y la sociedad organizada, en la elaboración y la aplicación de los planes que se diseñen para ese propósito.

En el tema de la Prevención y control de la contaminación (Artículo 60) se establece que para prevenir y controlarla, el Estado, las municipalidades y las demás instituciones públicas, darán prioridad, entre otros, al establecimiento y operación de servicios adecuados en áreas fundamentales para la salud ambiental, y determinan que esos servicios se prestarán en la forma que las leyes y los reglamentos específicos lo determinen, procurando la participación de la población y sus organizaciones.

2.2. La Ley de Biodiversidad.

Esta trascendental normativa esta basada en el Convenio sobre Diversidad Biológica que es quizá el instrumento internacional que consagra de manera mas clara la participación ciudadana en la materia propia del texto, y ya se ha comentado previamente.

El precepto 10, que señala los objetivos de la disposición jurídica, refiere en su inciso 2 que uno de estos es el de promover la participación activa de todos los sectores sociales en la conservación y el uso ecológicamente sostenible de la biodiversidad, para procurar la sostenibilidad social, económica y cultural.

En el punto 95 de la ley se refiere el tema de las "Audiencias públicas", que es un mecanismo fundamental de consulta popular.

Finalmente el numeral 101 del cuerpo normativo en comentario dispone el tema de los "Incentivos para la participación comunitaria", y se propone mediante la asistencia técnica y los incentivos señalados en esta ley y su reglamento, especialmente en "áreas donde se hayan identificado especies en peligro de extinción, endémicas o raras".

2.3. La Ley de Planificación Nacional

Esta ley Nº 5525, de 26 de abril 1964, establece un sistema nacional de planificación que entre los objetivos refiere el de " ... *Propiciar una participación cada vez mayor de los ciudadanos en la solución de los problemas económicos y sociales ...*" (art. 1 inciso c). Esta normativa, al igual que la anterior instrumentaliza el proceso de participación a través de las "Audiencias Publicas".

2.4. La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

En lo que se refiere a la Ley Nº7472 de 20 de Diciembre de 1994, que es la denominada "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor", se trata de quizá la primera normativa reciente que estipula un mecanismo de participación de los administrados en procesos relacionados con sus más directos intereses. Se destacan en este caso, dos acciones que la ley tutela respecto al principio de "participación ciudadana". En el artículo 29 de la ley, donde se estipulan los derechos (fundamentales e irrenunciables) del consumidos, se refiere:

- En el inciso f), el derecho a servirse de mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de éstos, según corresponda; y

- En el acápite g), se destaca como prerrogativa, recibir el apoyo estatal para conformar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.

El numeral 30 de la citada ley "de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor", en el aparte que se dedica a establecer las funciones del Poder ejecutivo, refiere en los incisos c) y d), la obligación del Estado de fomentar y promover organizaciones de consumidores, garantizando su participación en procesos de decisión y reclamo; así como asegurar el acceso a mecanismos de tutela administrativa y judicial para la defensa de los derechos del consumidor.

Por su parte el Decreto N°25234-MEIC de 25 de Enero de 1996, que es el reglamento a la citada "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor", en sus artículos 73 a 75 se refiere a aspectos concernientes a las "Organizaciones de Consumidores".

Esta ley evidencia un principio de participación ciudadana, y posibilita la misma dentro de un ámbito muy propicio, que tiene que ver con la contraposición de intereses entre los consumidores y las fuerzas del mercado u otras semejantes. Sin embargo, la práctica de aplicación de esta normativa ha sido en los últimos tiempos una labor dirigista del Estado en procura de instrumentalizar las organizaciones de consumidores, situación que de algún modo imposibilita que tales estructuras surjan con la mentalidad autónoma que se supone debería tener un grupo de presión económico y social de este tipo.

2.5. La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Por medio de la Ley N°7593 de 9 de Agosto de 1996, que es la "Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos", se avanzó en otras formas de tutelar el derecho de "participación ciudadana". En este caso se establecieron formalidades que pretendían viabilizar esa injerencia ciudadana por medio de la figura de las "Audiencias", que consisten en la celebración de jornadas en las cuales el órgano administrativo público convoca a personas que tengan interés legítimo para manifestarse con relación a solicitudes para la fijación de tarifas y precios de los servicios públicos y otros.

Se plantea en la ley una serie de requisitos y formalidades que se deben cumplir en tales audiencias, y merece destacar el hecho de que la propia Autoridad Reguladora debe establecer un registro de asociaciones para la defensa de los consumidores o los usuarios, las asociaciones de desarrollo comunal y otras organizaciones sociales interesadas en la materia (artículo 36).

El modelo de participación ciudadana que surge de la citada ley resulta interesante y digno de ser emulado. Un único aspecto que hay que resolver, se refiere a la participación -al parecer contradictoria o con visos de irregular- de los técnicos de la citada entidad pública, como asesores de los particulares. Ello por cuanto en principio resulta

poco creíble que un funcionario estatal que tiene rango de subordinación con un jerarca administrativo con poder decisorio (que decide acerca de las tarifas de un servicio público), pueda asesorar objetivamente a los particulares que adversan tales incrementos, esto por cuanto las decisiones de estos órganos no están exentas de influencias políticas.

2.6. La reforma al artículo 9 de la Constitución Política.

Sin duda el hecho decisivo en el proceso de incorporación al ordenamiento jurídico costarricense de la participación ciudadana como un derecho de la población, fue la enmienda que reformó el párrafo primero del artículo 9 de la Constitución Política para establecer que el Gobierno de la República es "*participativo*", además de representativo, alternativo y responsable; y que, además de los tres poderes tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) también es ejercido directamente por "*el pueblo*".

A partir de esta reforma, la participación del pueblo en la toma de decisiones dejó de ser un asunto accesorio, una medida opcional o una simple declaración de buenas intenciones. Se constituyó en un elemento estructural del Estado Costarricense y de nuestro sistema democrático. Lo anterior implica que, de ahora en adelante, la Administración Pública (en sentido amplio) tiene el deber ineludible de crear mecanismos eficaces y generar las condiciones necesarias para que dicha participación pueda darse, así como de cumplir con la aplicación de los mecanismos ya existentes.

3. Jurisprudencia de la Sala Constitucional acerca de la participación ciudadana en diversos ámbitos

La jurisprudencia de la Sala Constitucional a través de los años también ha dedicado algunos votos a la temática de la "participación ciudadana", particularmente el tema ambiental es uno de los que mas profusa jurisprudencia constitucional ha arrancado en el tema de la participación, sin duda en razón de la referencia constante que la normativa propia hace de la misma.

Un tema fundamental para activar la participación es la información previa que se pueda obtener del asunto sobre el que la ciudadanía intenta incidir, a este respecto, el extracto de esta jurisprudencia constitucional vislumbra la importancia y relación de este binomio información/participación. Al respecto hay un Voto que expone de manera muy amplia, este principio que se comenta:

" (Considerando IX) (...) en el actual Estado Social de Derecho, encontramos como uno de sus principios fundamentales o estructurales el derecho de información y a la información para la efectiva participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas. Tradicionalmente se ha conceptualizado el objeto de esta garantía constitucional del derecho de información

*como el intercambio de ideas que originan una discusión pública donde se forma la opinión personal que junto con las demás conformarán la opinión pública. En materia del medio ambiente debemos trasladar este concepto sobre el derecho de información a una nueva perspectiva que tiene todo individuo o colectividad de solicitar información y de ser informado por cualquier ente estatal que no puede ser obstruida por las instituciones estatales referentes a cualquier proyecto que pueda afectar el goce de su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es entonces esta, la garantía que le permitirá participar a cualquier individuo o colectividad, haciendo uso de los intereses difusos del acceso a la participación, dentro de los procesos de toma de decisiones que afecten ese derecho, pues de lo contrario sería ilusorio y la norma constitucional resultaría superflua. Es en consecuencia obligación del Estado democrático, preservar esa libre comunicación formadora de la voluntad política del pueblo, y es a través de esa interrelación entre los receptores pasivos de la información o de quienes la demandan, que se realiza no sólo el pluralismo político, sino la intervención de un pueblo en la formación de proyectos que puedan afectar sus derechos fundamentales”.*⁴⁶

En este caso, se introduce una idea que es fundamental para la participación ciudadana, y vital en la instrumentalización del derecho de consulta: “el derecho de información”, y se refiere en la sentencia como “información para la efectiva participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas”.

Este derecho de las personas ciudadanas de poder enterarse de lo que está ocurriendo en los ámbitos del poder, tiene la “nueva perspectiva” en el tema ambiental del derecho de toda persona o colectividad de solicitar información y de ser informado por cualquier ente estatal, y que el mismo no puede ser obstruido por las instituciones estatales referentes a cualquier proyecto que pueda afectar el goce de su derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Para ello se posibilita una amplia legitimación haciendo uso de los intereses difusos del acceso a la participación.

En este mismo sentido ha señalado la Sala Constitucional que:

*“No puede excluirse al ser humano que recibirá los efectos de las decisiones gubernamentales en materia ambiental-, de su participación en la decisión de asuntos vinculados con esta materia.”*⁴⁷

*“La participación ciudadana en los asuntos ambientales abarca dos puntos esenciales: el derecho a la información relativa a los proyectos ambientales, o que puedan causar una lesión a los recursos naturales y al medio ambiente, y la garantía de una efectiva participación en la toma de decisiones en estos asuntos. Por ello, el Estado costarricense no sólo debe invitar a la participación ciudadana, sino que debe promoverla y respetarla cuando se produzca.”*⁴⁸

A pesar de estos importantes avances, el incumplimiento e incluso la omisión de las autoridades en la aplicación de los instrumentos de participación vigentes, por ejemplo, en lo relativo a las audiencias públicas previstas en algunas leyes, siguieron siendo considerados, en muchos casos, como problemas de mera legalidad no susceptibles de producir la inconstitucionalidad de los procedimientos aplicables. Esta situación cambió radicalmente con la entrada en vigencia de la citada enmienda al artículo 9 constitucional, tal y como lo ha reconocido la Sala Constitucional en su jurisprudencia más reciente:

“V.- Es distinto, sin embargo, el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto se dirige el amparo contra la omisión de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos de celebrar audiencias públicas

⁴⁶ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 2231-96 de la de 14:33 horas del 14 de mayo de 1996.

⁴⁷ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 2000-10466 de las 10:17 horas del 24 de noviembre de 2000.

⁴⁸ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 2003-6322 de las 14:14 horas del 3 de julio de 2003.

con ocasión del aumento de tarifas, vedándose a los usuarios del servicio la oportunidad de impugnar los incrementos. Al respecto, se debe indicar que la reforma del artículo 9º constitucional, por obra de la Ley N°8364 de 1º de julio de 2003, ha incorporado el principio de participación en el gobierno de la República, con lo cual, se ha operado una modificación sustancial en la forma del poder. La incorporación de ese principio en el artículo 9º implica mucho más que un asunto formal, puramente adjetivo, de añadir un nuevo calificativo al Gobierno, entendido como conjunto de los poderes públicos (v. sentencia N°919-99); se trata de un cambio sustancial en el diseño de la democracia y amplía radicalmente el contenido del principio democrático reconocido en el artículo 1º y desplegado en toda la Constitución Política, al sumar al principio y mecanismos de representación en los que ha descansado tradicionalmente nuestra democracia, el elemento de la participación ciudadana. (...) a partir de la citada reforma del artículo 9º constitucional, la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas prevista en la Constitución y en las leyes adquiere el rango y la fuerza de un derecho constitucional de carácter fundamental, cuya violación es amparable.”⁴⁹

4. Entidades que representan los intereses participantes

En la línea de teorizar alrededor del principio de la "participación ciudadana", un tema esencial se refiere a la conceptualización de las estructuras representativas o identificadoras de la participación. Especialmente se han de referir a las denominadas "Organizaciones No Gubernamentales" (ONG's), así como la conceptualización del término "sociedad civil", entre otros. Algunos estudios se han referido a estas con la acepción de "Organizaciones sin fines de Lucro" –OSFL- (FUNDACIÓN ARIAS. 1993).

Estas organizaciones tienen diversas formas jurídicas (asociaciones civiles, fundaciones, sindicatos, cooperativas, etc), aunque según un criterio, podría tratarse inclusive de formas de hecho, es decir, sin personería jurídica. En muchos casos, surgen como instancias de presión política-social y como tales desarrollan diversas maneras de expresión (tal es el caso de los sindicatos, de las asociaciones que se conforman para desarrollar objetivos muy concretos, o de otras estructuras que mantienen posiciones muy activas en torno a determinadas problemáticas que vive el país).

Ha sido quizá en los últimos años el campo de la protección de los recursos naturales el que en Costa Rica ha presentado, una cada vez más activa participación de entidades particulares en labores de defensa de dichos bienes fundamentales. Del mismo modo su injerencia en la fiscalización de las actividades que atentan contra el ambiente, ha sido determinante. Como se expresó arriba, en algunos casos la Sala Constitucional ha legitimado "a cualquier entidad con simple interés legítimo" para que propicie acciones de control constitucional, por referirse esta materia (la ambiental) a una situación en donde el ciudadano puede alegar un "interés difuso".

La representación de la "sociedad civil" (concepto que resulta muy indeterminado) es un factor vital, cuando se hace referencia a la injerencia de ONG's en estos procesos. Pero del mismo modo, esa expresión contiene implicaciones políticas diversas. Es en este tramo convendría clarificar qué se entiende por "sociedad civil".

Se expresó que "participación ciudadana" era una forma de intervención colectiva en asuntos de trascendencia social, política o económica. Una resolución de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental que determinó la paralización de labores de explotación que realizaba la empresa "Placer Dome de Costa Rica S.A." en áreas de bosque, estableció en lo que interesa:

" 7. Ordenar la conformación de una Comisión de Monitoreo y Supervisión de las actividades mineras de la empresa Placer Dome de Costa Rica S.A., en el norte de Costa Rica, que vele por el cumplimiento de los compromisos ambientales adquiridos. Esta comisión estará coordinada por la SETENA, y estará conformada por representantes del estado, la empresa y de la sociedad civil,

⁴⁹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 2005-14659 de las 14:24 horas del 21 de octubre de 2005.

conforme a los lineamientos y reglamentación que esta Secretaría establecerá en un plazo de 15 días, en el marco de la Gestión Ambiental del Proyecto. " ⁵⁰

De lo expuesto por esta resolución administrativa, es posible sostener que se debe concebir que el "representante de la sociedad civil", no pueda ser una entidad ajena a los sectores comunales que han sido afectados con el acto irregular a que se refirió el acto administrativo relacionado. Es decir, en este supuesto, "sociedad civil" es igual a sectores sociales o comunales que han de sufrir de manera más inmediata, cercana y grave las consecuencias del acto ilegal protagonizado por empresa minera. Es obvio que no puede tratarse de un ente estatal (mayor o menor, ni siquiera una Municipalidad), o ligado a la empresa causante del perjuicio.

En el caso que nos ocupa, la consulta del TLC a las comunidades indígenas debe hacerse en coordinación con los legítimos representantes que dichas comunidades establecen, tal como se está haciendo con respecto al proyecto de "Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas".

5. Limitantes a la participación

Entre el discurso político a favor de la participación ciudadana y los hechos reales que impulsan las políticas a favor de la misma existe una gran brecha. La participación enfrenta fuertes resistencias e intereses que se oponen a su implementación:

- a) la visión cortoplacista de los gobiernos identifica a la participación como un proceso excesivamente complicado y de mediano y largo plazo;
- b) la visión economicista de las políticas gubernamentales priva de legitimidad a la participación en cuanto las evaluaciones son incapaces de cuantificar los valores sociales logrados a través de ésta -cohesión social, autoestima, organización ciudadana, aprendizaje democrático, entre otros-;
- c) el predominio de un paradigma administrativo tradicional convierte la lógica y el orden de un medio a un fin y esto genera una ortodoxia que es incompatible con los procesos de participación, que se caracterizan por la cooperación, flexibilidad, horizontalidad, adaptabilidad, etc.;
- d) la subestimación del campesino, del pobre, del indígena, del ser humano que no es considerado como ilustrado, genera desconfianza en sus capacidades y esto se refleja en menores espacios de participación y en mayores actividades tuteladas o guiadas por el Estado que a su vez repercuten en una creciente falta de interés y discontinuidad; y
- e) la manipulación de parte de grupos de élites mejor organizadas tiende a cooptar los procesos de participación para beneficio propio y temporal, lo que genera mayores niveles de frustración social y deja un mal precedente y experiencia de cara a futuras opciones de participación

6. Jurisprudencia de la Sala Constitucional acerca del derecho de consulta a los pueblos indígenas

La Sala Constitucional ha emitido alguna jurisprudencia, donde refiere las condiciones para que se den los procesos de consulta. Una de estas sentencias se dio con relación a los procesos de consulta respecto al Proyecto de ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas (Expediente Legislativo N°12.032). Fue justamente por medio del Voto . 3631-99, que la Sala sostuvo en su Considerando V, lo siguiente:

" ... (V) ... Si no hubo una formal consulta a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, y a las Asociaciones de Desarrollo Comunal de las Reservas Indígenas -como acusan los consultantes-, lo cierto es que, en cuanto a la primera, el Tribunal Supremo de Elecciones implica el hecho de que "sus dirigentes" participaron en la consulta (véase el considerando III de esta resolución); y por lo que hace a las Asociaciones, fueron directamente los propios indígenas los llamados a la consulta ...".

⁵⁰ N°174-97 SETENA, de las 13:30 hrs. del 13 de Marzo de 1997

El razonamiento del Tribunal Constitucional surgió de la alegación que ciertos sectores hicieron en su momento, al requerir que la consulta solo debía hacerse a la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, y a las Asociaciones de Desarrollo Comunal de las Reservas Indígenas.

El pretender que la Consulta solamente se hiciera al ente gubernamental indigenista (CONAI) resultaba un contrasentido, en vista de la oposición que había mostrado a todas las iniciativas legislativas que tienen que ver con el tema. La propia Sala Constitucional en el Considerando V del Voto 3631-99, lo evidencia al especificar en torno a los procesos que se llevaron a cabo referentes a la consulta del mencionado expediente legislativo N°12.032, que.

"... Es muy grave, además, lo que el Presidente a.i. del Tribunal Supremo de Elecciones dice a esta Sala, en el informe (...), a saber: que en el proceso se dio el caso de "ingentes esfuerzos de sabotaje a las convocatorias por parte de personeros de instituciones ligadas al trabajo con indígenas..."

En el sistema costarricense no solo existe una norma que posibilita y determina el proceso de consulta, sino que además ya se han emitido resoluciones del máximo órgano de justicia constitucional relativo a este tema. Uno de estos se refiere a los procesos legislativos donde se propone la activación del proceso de consulta indígena.

7. El reglamento de consulta elaborado por la Asamblea Legislativa en 1997

Cuando en el año 1997 se propuso someter a las comunidades indígenas lo estipulado en el proyecto de ley N°12.032, la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa aprobó un Reglamento que establecía el número de consultas que se realizarían, lo mismo que los lugares donde se practicarían. Del mismo modo oficializó la participación de entidades encargadas de apoyar en los procesos de escrutinio y control político (el Tribunal Supremo de Elecciones y la Defensoría de los Habitantes).

En lo que respecta a la constitucionalidad de este procedimiento, la Sala Constitucional tuvo la oportunidad de ratificar su línea jurisprudencial respecto de los procesos internos de formación de la ley (como expresión del principio de división de poderes) y estableció en este caso que respecto de tal reglamentación: *"... Estamos (...) en presencia de actuaciones que carecen de efectos externos, y que, contrario a lo manifestado por el accionante, no causan, más allá del procedimiento en que se dictaron, ningún efecto (...) lo impugnado sería a lo sumo, la decisión final de la Asamblea y no los actos preparatorios de ésta. ..."* Voto 7385-97.

Sin embargo, como se sostiene luego, al definir el órgano legislativo un procedimiento que se ampara a lo establecido en un Convenio Internacional, el mismo se convierte más que en una potestad procedimental legislativa, en un derecho fundamental de los pueblos indígenas (en un verdadero parámetro de constitucionalidad).

De manera que es posible concluir que el Reglamento de Consulta que elaboró la Comisión Permanente de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa en el año 1997 para posibilitar los procesos de consulta que se llevaron a cabo a propósito del citado expediente legislativo, dispuso parámetros que no podrían ser desmejorados por nuevas iniciativas, ya que eso implicaría una afectación a derechos fundamentales de los sectores beneficiados (y de paso una violación al instrumento internacional que lo contempla, y con este a lo que refiere el numeral 48 Constitucional).

De esta manera, cualquier nueva propuesta de reglamento de consulta debe tener como base mínima lo estipulado en la primera versión, que establece un antecedente sobre las condiciones de una consulta a las comunidades indígenas. La consulta a pueblos indígenas respecto a medidas que les atañen es ahora consustancial al ordenamiento jurídico costarricense.

8. El proceso de consulta a los pueblos indígenas, su instrumentalización en el sistema jurídico interno

Con el fin de contribuir al diseño de un instrumento que coadyuve en el objetivo de instrumentalizar los aspectos esenciales que deberían ser incluidos en el proceso de consulta del TLC a los pueblos indígenas por parte del Estado se plantean las siguientes interrogantes, cuyas respuestas deberían propiciar un mejor modo de llevar a cabo este proceso.

Las preguntas son:

- A quién se debe consultar?.
- Dónde se debe consultar?.
- Qué se debe consultar?.
- Cómo se debe consultar?.
- Qué facilidades hay que proveer para realizar la consulta?.
- Qué limitaciones u obstáculos se pueden prever?.
- Qué finalidad tiene el proceso de consulta?.

8.1. ¿A quién se debe consultar?

A las personas indígenas, de acuerdo al siguiente fundamento normativo y jurisprudencial constitucional:

*Son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad.*⁵¹

*Son indígenas los pueblos (...), considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan 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.*⁵²

*"...(IX)...el legislador simplificó aun más esos requisitos y por reforma introducida por ley N°7225 que deroga la N°7024, permite la inscripción de los indígenas nacidos en Costa Rica con cumplimiento del simple requisito de aportar el testimonio de dos personas de buenas costumbres. Ello con el fin de que sean las mismas comunidades autóctonas las que definan quienes son sus integrantes, aplicando sus propios criterios y no los que sigue la legislación para el resto de los ciudadanos. De allí que daban respetarse esos criterios y procedimientos para estimar a una persona como miembro de una comunidad indígena..."*⁵³

Hay tres maneras de acreditar que una persona es indígena de un territorio:

- La Asociación de Desarrollo Indígena existente en cada territorio lo certifica.
- Acudiendo al criterio de las personas "mayores" de la comunidad para acreditar que determinada persona es parte de la comunidad indígena, pues sus familiares son parte de la cultura indígena, viven ahí desde tiempos anteriores, u otro criterio parecido.
- Por medio de entidades tradicionales indígenas, ya que solo estas pueden advertir si una persona es parte de un clan.

⁵¹ Art. 1 Ley indígena. N°6172 de 1977.

⁵² Artículo 1.b.y 1.2. Convenio 169 de la OIT.

⁵³ Voto 1786-93. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José A las dieciséis horas veintiún minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres.

8.2. ¿Dónde se debe consultar?

Dentro de los 24 territorios indígenas debidamente reconocidos por el sistema jurídico costarricense, de acuerdo al siguiente fundamento normativo:

Se declaran Reservas Indígenas las establecidas en los Decretos ejecutivos números 5904-G del 10 de abril de 1976, 6036-G del 12 de junio de 1976, 6037-G del 15 de junio de 1976, 7267-G y 7268-G del 20 de agosto de 1977, así como la Reserva Indígena de Guaymí de Burica (Guaymí).⁵⁴

Los siguientes Decretos Ejecutivos son los que actualmente demarcan los 24 territorios indígenas: 13571-G, 22203-G, 29447-G, 13545-G, 12751-G, 12115-G, 22202-G, 29451-G, 21905-G, 16059-G, 21904-G, 16058-G, 16308-G, 16307-G, 16306-G, 7267-G, 13569-G, 10707-G, 5904-G, 7962-G, y 11564-G. Los más viejos datan de 1979 y 1982 y los más recientes del año 2001 .

Artículo 14.1. Convenio 169 de la OIT. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

Las comunidades indígenas conocen la demarcación de su territorio, de manera que bastaría con solicitar a la Asociación de Desarrollo Indígena de determinado territorio que defina los límites de la misma, lo mismo para que establezca cuáles son los lugares más propicios para celebrar reuniones. Del mismo modo organizaciones indígenas del territorio pueden determinar los lugares más propicios.

El Censo de población del año 2000 dejó establecidos los diversos lugares ubicados dentro de territorios indígenas donde aparecen más personas indígenas habitando, de manera que este representa uno de los datos más objetivos para disponer acerca de este tema.

8.3. ¿Qué se debe consultar?

Aunque la norma de referencia establece que deben consultarse solo aquellas medidas legislativas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas, como no es posible determinar con precisión cuáles aspectos de una propuesta pueden ser negativos, lo conveniente es consultar todo el texto de la propuesta. Eso garantiza que se analice su contexto así como su contenido.

El Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece la obligación de consultar cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas directamente, esto ha sido ratificado por la Sala Constitucional en el Voto 3003-92:

"...(VIII.a) ...la obligación de "consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" lo mismo que las siguientes de establecer canales de participación, desarrollo e iniciativa de esos pueblos, aquí únicamente se señalan objetivos que coinciden, por cierto, con los principios y valores democráticos correctamente entendidos, los cuales implican el ejercicio permanente del poder por el pueblo o, dicho de otra manera, su permanente participación en la toma de las decisiones que les atañen..."

En el caso del TLC, se ha establecido previamente el hecho de que la obligación de suscribir el Convenio UPOV-91 y la posibilidad de establecer sistemas de patentes sobre plantas pueden afectar de forma directa los derechos y prácticas de los pueblos indígenas, sin embargo hay otros elementos contemplados en dicho tratado que también pueden tener implicaciones para estos pueblos (capítulo ambiental, servicios, inversiones, etc) y sobre los cuales las comunidades indígenas tienen el derecho de pronunciarse igualmente.

⁵⁴ Art. 1 Ley indígena. N°6172 de 1977.

Por lo anterior, la consulta a las comunidades indígenas debería contemplar todo el texto del Tratado y no solo una parte del mismo, con el fin de asegurar la integralidad del mismo y su relación de contexto.

8.4. ¿Cómo se debe consultar?.

Es necesario ajustar la consulta a las particularidades de cada territorio. Debe realizarse una convocatoria amplísima, con el fin de garantizar la participación mayoritaria, para eso deben contactarse entidades diversas del territorio (asociaciones de mujeres, jóvenes, artesanos, y otras tradicionales) Debe garantizarse la participación de entidades que garanticen el proceso de escrutinio –como el Tribunal Supremo de Elecciones-, y el control político –como la Defensoría de los Habitantes de la República-.

Esto se fundamenta también en lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT:

"1. Al aplicarse las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones respectivas(...); b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, (...). 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias ...".

Igualmente debe llevarse a cabo un mecanismo que garantice información previa, con el fin de asegurar que la decisión que se adopte sea producto de una reflexión anterior. Para ello deben utilizarse métodos acordes con la realidad cultural y ambiental de cada comunidad. Se supone que esto podría ser solventado con documentación escrita, instrumentos de comunicación diversos –no solo escritos- textos didácticos, y traducciones entre otros.

Deben planearse acciones de promoción de la información en actividades previas a la oficial. Podría descentralizarse la labor previa de información en lugares periféricos, y centralizarse la final en un lugar céntrico del territorio.

La información es el elemento más importante de la consulta, pero para que esta sea efectiva, debe ser amplia y ajustada a las realidades de cada comunidad indígena.

Adicionalmente debe haber un proceso de que garantice la información previa, lo que se ha referido como el "Consentimiento previamente informado", en el sentido de que el Estado lo facilita a los pueblos indígenas, suministrando previamente toda la información exigida. Pero esta información debe de proveerse no solo poniéndola a disposición, sino asegurando el modo de que se pueda estudiar, analizar y objetar.

8.5. ¿Qué facilidades hay que proveer para realizar la consulta?.

Debe financiarse el proceso de consulta con fondos de la Asamblea Legislativa, y del mismo modo el Tribunal Supremo de Elecciones y la Defensoría de los Habitantes de la República deben proveer recursos al menos para la participación de sus propios funcionarios.

Deben buscarse apoyos financieros en entidades gubernamentales y no gubernamentales, pero siempre y cuando estas no comprometan aspectos que afecten el proceso de consulta, ni cuestionen la autoridad de las comunidades indígenas sobre sus territorios.

Se debe esperar que en los procesos de organización, e inclusive de divulgación participen algunas organizaciones indígenas y no indígenas, pero es muy importante que en lo que se refiere a estas últimas siempre

lo hagan supeditadas a lo que dispongan las autoridades indígenas de los territorios. El Reglamento legislativo debe mantener esto como principio.

Los actos de consulta no pueden privar sobre las competencias que la normativa concede a las entidades indígenas en los territorios.

8.6. ¿Qué limitaciones u obstáculos se pueden prever?

Fundamentalmente se suponen las de tipo económico, así como las logísticas en algunos casos, especialmente referido a zonas de difícil acceso, lo mismo que condiciones climatológicas dependiendo del momento del año en que se practica la consulta. También una fundamental es la de tipo cultural. Se deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados participen libremente.

Deben advertirse condiciones de manipulación, con el fin de llevar a cabo procedimientos contundentes que las eviten. La participación de la comunidad indígena en todas las etapas del proceso sería una garantía en ese sentido.

Las posibles dificultades en una consulta como la planteada deben resolverse en aras de asegurar el principio de participación y el derecho de las comunidades indígenas a participar en la discusión de un Tratado de Libre Comercio que tiene implicaciones directas sobre su realidad y condiciones.

9. La “Pre consulta” como proceso consustancial de la consulta

Los diversos procesos que se han llevado a cabo en el país, desde que se aprobó el Convenio 169 de la OIT, han traído una importante experiencia, respecto al modo de cómo llevar a cabo de manera realista y equilibrada las consultas indígenas.

Se han presentado diversos argumentos en torno al modo de instrumentalizar este derecho. Cuando en el año 1997 se llevaron a cabo tales acciones por parte de la Asamblea Legislativa, algunos pocos sectores indígenas (que no habían tenido oportunidad de conocer los temas que se les consultarían) criticaron que no se daban condiciones para entender de manera fluida lo que se quería consultar. La Sala Constitucional no apoyó tales referencias como restricción al derecho, por tratarse de una decisión interna del Poder Legislativo, cuyo cuestionamiento atentaría contra el principio de “división de poderes”.

Sin embargo, quienes presentaron esas críticas estaban planteando una situación muy razonable: No es posible consultar algo, si no hay una información previa.

El movimiento indígena, desde fines de los años noventa del siglo pasado, se ha preocupado por esta situación, y esas reflexiones culminaron con la introducción de una nueva fase en el proceso de consulta. La denominada “pre consulta”.

La “pre consulta” es un procedimiento mediante el cual, antes de llevarse a cabo un proceso de consulta formal, se llevan a cabo procesos –siguiendo los lineamientos que establece la propia Convención- en los cuales se facilitan espacios e instrumentos para lograr que las comunidades a consultar, tengan elementos que los ayuden a decidir, lo que luego formalmente se les consultará.

La pre consulta surge no solo de aquel cuestionamiento que se dio por parte de algunos sectores contra el proceso de consulta llevado a cabo en 1997 (pues como se dijo en algunos pocos territorios indígenas no se llevaron procesos amplios de conocimiento previo del tema a consultar), sino que luego se han ido dando experiencias en diversos ámbitos (el tema de la exploración petrolera en la zona caribeña; el del Proyecto Hidroeléctrico de Boruca; la crítica al Plan Nacional de Desarrollo Indígena que intentó instrumentalizar la

administración Rodríguez Echeverría, entre otros casos), que han aconsejado que esta se instruya, como antecedente de las consultas formales.

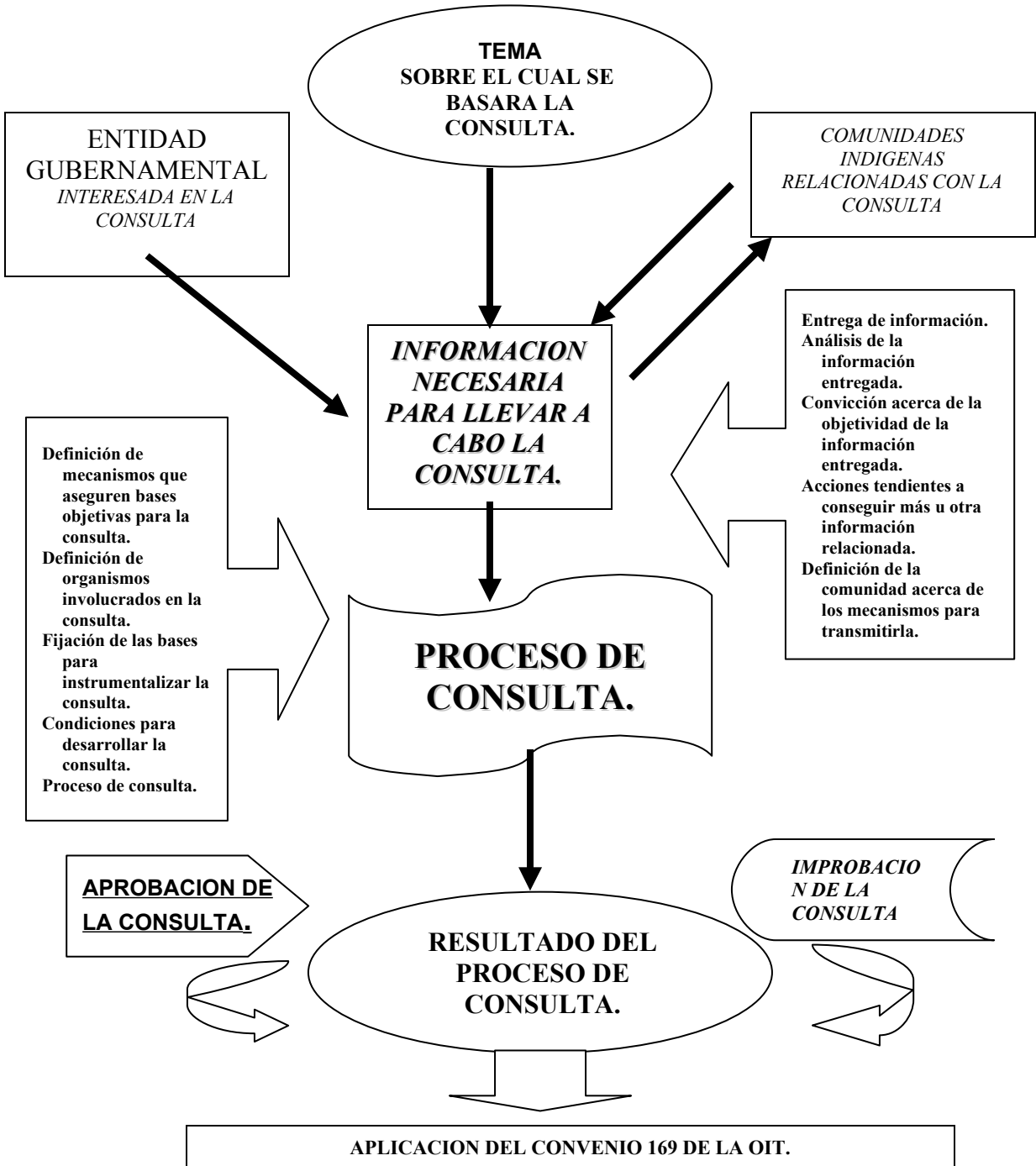
Bajo esa filosofía es que en razón de la puesta en consulta del expediente legislativo N° 14.352 "Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas de Costa Rica", las organizaciones indígenas plantearon a la Comisión Permanente de Asuntos Sociales que dispusiera la activación del procedimiento previo de "pre consultas". En el mes de noviembre del 2005, dicha Comisión aprobó tal gestión, y durante los meses de Diciembre del 2005 y Enero del 2006 se llevaron a cabo estos procesos.

Actualmente (Julio y Agosto del 2006) se llevan a cabo, con base en un acuerdo del mes de Junio del 2006 de la citada Comisión de Asuntos Sociales, las consultas formales en los propios territorios indígenas. En las mismas hay participación de diversas entidades además de la Asamblea Legislativa (La Defensoría de los Habitantes, y el Tribunal Supremo de Elecciones).

Precisamente por lo anterior, la "pre consulta" debería ser un elemento que asegure que la consulta del TLC a los pueblos indígenas se realice contando dichos pueblos con la información y conocimiento necesario para poder pronunciarse respecto al TLC.

El siguiente esquema, presenta de manera resumida, las ideas que justifican el proceso de consulta a los pueblos indígenas, como se observa, el tema de la información previa, es el centro orbital de la misma.

10. Esquema sobre el proceso de consulta



CONCLUSIÓN GENERAL

El Expediente No. 16.047 es de consulta obligatoria a las comunidades indígenas de Costa Rica, en los términos de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual es un Instrumento Internacional de Derechos Humanos en los términos del artículo 48 de la Constitución Política, aprobado mediante la Ley No. 7316.

Lo anterior, por cuanto contiene una serie de disposiciones que afectan sensiblemente los derechos conferidos por la legislación nacional e internacional a estas comunidades, en particular en relación con el acceso, uso y disfrute de los recursos naturales ubicados en los territorios que habitan y el conocimiento tradicional asociado a los mismos.

En este sentido, se comparte en todos sus extremos el criterio jurídico emitido por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, mediante el oficio No. ST.210-2006 de 4 de julio de 2006. Por el contrario, las afirmaciones realizadas por el Ministerio de Comercio Exterior y el Licenciado Rubén Hernández, en la línea de desconocer el carácter vinculante de esta consulta, carecen de sustento jurídico y fáctico, tal y como se ha demostrado ampliamente en el presente estudio.

Suscriben atentamente,

ADI Alto de San Antonio
ADI Coto Brus
ADI Guaymí de Osa
ADI Kekoldi
ADI Maleku
ADI Zapatón
AFUMITRA
Agenda Cantonal de Mujeres de Desamparados, ACAMUDE
Amigos del Río Pacuare
Asamblea del Pueblo
ASEPROLA
Asociación Cabécar
Asociación Comité de Mujeres Indígenas de Talamanca ACOMUITA
Asociación de Ecología Social, AESO
Asociación de Lucha Antipetrolera, ADELA
Asociación de Pequeños Productores de Talamanca, APPTA
Asociación de Profesores de Segunda Enseñanza, APSE
Asociación de Trabajadores de Acueductos y Alcantarillados, ASTRAA
Asociación Dua Wok
Asociación Dwolk Kesholdi
ASOPARAISO
ATICOS
AUPA
Centro de Amigos para la Paz
Centro de Estudios Populares CEP-Alforja
Centro de Investigación y Promoción para América Central, CIPAC
CoecoCeiba-Amigos de la Tierra
Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, CONAI

Comité Cívico de Talamanca
Comunidades Abrojo Montezuma
Comunidades Alto Laguna
Comunidades Kekoldi
Comunidades Maleku
Comunidades Quitirrisí
Consejo de Defensa de la Institucionalidad, CDI
Coordinadora Universitaria UCR
Coordinadora Universitaria UNA
Encuentro Popular
Federación Costarricense para la Conservación del Ambiente, FECON
Federación Nacional Campesina, FENAC
Fondo Solidario para el Beneficio de las Agrupaciones Sociales, FOSBAS
Frente HSJD
Frente Interno de Trabajadores del ICE, FIT-ICE
FUNCORE
Fundación Acceso
Iglesia Luterana Costarricense, ILCO
Jaime García, Universidad Estatal a Distancia UNED
Jorge Enrique Romero-Pérez, Director Instituto de Investigaciones Jurídicas UCR
Junta CTP
Liga Cívica de Buenos Aires
Liga Cívica de Pérez Zeledón
Mesa Nacional Campesina, MNC
Movimiento Alternativo de Izquierdas, MAÍZ
Movimiento de Agricultura Orgánica Costarricense, MAOCO
Partido Vanguardia Popular, PVP
Periódico Esto Pasa
Raíces de Amor
Red de Coordinación en Biodiversidad
Red de Organizaciones con Proyectos Alternativos de Desarrollo, Red COPROALDE
Rubén Chacón, Investigador Instituto de Investigaciones Jurídicas UCR
SICOTA
SINAE
Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional, SITUN
Sindicato Patriótico de la Educación, SINPAE
Unión de Comunidades en Restauración Ecológica, Social y Económica, Uni-CRESE
Unión Nacional Agropecuaria UNAG
UNO-Vida
Vicaría de Pastoral Social de la Iglesia Católica