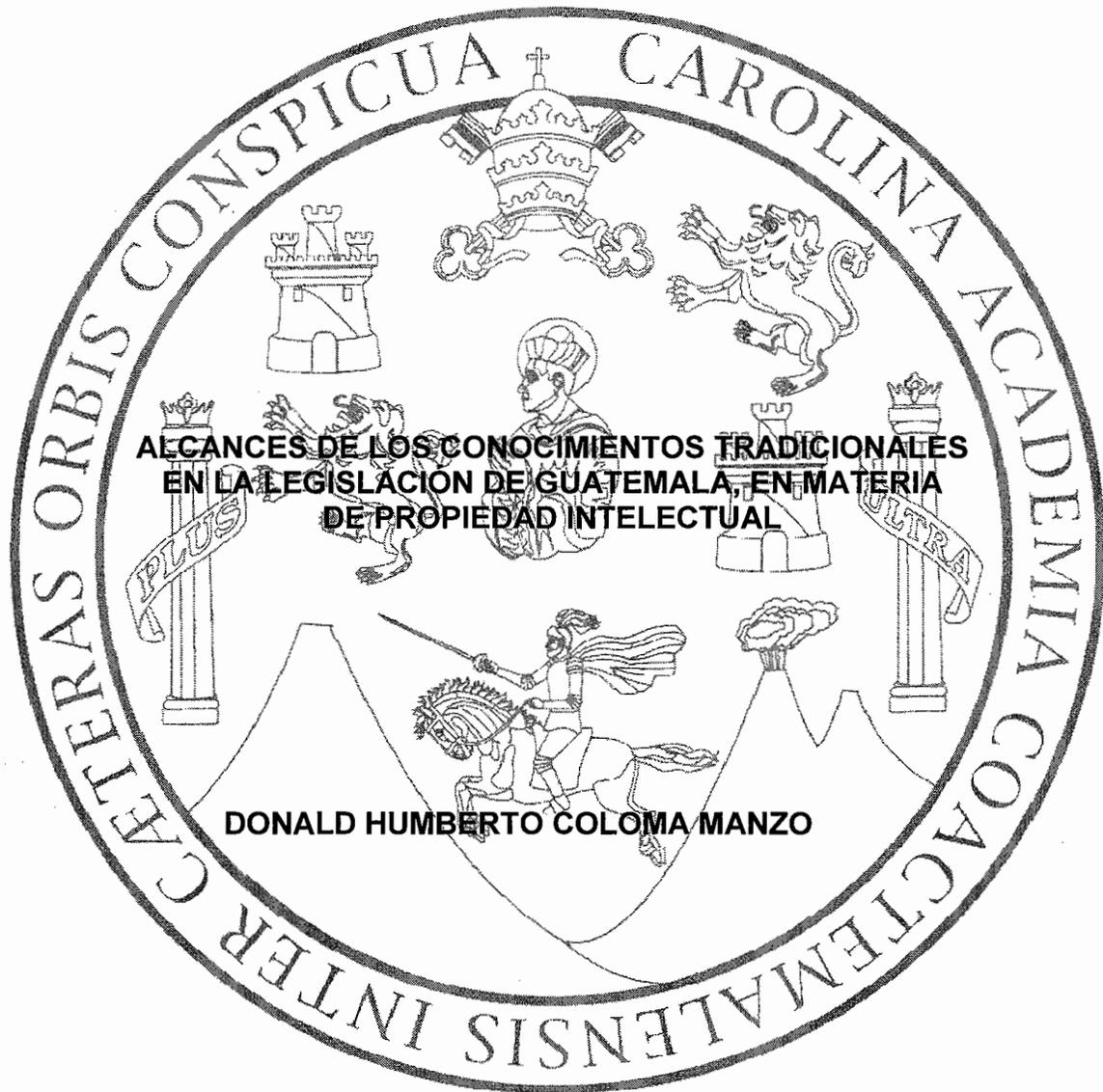


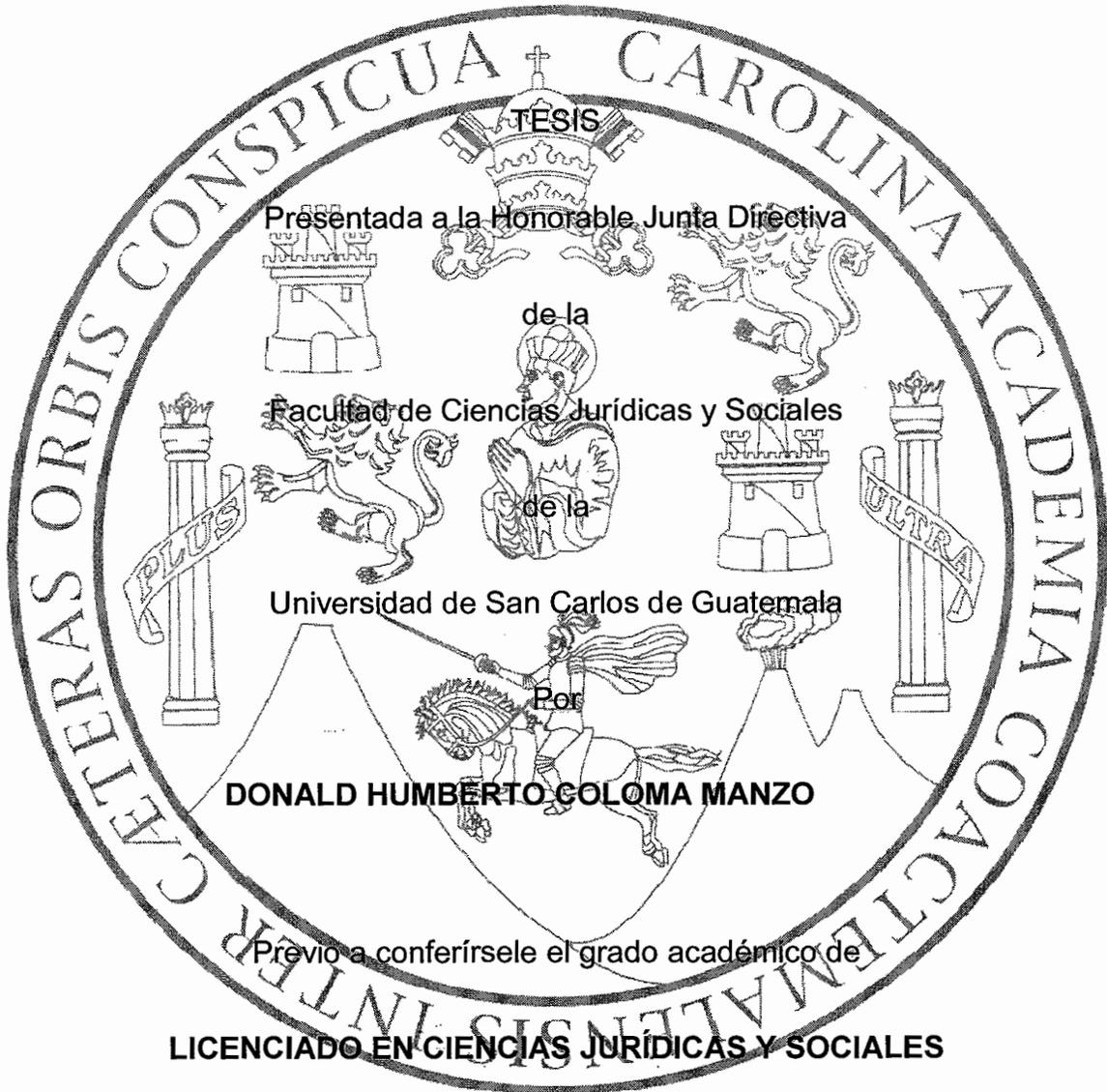
**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



GUATEMALA, OCTUBRE DE 2015

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ALCANCES DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES
EN LA LEGISLACIÓN DE GUATEMALA, EN MATERIA
DE PROPIEDAD INTELECTUAL**



y los títulos profesionales de:

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2015

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase

Presidente:	Lic.	Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario:	Lic.	Carlos Enrique Aguirre Ramos
Vocal:	Lic.	Luis Fernando Hernández Recinos

Segunda Fase

Presidente:	Lic.	Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario:	Licda.	Karen Betzabeth Cobos Bran
Vocal:	Lic.	Hector David España Pinetta

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

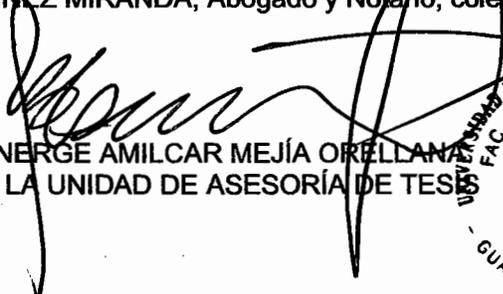


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 13 de febrero de 2013.

ASUNTO: DONALD HUMBERTO COLOMA MANZO, CARNÉ No. 200815809, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20120663.

TEMA: "ALCANCES DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LA LEGISLACIÓN DE GUATEMALA, EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado ERIC NEPTALÍ GODÍNEZ MIRANDA, Abogado y Notario, colegiado No. 5166.


DR. BONERGÉ AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



Adjunto: Nombramiento de Asesor
cc.Unidad de Tesis
BAMO/sllh.

Lic. ERIC NEPTALÍ GODÍNEZ MIRANDA

Abogado y Notario

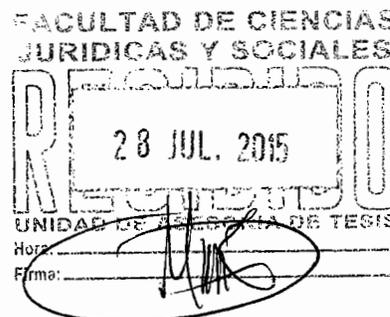
8 avenida 38-20 zona 11, las Charcas, Condominio Villa Zafiro
Ciudad de Guatemala



Guatemala, 20 de julio de 2015.

Doctor:

Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

En atención a la providencia de la Unidad de Asesoría de Tesis, se me nombró Asesor de Tesis del Bachiller Donald Humberto Coloma Manzo, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado: **“ALCANCES DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LA LEGISLACIÓN DE GUATEMALA, EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL”**, para lo cual procedí asesorar al estudiante en las ampliaciones y modificaciones que se estimaron pertinentes y el cual a mi criterio, ya cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el normativo de esta Facultad, y para el efecto procedo a emitir el siguiente dictamen:

- Al recibir el nombramiento establecí comunicación con el Bachiller Donald Humberto Coloma Manzo, para revisar el plan de investigación y definir el procedimiento que debía seguir con la intención de obtener la información necesaria y someter a discusión la hipótesis planteada, así como alcanzar los objetivos establecidos; además, le sugerí reorganizar el orden de los temas a investigar y modificar el título de los capítulos.
- Durante el acompañamiento del trabajo, el Bachiller Donald Humberto Coloma Manzo, manifestó empeño y dedicación para realizar cada uno de los temas que comprende la tesis, utilizando de manera científica los métodos jurídico, método analítico, método sintético y el método deductivo y las técnicas de la investigación bibliográfica y documental, lo cual se ve claramente reflejado en sus conclusiones, recomendaciones, así como en la bibliografía que utilizó para elaborar su informe final de tesis.
- Su fundamentación científica permite evidencia de manera justificada la congruencia de los distintos capítulos, especialmente los que se relacionan

Lic. ERIC NEPTALÍ GODÍNEZ MIRANDA
Abogado y Notario

8 avenida 38-20 zona 11, las Charcas, Condominio Villa Zafiro
Ciudad de Guatemala



con la propiedad intelectual como medio de protección de los conocimientos tradicionales.

- Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y precisa para establecer las consideraciones de fondo sobre el tema objeto de Tesis, haciendo aportaciones concretas y valiosas para el estudio de los conocimientos tradicionales; como también, la bibliografía empleada por el sustentante fue adecuada al tema investigado
- A partir de lo analizado, se estima que el tema es de suma relevancia, derivado de la necesidad de proteger en materia intelectual los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, relacionados con la biodiversidad, la medicina, y las actividades artísticas, cuyo propósito es advertir de las carencias jurídicas concernientes a la apropiación indebida y explotación económica sin el consentimiento de sus titulares.

En relación a lo anterior, se pudo establecer que el trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento de las modificaciones realizadas, tanto de fondo, como de forma, por parte del bachiller, y según lo establecido por el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, Artículo 32.

Por lo ya expuesto, en mi calidad de ASESOR, concluyo que el trabajo de Tesis del Bachiller Donald Humberto Coloma Manzo, cumple satisfactoriamente con lo establecido en el Normativo, por lo que me permito aprobar el presente trabajo de Tesis, emitiendo, **DICTAMEN FAVORABLE**.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para reiterarle las muestras de mi más alta consideración y estima.

Lic. Eric Neptalí Godínez Miranda
Abogado y Notario
Colegiado No. 5166

Lic. Eric N. Godínez Miranda
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 31 de agosto de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DONALD HUMBERTO COLOMA MANZO, titulado ALCANCES DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LA LEGISLACIÓN DE GUATEMALA, EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.

Lic. Aída Ortiz Orellana
 DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Mi fortaleza y mi consuelo en todo momento.
- A MIS PADRES:** José Humberto Coloma García y Prisila del Carmen Manzo Martínez, gracias padres por apoyarme en todo momento y no dejar que claudicara mi sueño.
- A MIS HERMANAS:** Por acompañarme en los momentos más difíciles y su apoyo constante.
- A FAMILIA Y A MIS ABUELOS:** Por ser un bastión importante en mi educación, estar en los momentos más difíciles de mi vida. Que Dios los bendiga.
- A MIS AMIGOS:** Con los que compartí los años más importantes de mi vida, con quienes superamos los diferentes obstáculos que aparecieron en el camino y disfrutamos los éxitos obtenidos.
- A MI ASESOR:** Eric Neptalí Godínez Miranda, por su ayuda constante y su aporte invaluable.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricentenaria Universidad San Carlos de Guatemala, por haberme abierto las puertas y forjado como profesional.

ÍNDICE



Pág.

Introducción.	i
-----------------------	---

CAPÍTULO I

1. Conocimientos tradicionales.	1
1.1 Definición.	4
1.2 Características de los conocimientos tradicionales.	7
1.2.1 Titularidad colectiva.	7
1.2.2 Oralidad.	8
1.2.3 Empíricos.	8
1.2.4 Relación con otras ciencias.	9
1.3 Presentación de los conocimientos tradicionales.	9
1.3.1 Conocimientos tradicionales fijados y no fijados.	10
1.3.2 Conocimientos tradicionales divulgados y no divulgados.	11
1.3.3 Conocimientos tradicionales sagrados.	12
1.3.4 Conocimientos indígenas.	12
1.4 Titulares de los conocimientos tradicionales.	14
1.4.1 Beneficiarios.	15
1.5 Expresiones culturales tradicionales.	16
1.5.1 Definición.	18
1.6 Patrimonio Cultural.	22
1.7 Consentimiento fundamentado previo.	24

CAPÍTULO II

2. Protección jurídica de los conocimientos tradicionales.	27
--	----



2.1 Formas de protección.	
2.1.1 Protección preventiva.	31
2.1.2 Protección positiva.	33
2.1.3 Protección sui generis de los conocimientos tradicionales.	33
2.2 Apropiación indebida.	35
2.3 Normativa internacional relacionada con los conocimientos tradicionales.	37
2.3.1 Convenio sobre la Diversidad Biológica.	37
2.3.2 Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.	39
2.3.3 Disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas.	41
2.3.4 Acuerdos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio.	42
2.3.5 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.	43
2.3.6 Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales.	44

CAPÍTULO III

3. La propiedad intelectual como medio de protección de los conocimientos tradicionales.	47
3.1 La propiedad industrial y su utilización en los conocimientos tradicionales.	51
3.1.1 Patentes.	52



3.1.2 Requisitos de patentabilidad y su aplicación en el conocimiento tradicional.	53
3.1.3 Diseños industriales.	57
3.1.4 Marcas.	59
3.2 Competencia desleal.	60
3.3 Derechos de autor y derechos conexos, empleados como mecanismos de protección a las expresiones culturales tradicionales.	61
3.3.1 Requisitos de una obra para obtener protección del derecho de autor.	63
3.3.2 Limitaciones del derecho de autor al proteger las expresiones culturales tradicionales.	65

CAPÍTULO IV

4. Alcances de los conocimientos tradicionales en la legislación guatemalteca y su implicación en la propiedad intelectual.	69
4.1 Situación de las expresiones culturales tradicionales en el contexto nacional	72
4.2 Escenario de los conocimientos tradicionales en Guatemala.	74
4.3 Alternativas a la propiedad intelectual, para proteger jurídicamente a los conocimientos tradicionales.	77
CONCLUSIONES.	85
RECOMENDACIONES.	87
BIBLIOGRAFÍA.	89



INTRODUCCIÓN

El patrimonio cultural es una de las mayores riquezas que atesora Guatemala, además de ser un país conocido por tener un amplio ecosistema en flora y fauna; la diversidad cultural, étnica y lingüística, representan a una población arraigada en sus costumbres, actividades religiosas y artísticas; la creatividad de sus habitantes, se ve reflejada en expresiones culturales tradicionales y conocimientos tradicionales, que necesitan ser protegidas de personas que buscan apropiarse indebidamente de sus creaciones y explotarlas económicamente sin reconocer derecho alguno a sus verdaderos titulares; ante las vulnerabilidades que puedan sufrir principalmente los pueblos indígenas, es importante analizar los mecanismos jurídicos que puedan aprovecharse para proteger preventiva y positivamente, los conocimientos basados en la tradición.

Los objetivos de la presente tesis, se lograron al analizar el impacto de la protección de los conocimientos tradicionales en el sistema de propiedad intelectual en Guatemala y sus efectos en el desarrollo cultural, e innovador; de igual manera, respecto a las distintas formas de protección jurídica que pueden utilizarse en beneficio de sus titulares.

La hipótesis se comprobó al establecer el vacío legal existente en la protección de las expresiones del folclore —expresiones culturales tradicionales— a través de la legislación de propiedad intelectual; y que por su parte, la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, únicamente preceptúa el resguardo y salvaguarda del patrimonio cultural en sus diferentes manifestaciones.

El estudio de la tesis se funda en el análisis a la materia susceptible de considerarse como conocimiento tradicional y expresiones del folclore; como también, la exposición de las diferentes instituciones que regulan la propiedad intelectual y si los titulares cumplen los requisitos necesarios para gozar de tal protección, hasta la utilización de un sistema sui generis acoplado a las características que ostentan los conocimientos tradicionales.



El contenido de la tesis está desarrollado, en el primer capítulo por la conceptualización, descripción de características, clasificación, y terminología asociada a los conocimientos tradicionales; el segundo capítulo aborda la protección jurídica de los conocimientos tradicionales y los instrumentos jurídicos internacionales que regulan los derechos de sus titulares; posteriormente, en el tercer capítulo se analiza la propiedad intelectual para determinar si conforme a sus postulados es viable utilizar los derechos de patentes o los derechos de autor, para proteger a los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales respectivamente; por último, en el cuarto capítulo se determinan los alcances de la legislación nacional para proteger a los titulares de los conocimientos tradicionales, y su implicación en el desarrollo de la cultura del país; igualmente, se proponen alternativas a las instituciones de la propiedad intelectual, para alcanzar una protección acorde a las necesidades y expectativas de sus titulares.

Los métodos empleados en esta investigación fueron: método analítico, y el método deductivo. La técnica de investigación para la obtención de información y recolección de datos, fue bibliográfica.

En el desarrollo de la tesis se estableció la necesidad de crear la legislación adecuada para regular la protección de los conocimientos tradicionales en sus diversas facetas, tanto en lo que respecta a la biodiversidad, las medicinas tradicionales, inclusive hasta las expresiones culturales tradicionales, que agrupan las actividades artísticas, gastronómicas, espirituales, y textiles.

CAPÍTULO I



1. Conocimientos tradicionales

En el transcurso de la historia, la creatividad inventiva del hombre ha evolucionado constantemente, los avances científicos y tecnológicos siguen un ritmo incesante para mejorar la calidad de vida de las personas y facilitar cada vez más las tareas cotidianas; sin embargo, hay pueblos que identificados plenamente con su cultura y espiritualidad, aún conservan los métodos tradicionales creados por sus ancestros.

La cercanía con la naturaleza les ha permitido adquirir conocimientos valiosos en el uso y manejo de la biodiversidad, teniendo resultados provechosos para las diferentes ramas de la ciencia, principalmente a la especializada en salud, a través de las plantas medicinales elaboradas mediante el conocimiento tradicional; conocimientos que han despertado el interés de diversas compañías médicas para incluirlos en sus productos.

Asimismo, contribuyen a los ecosistemas con sus amplios saberes en las especies vegetales y animales; además su creatividad se extiende a las diversas expresiones artísticas culturales, gastronómicas, artesanías, cerámica, tejidos, diseños, inclusive en los sitios y lugares sagrados.

El conocimiento tradicional a diferencia del conocimiento científico, está desprovisto de tecnicismos y de herramientas tecnológicas para la elaboración de sus creaciones y se apoya principalmente en métodos empíricos.

De igual forma, los titulares de estas creaciones tradicionales prefieren la utilización de los recursos naturales y procuran el beneficio colectivo; por su parte, la cultura occidental que principalmente utiliza el conocimiento científico, tiende a individualizar y parcializar la obtención de los recursos, e inclusive jerarquizan los conocimientos, considerando al conocimiento tradicional en una escala inferior al conocimiento científico.

En las últimas décadas, el interés por proteger jurídicamente en el ámbito cultural e intelectual a los conocimientos tradicionales, ha crecido constantemente; lo que ha motivado que distintos entes internacionales como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO-, y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI-.

Estas entidades plantearon varios debates políticos y jurídicos entre sus estados miembros con el objeto de fortalecer la protección jurídica, ante las distintas vulnerabilidades que sufren, como la apropiación indebida de sus creaciones, además de la explotación económica sin autorización de sus titulares, y otras violaciones a sus derechos.

Actividades e investigaciones que han desembocado en la creación de diferentes instrumentos jurídicos referentes a la promoción y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la protección a la biodiversidad, así como a las expresiones culturales tradicionales.



Al respecto cabe mencionar la creación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-; igualmente, la implementación del Convenio sobre la Diversidad Biológica; como también, la redacción de las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore contra la Explotación Ilícita y otras acciones lesivas, y la aprobación de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

En la esfera de la propiedad intelectual, la OMPI, ha elaborado numerosas investigaciones con la participación y colaboración de los principales actores involucrados en el tema del conocimiento tradicional, como son las comunidades indígenas y locales, las organizaciones gubernamentales, los representantes académicos y del sector privado.

Dentro de los estudios practicados se destacan las misiones exploratorias realizadas en los años de 1,998 y 1,999, que tuvieron como fin determinar las necesidades y establecer las expectativas en materia de propiedad intelectual, concernientes a los titulares de los conocimientos tradicionales.

Posteriormente, los estados miembros de la OMPI, crearon un Comité intergubernamental sobre propiedad Intelectual, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, con el objetivo de discutir la aplicación de los sistemas de propiedad intelectual a las necesidades de los titulares de los conocimientos tradicionales.

Este órgano en sus reuniones periódicas se ha enfocado en impulsar la creación de instrumentos que reconozcan los derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales, así como a los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad y a los recursos genéticos.

1.1 Definición

Las creaciones, innovaciones y prácticas tradicionales han recibido distintas denominaciones como: conocimientos indígenas, expresiones de folclore, conocimientos locales, conocimientos colectivos entre otras acepciones.

La naturaleza dinámica, diversa y constante que envuelven sus creaciones, influyen para elaborar una amplia definición del conocimiento tradicional, que contenga tanto la gestión de los recursos naturales a través de la conservación de la biodiversidad local, como la cultura tradicional, manifestada a través de sus expresiones artísticas.

Según la doctora Grethel Aguilar Rojas, el conocimiento tradicional "...es el conocimiento local que es único a una cultura o a una sociedad (...) es pasado de generación en generación, mayormente en forma oral y por rituales culturales, ha sido la base para la agricultura, la preparación de alimento, el cuidado médico, la educación, la conservación y la amplia gama de actividades que sostienen en muchas partes del mundo."¹

¹ Aguilar Rojas, Grethel. En busca de una distribución equitativa de los beneficios de la biodiversidad y el conocimiento indígena. Pág. 49

Por su parte, la OMPI, considera que son "...conocimientos dinámicos y en constante evolución que son el resultado de la actividad intelectual transmitida de generación en generación, y que incluye, entre otros, los conocimientos especializados, las capacidades, las innovaciones, las prácticas, los procesos y la enseñanza y el aprendizaje que perviven por medio de sistemas de conocimientos codificados, orales..."²

Por otro lado, la Comisión presidencial contra la discriminación y el racismo contra los pueblos indígenas, respecto al conocimiento tradicional señala que son "... todos los conocimientos, sabidurías, ciencias, sentimientos, ideologías, prácticas, creencias e ideas filosóficas que caracterizan a la cultura maya, xinca, y garífuna, que están asociados a los sabores y elementos de la cultura indígena."³

Las definiciones citadas referentes a los conocimientos tradicionales se asemejan en varios elementos, sin embargo no existe una definición aceptada para describirlos; por lo que, resulta conveniente definirlos como los conocimientos que provienen de la actividad intelectual empírica de los pueblos indígenas y comunidades locales, que son transmitidos sin mayores formalismos a través del tiempo, con el objeto que sus integrantes se beneficien mutuamente por medio de los aportes que realizan en diferentes áreas como la medicina tradicional, el manejo de la biodiversidad y la riqueza cultural.

² Organización Mundial de Propiedad Intelectual. **Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales.** Pág. 15

³ Araujo, Max. **Breviario de legislación nacional, expresiones culturales tradicionales.** Pág. 68

No obstante, no hay una postura concreta respecto a identificar el contenido de los conocimientos tradicionales; es por ello, relevante indicar que pueden concebirse desde dos puntos de vista para determinar los elementos que lo integran y precisar la protección más ventajosa que puedan obtener.

El primer criterio contempla únicamente a los conocimientos tradicionales de naturaleza técnica, relacionados con la biodiversidad y el acceso a recursos genéticos, establecidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

El segundo criterio contiene una definición más generalizada, e incluye tanto a los conocimientos de naturaleza técnica asociados al conocimiento tradicional, como también a las expresiones culturales tradicionales como un subconjunto de estos, complementándose ambos entre sí.

La relación entre ambos criterios es muy estrecha, derivado que ambos conservan ciertas similitudes entre sí; como por ejemplo, que ambos provienen de las comunidades indígenas y locales, además de ser transmitidos de generación en generación y que su titularidad se concentra en la colectividad –pueblos indígenas y comunidades locales-.

No obstante las semejanzas expuestas, existen diferencias importantes, al momento de establecer las herramientas jurídicas pertinentes para brindar protección jurídica adecuada; ya sea a través de los derechos que regula la propiedad intelectual; o bien, si es pertinente utilizar la legislación que preceptúa el patrimonio cultural.

Dentro de la materia susceptible de protección de los conocimientos tradicionales se encuentran los conocimientos medicinales y ecológicos, las obras literarias, las artísticas y representaciones, las canciones, música, danzas, las ceremonias tradicionales, las artesanías, la gastronomía maya, los lugares sagrados, entre otras actividades culturales.

1.2 Características de los conocimientos tradicionales

Los conocimientos tradicionales se registran y transmiten mayormente en forma oral, pertenecen en forma conjunta a sus titulares, el aprendizaje se perfecciona en forma empírica a través de la práctica constante; además, son conocimientos intuitivos, y no necesariamente analíticos, desarrollados por sus propios usuarios y no por grupos de técnicos especialistas.

1.2.1 Titularidad colectiva

La titularidad colectiva de los conocimientos tradicionales, normalmente se les atribuye a los pueblos indígenas, en la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, destaca la participación de las comunidades grupos e individuos como sujetos del desarrollo sostenible y del patrimonio de una nación.

En esta característica se ve manifestada la diversidad y riqueza cultural de las diferentes comunidades, que se apartan de sus intereses particulares para promover el desarrollo colectivo.

De tal cuenta, la relación entre el patrimonio cultural y los conocimientos tradicionales es necesaria, para el desarrollo y creación de las actividades tradicionales; aunque, al pretender reconocer derechos de propiedad intelectual, sobre estos conocimientos, en determinado momento resultaría complicado individualizar con claridad la titularidad de los mismos, constituyendo a cierto punto, un obstáculo para una eventual inscripción para protegerlos por esta vía.

1.2.2 Oralidad

La oralidad representa una forma de comunicación ágil, rápida y sencilla de transmitir los conocimientos adquiridos; generalmente, las creaciones e innovaciones tradicionales no se encuentran fijadas en soportes físicos o almacenados en una base de datos, ni utilizan herramientas tecnológicas para su canalización dentro de las comunidades; y, no por ello, se les debe considerar obsoletos, rudimentarios, o faltos de creatividad.

1.2.3 Empíricos

El empirismo es otra de las características a destacar, derivado de las prácticas constantes de los comunitarios a través de los usos locales y del contacto frecuente con la naturaleza, fortalecen y mejoran sus creaciones tradicionales; la evolución adquirida es relevante para su perfeccionamiento, la adaptación a las nuevas necesidades requeridas por sus titulares.

1.2.4 Relación con otras ciencias

Otra particularidad de estos conocimientos, es que están íntimamente ligados con una amplia gama de saberes y prácticas, como las ciencias naturales, lingüística, cantos, rituales, danzas, ritmos, curaciones, medicinas, farmacología, artesanía, cerámica, tejido, diseños, manejo de la biodiversidad, desarrollo sostenible, cultivos asociados, agroflorestera, manejo de ciencias hidrográficas, conocimiento de uso actual, previo o potencial de especies, de plantas y de animales, entre otras actividades.

1.3 Presentación de los conocimientos tradicionales

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual, describe varias categorías en la que pueden representarse los conocimientos tradicionales, y para una mejor diferenciación los divide como: los conocimientos agrícolas, los conocimientos científicos, los conocimientos técnicos, los conocimientos ecológicos.

A pesar de la clasificación que presente este ente internacional, la denominación de los conocimientos tradicionales es amplia y variada, por lo que adentrarse en una sistematización de estas creaciones, no es una tarea sencilla; no obstante, De la Cruz, propone una clasificación de los tipos de conocimientos tradicionales que comprende “...los conocimientos teóricos, conocimientos prácticos, y conocimientos de procesos...”⁴

⁴ Consejo Nacional de Áreas Protegidas, Oficina Técnica de Biodiversidad. Guatemala. Guatemala y su biodiversidad: Un enfoque histórico, cultural, biológico y económico. Pág. 121.

De esta clasificación, respecto a los conocimientos prácticos cabe destacar los conocimientos concernientes a "...las técnicas o destrezas conocidas; la frecuencia de eventos de uso reportados por período; las especies utilizadas por período; la diversidad alimentaria; la diversidad de especies utilizadas; la diversidad del inventario de cultivos; la frecuencia de uso de plantas medicinales por enfermedad y por curandero..."⁵.

Esta clasificación está enfocada principalmente a la biodiversidad y al uso que le puede brindar el conocimiento tradicional, a través del uso de plantas medicinales para sanar enfermedades, así como a la agricultura, a través de diversos cultivos, entre otras.

Por otra parte, la OMPI, desarrolló una lista breve de las diversas formas que pueden exteriorizarse los conocimientos tradicionales, siendo estos los conocimientos tradicionales no fijados y fijados, divulgados y no divulgados, individuales y colectivos entre otros.

1.3.1 Conocimientos tradicionales fijados y no fijados

Los conocimientos tradicionales fijados, se relacionan con el derecho de autor y los derechos conexos, además se representan en material tangible, como una canción, un libro, una película y recetas tradicionales, además pueden materializarse por escrito, en video, grabaciones; como por ejemplo, el calendario maya que es utilizado para la celebración de las ceremonias sagradas.

⁵ *Ibid.* Pág. 121.

En lo que respecta a los conocimientos tradicionales no fijados, estos no se encuentran representados en forma tangible, se perciben verbalmente y en otras formas no escritas, como la música, o las interpretaciones y acciones; igualmente, pueden exteriorizarse en forma oral y no verbal.

Dentro de esta clasificación, también se relacionan los conocimientos tradicionales catalogados y los no catalogados, los primeros se presentan de diversas formas tales como texto, video, grabación, o en combinación de ellos; los segundos no están contenidos en una expresión específica y son de orden abstracto, es decir que no pueden percibirse fácilmente.

1.3.2 Conocimientos tradicionales divulgados y no divulgados

Los conocimientos tradicionales divulgados pueden revelarse a personas que no sean miembros de las comunidades indígenas y locales en las que se originaron; con o sin su autorización, se encuentran a disposición del público, mediante la catalogación en diversos medios de comunicación o en registros públicos.

La divulgación de los conocimientos tradicionales es discutible, en virtud que al revelarse se encuentran inmersos en el dominio público; y por ende, sus titulares se verían afectados ante una posible protección a través de los derechos de propiedad intelectual, derivado que al ser ampliamente conocidos en la esfera pública, carecerían del requisito de novedad que se les exige para gozar de los derechos que promueve ésta institución.

Las creaciones no divulgadas, tienen un acceso restringido al público, algunos registros se mantienen en bibliotecas, archivos u otros depósitos específicos, y únicamente pueden ser consultados por los titulares que han registrado sus creaciones; ahora bien, los secretos confidenciales como son los custodios tradicionales, no pueden accederse ni por los miembros de las comunidades indígenas y locales.

1.3.3 Conocimientos tradicionales sagrados

Los conocimientos tradicionales sagrados incluyen elementos ligados a las creencias, prácticas, costumbres religiosas, y espirituales, pueden ejemplificarse a través de las plegarias, cantos e interpretaciones, así como símbolos sagrados.

En un principio, estos conocimientos no se comercializan; sin embargo, paradójicamente algunos objetos y sitios sagrados son comercializados por las propias comunidades religiosas y espirituales, o personas distintas a ellas, con fines lucrativos; irrespetándose el valor espiritual que por siglos les han otorgado estas comunidades.

1.3.4 Conocimientos indígenas

Los pueblos indígenas son parte fundamental en el desarrollo de los conocimientos tradicionales, en el informe de la OMPI, concerniente a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales, ha establecido que la expresión conocimientos indígenas, puede utilizarse para describir los conocimientos que poseen y utilizan las comunidades indígenas.



En la Convención 169 de la Organización Internacional de Trabajo, para Pueblos Indígenas y Tribales, se ha establecido una posición concreta respecto a la definición de los pueblos indígenas, y a sus vez hace referencia a lo que debe considerarse como pueblos tribales; de esa cuenta, respecto a estos últimos menciona en su Artículo 1 “...a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial...”.

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

De tal cuenta, los primeros comprenden aquellas personas que forman parte de una colectividad que les distingue de condiciones sociales y económicas, y que se rigen principalmente por las costumbres que han desarrollado en el transcurso del tiempo o por legislaciones específicas; por otro lado, los pueblos indígenas, que son producto de la población que habitó en la época de la conquista y que a la actualidad conservan una situación jurídica comprendida por sus propias costumbres, ideología, espiritualidad y actividades económicas.



Con la implementación de la Convención 169 de la Organización Internacional de Trabajo, para pueblos indígenas y Tribales, se dio un avance importante, con los principios relevantes como la autoidentificación, la no discriminación, reconocimiento de la cultura y otras características específicas, así como en derechos fundamentales como la educación, salud, seguridad social, empleo y otros puntos importantes como la artesanía y la industria rural.

1.4 Titulares de los conocimientos tradicionales

La titularidad en las creaciones, e innovaciones de los conocimientos tradicionales, normalmente ha estado sujeta a discusión la posibilidad de individualizar a quien pertenecen dichos conocimientos, derivado que estos se han fomentado dentro de las comunidades y se han desarrollado constantemente entre sus miembros.

En los distintos debates realizados por la OMPI y en otras instancias, se ha hecho hincapié en que los titulares de conocimientos tradicionales deben tener participación directa, respecto a las decisiones que afecten la protección, el uso y la explotación comercial de sus conocimientos.

En ese orden de ideas, la titularidad principalmente es colectiva y muchas comunidades al mismo tiempo pueden reclamar la propiedad de sus creaciones, ante tal incidencia se debe promover a través de la legislación la creación de un vínculo directo para beneficiarse y otorgar a la vez, cierta titularidad o custodia de los derechos sobre conocimientos tradicionales.

1.4.1 Beneficiarios

Son las personas que perciben directamente la protección otorgada por los diferentes sistemas normativos que tienen relación con los conocimientos tradicionales, como son las comunidades locales, comunidades culturales, pueblos indígenas, grupos, familias y minorías.

El Comité Intergubernamental de la OMPI, propone dos opciones para establecer a quiénes se pueden considerar beneficiarios; en la primera de ellas, hacen referencia a los pueblos indígenas y las comunidades locales, reiterándose en este criterio, la participación de estos pueblos como los actores principales

En lo que respecta, a la segunda propuesta "...los pueblos o comunidades indígenas; a las comunidades locales; a las comunidades tradicionales (...); y, si los conocimientos tradicionales no se pueden atribuir de forma específica o no se limitan a un solo pueblo indígena o comunidad local, o si no es posible identificar la comunidad en la que se han desarrollado, toda entidad nacional que determine la legislación local..."⁶

En la primera opción se reitera, la importante participación de los pueblos indígenas como actores principales en los beneficios resultantes del conocimiento tradicional; por su parte, la segunda opción es más completa, porque además de identificar a las comunidades y pueblos indígenas como principales beneficiarios, señala a los que determine la legislación específica.

⁶ Organización Mundial de la Propiedad de la propiedad intelectual. Op. Cit. Pág. 4

Cabe resaltar, que la protección jurídica debe recaer preferentemente en las comunidades que desarrollan y promueven los conocimientos tradicionales, ya que éstas los mantienen en el transcurso de las generaciones y se identifican culturalmente con ellos; beneficio que puede extenderse a las personas reconocidas por las comunidades para poder emplearlos.

Los beneficios de la protección jurídica deben estar sincronizados social y culturalmente con las personas que perciben tales prerrogativas, teniendo presente las necesidades y aspiraciones de las comunidades; ahora bien, si estos conocimientos están compartidos por varias comunidades, una de las opciones para resolver tal vicisitud es reconocer la cotitularidad de los derechos; y por ende, otorgarles los derechos separadamente a las comunidades sobre tales conocimientos.

1.5 Expresiones culturales tradicionales

En los distintos debates políticos y jurídicos referentes a la propiedad intelectual, se han utilizado los términos de expresiones culturales tradicionales, y las expresiones del folclore, para referirse a las creaciones que resaltan la cultura de un país determinado a través del talento artístico, técnico y espiritual de sus pobladores.

En algunos países el término folclore ha generado cierta controversia por considerarse de connotación negativa, y se recomienda utilizar expresiones culturales tradicionales como término mayormente aceptado.

La protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales ha estado sujeta a discusión en las últimas décadas, en 1964 la UNESCO, en la celebración de la décimo tercera reunión de su Conferencia General, se discutieron los problemas que atañen al folclore; más adelante, en 1967 cuando se efectuó una enmienda al Convenio de Berna a fin de otorgar protección a obras no publicadas de autores desconocidos.

Posteriormente, ante la imperante necesidad de protegerlas de la explotación ilícita y otras acciones que pudieran lesionar el patrimonio cultural, la OMPI en Ginebra reunió a su primer grupo de trabajo, con el objeto de analizar la posible creación de un proyecto de Ley Nacional atinente a las expresiones del folclore, que resultaría en la elaboración de las Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclore.

Estas normas servirían de modelo para ser implementadas en las legislaciones nacionales de cada Estado miembro; o bien, para adecuarlas a las ya existentes, o si fuera el caso, para crear nuevos sistemas sui generis; protección que se pretendía reforzar mediante la elaboración de un tratado internacional, situación que en ese momento, no se concretizó al no lograr identificar plenamente las expresiones culturales susceptibles de protección.

En 1996, con la aprobación del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, se dio un avance interesante en la inclusión del término folclore en la definición de artista, intérprete o ejecutante, con lo cual se garantizaría la protección a las obras literarias, poesías, canciones, bailes, obras de teatro.

A finales del año 2000 la OMPI, creó el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, con el objeto de reunirse periódicamente con los Estados miembros, para discutir las necesidades y planteamientos para mejorar la protección jurídica a las expresiones culturales tradicionales,

El enfoque reviste en encontrar un equilibrio adecuado entre la actividad preventiva en contra de los abusos, y el fomento a las expresiones para motivar la creatividad individual de sus titulares; otro acontecimiento valioso para las expresiones culturales tradicionales, se dio con la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, adoptada por la UNESCO, como parte de la conferencia general celebrada en el año 2001.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, se adoptó la Convención Sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, instrumento que fuera ratificado por el Estado de Guatemala, el 21 de agosto de 2006 y publicado en el Diario de Centro América el 23 de marzo de 2007.

1.5.1 Definición

Las expresiones culturales tradicionales constituyen una base fundamental de la identidad y la conservación del patrimonio cultural, además están ligadas a la espiritualidad de las comunidades; la protección jurídica es importante para evitar el deterioro de las creaciones.

En las Disposiciones Tipo surge uno de los primeros intentos por definir las exponiendo que son "...las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad o por individuos que reflejen las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad en particular: las expresiones verbales, tales como los cuentos populares, la poesía popular..."⁷.

Esta definición aporta elementos interesantes como el patrimonio artístico tradicional, del cual se desprenden diversas actividades tradicionales que fomentan la cultura, el talento y la sabiduría de los miembros de sus comunidades, dándole importancia a la creatividad intelectual que desarrollan a través de la elaboración de música popular.

Algunas posturas identifican a las expresiones culturales tradicionales, como parte de los conocimientos tradicionales, mientras otros defienden la tesis que ambas instituciones deban estudiarse y protegerse en forma independiente; derivado que la naturaleza holística de estas difieren entre sí; por lo que, sería necesario implementar las herramientas jurídicas necesarias alternativamente una de la otra.

El Decreto 33-98 del Congreso de la República y sus reformas contenidas en el Decreto 56-2000, denominada Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en su Artículo 14, referente a las expresiones tradicionales culturales, en su caso las denomina como expresiones del folclore, preceptúa: "Las expresiones del folclore pertenecen al patrimonio cultural del país y serán objeto de una legislación específica".

⁷ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Análisis Consolidado de la Protección Jurídica de las Expresiones Culturales Tradicionales. Pág. 26.

Cabe resaltar, que la legislación específica aludida por esta norma, no es suficiente para satisfacer las necesidades de protección a través de la propiedad intelectual; si bien es cierto, existen leyes destinadas a proteger y salvaguardar el patrimonio cultural y aquellas actividades que exponen la cultura nacional; también lo es, que se carece de protección contra la explotación económica sin autorización de sus titulares, así como la apropiación indebida de estas expresiones.

Las expresiones culturales tradicionales incluyen una amplia variedad de formas tangibles, intangibles y combinadas de expresiones creativas; la descripción formulada en el proyecto de disposiciones, y sometida en su oportunidad al CIG, contiene cuatro categorías a saber, como lo son las expresiones verbales, las expresiones musicales, las expresiones corporales y las expresiones tangibles.

Dentro de las expresiones verbales se encuentran los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas; en las expresiones musicales se protegen las canciones y la música instrumental popular, entre otras creaciones que manifiestan la cultura tradicional de las comunidades.

Las expresiones corporales incluyen las danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales, que son movimientos y bailes que representan gráfica o literariamente un cortejo o baile, o bien danza con palabras; para la realización de estas actividades utilizan instrumentos musicales ancestrales, así como materiales propios de las ceremonias mayas, en estos actos enaltecen el respeto a su espiritualidad y religiosidad.

Dentro de las que cabe mencionar, la danza del “Pix Pix” consistente en “...en un altar sagrado maya, (...) donde algunas mujeres suben al cerro para pedir por la lluvia y el agua...”⁸, para la ejecución de esta danza, utilizan diversos materiales vegetales y animales.

Por su parte, las expresiones tangibles, son los dibujos, pinturas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto textiles, tapices, trajes, instrumentos musicales y obras arquitectónicas; los diseños textiles.

El tejido elaborado en algodón se utiliza en güipiles, sobregüipiles, telas bordadas, cintas, estolas y pulseras entrelazadas, contienen “La simbología y el lenguaje de los colores y figuras empleados en los textiles (...) revelan el estado de ánimo de la persona y su relación con la naturaleza.”⁹

De tal cuenta, los tejidos son parte importante de la cultura indígena y en consecuencia resulta necesario proteger la actividad intelectual que desarrollan al elaborar sus prendas.

La alfarería es una de las actividades prominentes dentro de la cultura maya, sus obras se destacan en tres tipos de cerámica en barro: roja, pintada y torneada, que se materializan en diferentes productos decorativos como jarros y piezas que emulan a sus orígenes ancestrales.

⁸ Consejo Nacional de Áreas Protegidas, Oficina Técnica de Biodiversidad. Guatemala. Op. Cit. Pág. 142

⁹ *Ibid.* Pág. 150

La gastronomía maya es otra de las actividades importantes que envuelven a las expresiones culturales tradicionales, a través de la elaboración de comidas típicas y que conmemoran fechas importantes y agradecen los beneficios obtenidos de los recursos naturales.

1.6 Patrimonio cultural

El patrimonio cultural es la principal riqueza de un país, manifestada a través de la creatividad de las comunidades indígenas, locales y demás comunidades culturales, y constituida a través de un proceso permanente, acumulativo e innovador; la cultura y el patrimonio cultural son elementos fundamentales de la identidad individual, comunitaria y nacional.

En la Ley para la protección del Patrimonio Cultural de la Nación en su Artículo 2, establece que “Forman el Patrimonio Cultural de la nación los bienes o instituciones que por ministerio de ley o por declaratoria de autoridad lo integren y constituyen bienes muebles o inmuebles, relativos a la paleontología, arqueología, historia, antropología, arte, ciencia y tecnología y la cultura en general, incluido el patrimonio intangible, que coadyuven al fortalecimiento de la identidad cultural”.

Por otro lado, el patrimonio cultural tangible, comprende los bienes culturales inmuebles, la arquitectura y sus elementos, incluida la decoración aplicada; los grupos de elementos y conjuntos arquitectónicos y de arquitectura vernácula, forman parte también de este valioso patrimonio nacional.

A su vez, incluye a la traza urbana de las ciudades y poblados, los sitios paleontológicos y arqueológicos, los sitios históricos, las áreas o conjuntos singulares, obra del ser humano o combinaciones de éstas con paisaje natural, reconocidos o identificados por su carácter o paisaje de valor excepcional, las inscripciones y las representaciones prehistóricas y prehispánicas.

En la Convención para Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, en su Artículo 2, establece que el patrimonio cultural inmaterial “Son los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que le son inherentes a las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos para que se les reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”.

La protección del patrimonio cultural inmaterial recae principalmente en las artes del espectáculo, usos sociales, rituales y actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, técnicas artesanales tradicionales.

Los bienes culturales muebles (citar artículo) “Son aquellos que por razones religiosas o laicas, sean de genuina importancia para el país, y que tengan relación con la paleontología, la arqueología, la antropología, la historia, la literatura, el arte, la ciencia o la tecnología guatemalteca.” La protección del patrimonio cultural de los bienes muebles, es de suma importancia puesto que representan una simbología de los acontecimientos históricos que se han desarrollado en Guatemala.

La protección de estos bienes recae en las pinturas, dibujos y esculturas originales, los instrumentos musicales, los archivos fotográficos, cinematográficos y electrónicos de cualquier tipo, los grabados las serigrafías y litográficos, y libros antiguos, mapas, documentos y publicaciones, entre otros.

En lo que respecta al patrimonio de los pueblos indígenas se entiende como todos los bienes culturales muebles definidos en las convenciones pertinentes de la UNESCO, de todos los tipos de obras literarias y artísticas como música, baile, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narración y poesía; y todas las formas de documentación de los pueblos indígenas o sobre ellos.

1.7 Consentimiento fundamentado previo

Es la autorización que conceden los titulares del conocimiento tradicional, previamente a ser utilizados por terceros interesados. Denominadas también como condiciones mutuamente convenidas, pueden plasmarse a través de sistemas contractuales, derechos exclusivos de propiedad; o bien, por medio del uso de cláusulas de confidencialidad a través de los secretos comerciales, o leyes específicas.

El convenio sobre la Diversidad Biológica establece en el Artículo 15.numeral quinto que “el acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo”. Este permiso pactado por los titulares de las creaciones tradicionales, consiste en la información necesaria que pueden recabar antes de otorgar el uso de sus conocimientos.



La participación de las comunidades debe ser consensuada, y partir desde una distribución equitativamente en los beneficios derivados del uso de estos conocimientos; así como establecer reglas claras para restringir el acceso a dichos conocimientos, y en su caso permitir la concesión por medio de una autoridad nacional adecuada.



CAPÍTULO II

2. Protección jurídica de los conocimientos tradicionales

La protección jurídica está destinada a encontrar un punto de equilibrio entre las necesidades y expectativas de los titulares de los conocimientos tradicionales, con la explotación comercial que pueden ser susceptibles sus creaciones, innovaciones y prácticas tradicionales.

Los intereses de las comunidades deben estar bajo la esfera del interés público, garantizado a través de una estructura jurídica confiable que reconozca el uso, las prácticas honestas, y en todo caso, sancionar las conductas negativas que vedan su desarrollo.

El Comité Intergubernamental, asociado a la OMPI, dentro de su labor ha elaborado una diversidad de estudios, documentos, ponencias, así como informaciones sobre experiencias prácticas, y ha concretizado en los objetivos políticos que deben alcanzarse para garantizar una protección jurídica eficiente a sus titulares.

Dentro de los objetivos que han señalado, destacan el reconocimiento al valor intrínseco de los conocimientos tradicionales; así como promover el respeto la dignidad, la integridad cultural y los valores intelectuales y espirituales de los titulares de los conocimientos tradicionales; además, de velar por una distribución equitativa de los beneficios.

El sistema de protección de conocimientos tradicionales debe ser aplicado acorde a su contexto colectivo, e integrado con su identidad cultural y social, con preponderancia en la espiritualidad y valores adquiridos de las comunidades.

Las medidas de protección jurídica de los conocimientos tradicionales, abarcan los derechos de propiedad intelectual, las medidas sui generis, las leyes sobre participación en los beneficios, las leyes sobre los derechos de los pueblos indígenas y derechos exclusivos específicos sobre los conocimientos tradicionales.

En estos instrumentos se busca ampliar las formas de protección y las doctrinas jurídicas, que desarrollen procedimientos eficaces para sus titulares; estas formas jurídicas son aplicadas a las innovaciones, prácticas, conocimientos y tecnologías empleadas por sus titulares, como por ejemplo la medicina tradicional, la agricultura tradicional o la artesanía.

El aporte de la medicina tradicional a la salud, ha sido fundamental en los últimos años, no sólo por la inclusión de sus productos, que influye en el desarrollo científico de nuevos componentes medicinales; sino, también a las elevadas rentas que han conseguido a escala mundial; como es el caso de “Chondodendron (...) que es una planta utilizada para el tratamiento de espasmos de tetanus muscular...”¹⁰; ha derivado en el interés de las compañías farmacéuticas en incluir a los productos derivados del conocimiento tradicional, ha ido en crecimiento constante, en las últimas décadas.

¹⁰ <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/.../UNPAN027583.pdf> Conocimiento tradicional sobre la Biodiversidad en el proyecto manejo integrado ecosistemas por pueblos indígenas y comunidades (Guatemala, 25 de enero de 2015)

Además los derechos de propiedad intelectual no deberían centrarse únicamente en la protección de los derechos relacionados a los conocimientos tradicionales asociados con la diversidad biológica, sino también en los conocimientos concernientes a la medicina, arte, artesanía, música y literatura.

La protección jurídica debe situarse preferentemente a conservar el modo de vida tradicional de las comunidades, así como enfocarse a resguardar los usos y costumbres que aplican a los componentes de la biodiversidad, sin dejar de lado las medidas necesarias para evitar usos indebidos en detrimento de las comunidades.

Los criterios que deben aplicarse a la protección de los conocimientos tradicionales que: “se crean y preservan en un contexto tradicional y se transmiten de una generación a otra; (...) están particularmente vinculados a un pueblo o comunidad indígena o tradicional, que los preserva y transmite de una generación a otra; (...) son parte integrante de la identidad cultural de un pueblo o comunidad indígena o tradicional que es reconocido como su titular porque sobre ellos ejerce su custodia, conservación, titularidad colectiva...”¹¹.

De esa cuenta, debe tenerse presente la vigencia de protección de estos conocimientos, ya que perduran en el tiempo; además, de establecer con claridad sobre las personas que resultaran beneficiadas, puesto que poseen titularidad colectiva; y, defender la identidad cultural de las comunidades.

¹¹ Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales: Informaciones Generales y Deliberaciones Previas Pág. 37

Bajo esa perspectiva, se pretende que a través de sistemas sui generis se incluyan estos requisitos en las legislaciones nacionales, acorde a las exigencias que reclaman los titulares de los conocimientos tradicionales, y con ello evitar los vacíos que ostentan los sistemas tradicionales de propiedad intelectual, para gozar de una protección eficiente.

Sin embargo, debe tenerse presente que existen excepciones y limitaciones al momento de exigir protección a través de los derechos de propiedad intelectual, siendo estas "...la exención al uso de la medicina tradicional en el hogar y en hospitales públicos y el uso de conocimientos tradicionales a los fines de la investigación estrictamente privada y sin ánimo de lucro, o las licencias obligatorias por razones de interés público...".¹²

No todos los conocimientos tradicionales son susceptibles de protección a través de la propiedad intelectual, cuando debe prevalecer el interés social, debe respetarse el beneficio colectivo y con ello, evitar que se ejerzan actividades monopólicas, al otorgar derechos exclusivos para una sola persona.

En otro orden de ideas, cada vez es más frecuente la comercialización de productos que tienden a engañar al consumidor, haciéndole creer que han sido creadas por comunidades indígenas, induciendo a error, actividades que se catalogan como competencia desleal.

¹² *Ibíd.* Pág. 46



2.1 Formas de protección

La protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales se dirigen a tutelar los derechos e intereses de las comunidades locales e indígenas en contra de la utilización indebida de terceros sin la autorización correspondiente.

Estos mecanismos de defensa se presentan en forma preventiva y positiva, ambas formas deben complementarse al momento de brindar una protección adecuada, tanto al implementar medidas preventivas para evitar la explotación económica sin autorización de sus titulares; como a su vez, reivindicar los derechos reconocidos a las comunidades,

2.1.1 Protección preventiva

En esta forma se emplean una serie de estrategias, para garantizar que un tercero no adquiera infundadamente derechos de propiedad intelectual sobre conocimientos tradicionales; así como, prever medidas para invalidar patentes registradas de invenciones de conocimientos tradicionales creados con antelación.

En lo que respecta a las expresiones culturales tradicionales, las partes interesadas en promover su protección ante las máximas autoridades en la esfera de la propiedad intelectual, refirieron que la reivindicación de sus derechos a través de la creación de normas preventivas.

Deben considerarse una serie de medidas para garantizar sus derechos, tales como: “medidas preventivas contra usos vejatorios, despectivos, así como cultural y espiritualmente ofensivos de las expresiones culturales tradicionales; (...) medidas para impedir la apropiación de la reputación o del carácter distintivo de las expresiones culturales tradicionales...”¹³

Las medidas propuestas de primera cuenta, tienen por objeto prevenir la comercialización indiscriminada de las expresiones culturales tradicionales, que constituyen acciones lesivas para los intereses de las comunidades; los métodos de control deben procurar en lo posible la reducción o erradicación de la distribución, y la reproducción ilegal de las obras tradicionales.

Estos mecanismos deben actuar preventiva y positivamente, combinándose la aplicación de estas medidas para reducir los actos vejatorios; y, en el caso de las expresiones tradicionales secretas tomar las medidas pertinentes, para evitar que estas formen parte del dominio público, y no puedan gozar de una protección efectiva.

La importancia cultural que representan sus creaciones es incalculable y cualquier acción vejatoria, resultaría negativa para el patrimonio cultural de la nación; por ello, es necesario promover el respeto por las actividades creativas de las comunidades; la adopción de normas que contribuyan a evitar la competencia desleal es fundamental para los titulares de las expresiones culturales tradicionales.

¹³ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. Op. Cit. Pág. 9.

La divulgación de las expresiones culturales tradicionales, es otro tema controversial en la discusión de su protección, puesto que éstas pueden formar parte del dominio público; y con ello, carecerían de novedad para protegerlas a través de los derechos de propiedad intelectual.

2.1.2 Protección positiva

Este tipo de protección utiliza los derechos reconocidos y establecidos en la legislación vigente de cada país, las leyes de orden cultural son fundamentales para resguardar la seguridad del patrimonio cultural, utilizando los mecanismos legales necesarios para detener las posibles violaciones y sancionarlas de conformidad con la ley.

Igualmente son necesarias las leyes concernientes a la propiedad intelectual, a través de las instituciones que regulan la propiedad industrial y los derechos de autor; en este caso, como se expone en capítulos posteriores, es necesario adecuar la legislación existente a fin de dotar de certeza jurídica a las creaciones intelectuales de naturaleza tradicional.

2.1.3 Protección sui generis de los conocimientos tradicionales

En el derecho de propiedad intelectual, sui generis, se emplea para describir al régimen concebido para proteger los derechos que no están contemplados en las doctrinas tradicionales de patentes, marcas, derechos de autor y secretos comerciales, entre otras instituciones que alberga la propiedad intelectual.

La protección jurídica que ofrece la propiedad intelectual, en la mayoría de casos no satisface en su totalidad las necesidades de las personas interesadas en defender sus creaciones e innovaciones tradicionales, a través del ejercicio de estos derechos; de tal cuenta, ven con buenas opciones la implementación de un sistema alternativo.

La OMPI acotó en las misiones exploratorias efectuadas entre 1998 y 1999, que “...algunas personas criticaron el sistema actual de propiedad intelectual por considerarlo inadecuado para proteger los conocimientos tradicionales debido a que, según creen, es un sistema de propiedad privada que se centra en derechos exclusivos y en autores/inventores individuales...”¹⁴

Ante tal crítica, los entrevistados en las referidas misiones, ven como una necesidad imperante la creación de un sistema sui generis adaptado a sus necesidades y pretensiones, en donde se garantice el bienestar de las comunidades; y, no el sistema actual que no se acopla a sus ideales.

El contenido de un sistema sui géneris debe versar sobre la protección de los conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas indígenas, teniendo como referencia los diversos impedimentos que actualmente les proveen los derechos de propiedad intelectual, tanto en la fuente de creación de estos conocimientos, como el reconocimiento colectivo de derechos, como el acceso fundamentado previo y la distribución equitativa de recursos obtenidos.

¹⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. **Conocimientos tradicionales: Necesidades y Expectativas en materia de propiedad intelectual.** Pág. 95

2.2 Apropiación indebida

Los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, son susceptibles de poder ser explotados ilícitamente, así como de sufrir otras acciones lesivas que vulneren los derechos que les corresponden a sus titulares o creadores, según su caso; como lo es, el aprovechamiento de los beneficios económicos que producen estos conocimientos.

El desconocimiento de los titulares de los conocimientos tradicionales, sobre la protección de sus creaciones, es uno de los factores principales que constituyen la apropiación constante sin la autorización correspondiente, derivado que al no conocer las herramientas jurídicas que poseen no ejercen los derechos que les corresponden.

La apropiación indebida es “Toda adquisición o apropiación de conocimientos tradicionales por medios desleales o ilícitos constituye un acto de apropiación indebida.”¹⁵

La apropiación indebida puede materializarse a través del robo, soborno, violación de las estipulaciones contractuales, engaño, así como actos desleales o deshonestos que incumplen las medidas jurídicas que requieren del consentimiento fundamentado previo para acceder a los conocimientos tradicionales.

¹⁵ Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales: Informaciones Generales y Deliberaciones Previas Pág. 26

Por su parte, las expresiones de folclore en las Disposiciones Tipo en el Artículo 3, se dispuso que la explotación ilícita de una expresión del folclore es “cualquier utilización que se haga con fines lucrativos y fuera de su contexto tradicional o acostumbrado sin autorización de la autoridad competente o de la comunidad concernida”.

Algunos ejemplos de apropiación indebida que sufren los titulares de las expresiones culturales tradicionales, son los casos de pinturas, que han sido reproducidas por personas extrañas a la comunidad, y se ven reflejadas en la vestimenta, alfombras, joyería, entre otros, y que son comercializados con posterioridad;

Así también, las composiciones de música tradicional, no escapan de las prácticas vejatorias y sus titulares se ven afectados de las grabaciones, adaptaciones y arreglos de canciones, sin la autorización debida, para explotarlas económicamente.

Es importante señalar, la imitación de los diseños tradicionales, entre los que se encuentra el huipil, tejido utilizado como vestimenta por mujeres en varias comunidades en el país, y concretamente los diseños han sido copiados y comercializados por terceros que no cuentan con la autorización debida para comercializarlos.

Para solventar estos inconvenientes, deben preverse medidas jurídicas que impidan la adquisición ilícita mediante actividades desleales o deshonestas, así como evitar el control de los conocimientos tradicionales por parte de terceros que no están autorizados para comercializarlos, sin compensar de manera justa y adecuada a los titulares reconocidos de estos conocimientos.

2.3 Normativa internacional relacionada con los conocimientos tradicionales

Los esfuerzos por proteger los conocimientos tradicionales, en el ámbito de propiedad intelectual y salvaguarda del patrimonio cultural, han avanzando en las últimas décadas para regular todos los aspectos que involucran al conocimiento tradicional mediante la aprobación de diversos convenios y tratados para fortalecer su protección, impulsados por importantes organizaciones internacionales como la OMPI y la UNESCO, entre otras.

2.3.1 Convenio sobre la Diversidad Biológica

En la necesidad de conservar la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes, así como la participación justa y equitativa en los beneficios generados a través de la biodiversidad, el acceso a recursos genéticos, la transferencia apropiada de la tecnología, y de los conocimientos tradicionales asociados; derivaron en la creación de este Convenio.

El 22 de mayo de 1992 en la Conferencia de Nairobi se aprobó el texto del Convenio Sobre la Diversidad Biológica y el mismo se encuentra vigente desde el 29 de diciembre de 1993.

Guatemala suscribió este Convenio el 13 de junio de 1992; posteriormente, fue aprobado y ratificado a través del Decreto 5-95 del Congreso de la República, el cual fue publicado en el Diario Oficial de Centroamérica el 12 de enero de 1996.

Como parte del desarrollo de este instrumento, se dispuso la instauración de la Conferencia de las Partes, que es el órgano rector del Convenio, que dentro de sus facultades contempla la organización de reuniones periódicas entre los Estados Parte; a la fecha se han celebrado doce reuniones ordinarias con importantes decisiones en la regulación de la diversidad biológica.

Con el objeto de lograr una mayor efectividad en la aplicación de este Convenio, se creó el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, y también el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización.

El Protocolo de Nagoya, fue adoptado en la décima Conferencia de las Partes, en la reunión celebrada el 29 de octubre de 2010, en Nagoya, Japón; este texto comprende las obligaciones que debe asumir cada Estado, adecuando la legislación nacional, al acceso a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales, que estén relacionados con recursos genéticos y fortalecer la capacidad de las comunidades para beneficiarse del uso de las creaciones tradicionales

Dentro de los objetivos principales de este Convenio se destacan: a) la conservación de la diversidad biológica; b) la utilización sostenible de sus componentes; y, c) la participación justa y equitativa de los beneficios que se generen de los recursos genéticos.

Cabe destacar, que para una implementación adecuada de los principios y fundamentos de este Convenio, se requiere la participación directa de los principales actores que intervienen en la distribución equitativa de los recursos obtenidos del conocimiento tradicional.

Por una parte el Estado, que es el ente encargado de proporcionar la tecnología y los recursos genéticos; por otra parte, es necesaria la implicación de los pueblos indígenas y comunidades locales, quienes tienen el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos.

Sin embargo, la relación existente entre los referidos actores, presenta inestabilidad; puesto que, se dificulta lograr la distribución equitativa de recursos económicos obtenidos del conocimiento tradicional; primeramente, por no establecer quiénes son los dueños del conocimiento tradicional; y en segundo lugar, por no identificar con claridad a quiénes pertenecen los recursos genéticos.

2.3.2 Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Este instrumento deriva de la declaración de las Naciones Unidas, sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada en 1989, es conocido también dentro de la esfera jurídica como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala en 1996; la incorporación de este importante convenio al ordenamiento jurídico ha sido importante para fortalecer los derechos de los pueblos indígenas.

Las disposiciones emanadas en este Convenio, tienen relación con los conocimientos tradicionales, no precisamente respecto a la protección específica, sino a los derechos que promueve, como el reconocimiento y protección de los valores, las prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de los pueblos indígenas.

Para el efecto señala el Artículo 5 en relación al reconocimiento de estos derechos:

- “a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo.”

Además, les brinda participación en las decisiones que les pudiera afectar como señala el Artículo 6 de este instrumento, que el Gobierno debe consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas.

2.3.3 Disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas

La creación de estas normas fue uno de los avances más importantes para intentar proteger las expresiones culturales, el sistema que presentaba contenía normas referentes a la protección, salvaguarda del patrimonio cultural, y le dedicaba aspectos relacionados al régimen de propiedad intelectual; disposiciones que fueron aprobadas en 1982, por el Comité de Expertos Gubernamentales.

En su contenido se estableció un modelo que permitiera evitar la divulgación del folclore, debido a que al estar en el dominio público las creaciones artísticas tradicionales relacionadas con el patrimonio cultural, colocaría en una posición desventajosa a las comunidades indígenas y locales.

La creación de este instrumento, constituyó el primer gran impulso a la protección de las expresiones culturales tradicionales, derivado que promovió la implementación de estas disposiciones, en las legislaciones nacionales de los estados miembros; y por ende, la promoción de adecuar las normas existentes relacionadas al derecho de autor, con las expresiones de orden tradicional.

Dentro de sus objetivos principales, se encontraba la necesidad de mejorar la protección jurídica que en ese momento padecían sus titulares ante la explotación indebida de sus creaciones por parte de terceros sin la autorización necesaria.

2.3.4 Acuerdos Sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio:

Adoptado en Marrakech, Marruecos el 15 de abril de 1994, este Convenio entró en vigencia en 1995, Conocido también como ADPIC, es el instrumento jurídico internacional que establece los principios básicos, el alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio; además, regula la provisión de los medios apropiados para respetar tales derechos.

Otro de los aspectos que regula es la creación de procedimientos eficaces y ágiles para la prevención y solución de controversias que puedan suscitarse entre los gobiernos; como también, fomentar la participación de éstos en las negociaciones comerciales.

En lo relacionado a los conocimientos tradicionales concernientes a la biodiversidad y acceso de recursos genéticos, en el Artículo 27 numeral tres, literal b) regula que los estados miembros podrán excluir de obtener el derecho de patentes en relación a "...las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológico".

Del citado artículo, existe preocupación por parte de las comunidades locales y pueblos indígenas, en la utilización de estos Acuerdos de propiedad intelectual, derivado que puede obtenerse derecho de patentes sobre microorganismos que puedan afectar su entorno social y natural.

Por otra parte, regula que los Estados Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante el derecho de patentes, utilizando un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas; es decir, que ven en su implementación una grave amenaza a sus intereses, en virtud que se monopolizarían los recursos comunes obtenidos en la utilización y aprovechamiento de ciertos recursos naturales.

2.3.5 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

Instrumento jurídico creado el 7 de septiembre de 2007, basado en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, tiene como postulados principales la igualdad de los pueblos indígenas ante todos los pueblos, y a su vez, el reconocimiento de diferenciación el derecho de ser pueblos diferentes y a considerarse como tales.

Además, resalta la contribución singular que producen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, apoyadas en doctrinas, políticas y prácticas basadas en la determinación de sus pueblos, establece puntos importantes como la libre determinación de los Pueblos Indígenas, refiriéndose a su condición política y al libre desarrollo económico, social y cultural.

La participación en la toma de decisiones es otro punto interesante, regulado en esta Declaración, y en su Artículo 18 indica el derecho que les asiste a los pueblos Indígenas, en la adopción de todas la decisiones que afecten a sus derechos.

El aspecto cultural no se podía dejar de lado, y establece en su Artículo 15 el derecho que les concede a los pueblos indígenas referente a "...la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos..."; es por ello, que promueve la tolerancia, el respeto y a eliminar toda práctica discriminatoria que disminuya sus derechos.

2.3.6 Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales

Convenio adoptado por la Conferencia General de La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, conocida en sus siglas en inglés como –UNESCO- el 20 de octubre de 2005, como consecuencia de las reuniones celebradas en Paris.

En este instrumento jurídico se expone el reconocimiento de los derechos sobre las expresiones culturales tradicionales, relacionadas con la identidad, espiritualidad y valores de los ciudadanos en los Estados Parte.

Además, uno de los postulados que promueve descansa en la libertad de expresión e información así como la diversidad de los medios de comunicación, al promover el sistema de conocimiento de los pueblos autóctonos, exaltando la riqueza material e inmaterial de las expresiones culturales tradicionales.

En otro orden de ideas, en su parte considerativa resalta la importancia de los derechos de propiedad intelectual para sostener a quienes participan en la creatividad cultural; de igual manera, menciona que por protección debe entenderse la preservación, salvaguarda y enriquecimiento de las expresiones culturales tradicionales.

Por otro lado, regula que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para proteger a las expresiones culturales que en situaciones especiales estén sufriendo de explotación ilícita sin la autorización correspondiente.

La cooperación es otro factor importante que se aborda en este Convenio, y que los Estados Partes deben fortalecer a través de la implementación de medidas que tiendan a promover las expresiones culturales tradicionales; así como la creación de un Fondo Internacional de la Diversidad Cultural.



CAPÍTULO III

3. La propiedad intelectual, como medio de protección de los conocimientos tradicionales

Establecer el mecanismo ideal para proteger jurídicamente las creaciones, innovaciones, y prácticas tradicionales, es una de las mayores preocupaciones que gira alrededor de las comunidades que ostentan el conocimiento tradicional.

Algunos expertos en el conocimiento tradicional y las expresiones culturales tradicionales, discrepan que la propiedad intelectual sea el medio eficaz para dotarlos de certeza y seguridad jurídica, y plantean la necesidad de crear métodos sui generis adaptados a las necesidades de sus titulares.

Por otra parte, hay quienes defienden la postura que el mecanismo ideal es utilizar los derechos de propiedad intelectual, como herramienta jurídica para su protección; mientras, que otros proponen que una combinación de ambos modelos generaría una mayor efectividad en satisfacer las necesidades de sus titulares; aunado a ello, plantean reforzar la normativa existente de propiedad intelectual.

La propiedad intelectual es una institución que se refiere principalmente a las creaciones de la mente, sean estas las invenciones, las obras literarias y artísticas así como los nombres y las imágenes utilizadas en el comercio.

Para Marco Antonio Palacios “es la disciplina jurídica que tiene por objeto la protección de bienes inmateriales, de naturaleza intelectual y de contenido creador, así como de sus actividades afines o conexas”.¹⁶

Esta institución se divide en dos categorías, por una parte la propiedad industrial, y por otra, los derechos de autor, y derechos conexos; los primeros intentos de protección surgieron el Convenio de París para la Protección de Propiedad Industrial de 1883 y en el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886.

La necesidad de proteger la creatividad intelectual se erige en la protección a los derechos morales y patrimoniales que le asisten a sus autores; bajo esa perspectiva, de promover el respeto de propiedad, se busca el desarrollo económico y social, a través de las prácticas comerciales leales.

La propiedad industrial, incluye las patentes de invención, las marcas, los diseños industriales, las indicaciones geográficas, los secretos comerciales; en lo referente a los derechos de autor incluyen las obras literarias, como novelas, poemas y obras de teatro, películas, obras musicales, obras artísticas, dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y diseños arquitectónicos.

Por su parte, los derechos conexos al derecho de autor, incluyen los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los de los productores de fonogramas y los de los organismos de radiodifusión.

¹⁶ Palacios, Marco Antonio. *Propiedad Intelectual, Temas Relevantantes en el escenario internacional*. Pág. 1.

La doctora Grethel Aguilar Rojas, advierte que “...los sistemas de derechos de propiedad intelectual son derechos privados que crean un monopolio legal sobre la explotación comercial de la propiedad intelectual en un período específico de tiempo...”¹⁷

Es el caso, que los derechos de propiedad intelectual adoptan el carácter de ser monopólicos, derivado que son derechos de propiedad de carácter exclusivo, que otorgan los permisos necesarios para explotar comercialmente una obra, o bien para proteger moralmente a su autor o creador dentro de un plazo específico.

Es por ello, que los fundamentos y principios de la propiedad intelectual, en determinado momento podrían colisionar con las expectativas de los titulares del conocimiento tradicional; en cuanto, que dentro de sus características se encuentran la titularidad colectiva, además de no tener limitación temporal alguna, ya que su objetivo principal es transmitirlos de generación en generación.

Por otra parte, cabe destacar que pueden identificarse tres formas específicas de concebir los derechos de propiedad intelectual en relación a los conocimientos tradicionales y estos son:

“a) los basados en la compensación o distribución equitativa;

b) los basados en el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual ya existentes;

¹⁷ Aguilar Rojas, Grethel. Op. Cit. Pág. 185

c) los basados en un sistema sui géneris de protección...”¹⁸

Dentro de la primera conceptualización, estos derechos se materializan a través de la concesión de patentes, concerniente a los recursos genéticos por medio de acuerdos o contratos, en donde las partes pactan libremente la compensación o la distribución equitativa de los recursos que obtendrán.

En lo que respecta, a la utilización de los derechos de propiedad intelectual ya reconocidos e implementados en la legislación, como por ejemplo, la ley de propiedad industrial que contiene derechos sobre patentes, marcas, diseños industriales; o bien, la implementación de sistemas sui géneris sobre derechos exclusivos específicos que regulen las creaciones tradicionales; en el caso, que las normas de propiedad intelectual sean incompatibles con sus características y las aspiraciones de sus titulares.

Los beneficios que pueden desprenderse ante una eventual protección a través de los derechos de propiedad intelectual son: “(...) facilita el funcionamiento ordenado de los mercados evitando la confusión y el fraude e impidiendo la competencia desleal; (...) salvaguarda la integridad de determinadas obras y creaciones, así como sus derechos de atribución; (...) protege la información confidencial de su uso o apropiación de mala fe...”¹⁹

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 187

¹⁹ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. *Op. Cit.* Pág. 16

Estos son algunos de los aspectos positivos que aporta esta institución a la protección de los conocimientos tradicionales, evitando la competencia desleal, entre los titulares y los terceros no autorizados; la confianza en las comunidades de resguardar sus obras ante posibles apropiaciones indebidas de personas ajenas.

3.1 La propiedad industrial y su utilización en los conocimientos tradicionales

La propiedad industrial, es un conjunto de derechos, e instituciones, que otorgan a una persona ya sea individual o jurídica, la propiedad sobre una invención, a través de una patente, modelo de utilidad, un diseño industrial, o bien, de un signo distintivo.

El Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, en su Artículo 1.3 refiere que “La propiedad industrial se entiende en su acepción más amplia se aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas de todos los productos fabricados o naturales...”

En concordancia con los postulados de este Convenio, la ley de Propiedad Industrial en el artículo uno estipula que “...la protección, estímulo y fomento a la creatividad intelectual que tiene aplicación en el campo de la industria y el comercio y, en particular lo relativo a la adquisición, mantenimiento y protección de los signos distintivos, de las patentes de invención y de modelos de utilidad y de los diseños industriales, así como a la protección de los secretos empresariales y disposiciones relacionadas con el combate de la competencia desleal.”

Algunas de las instituciones que se derivan de la propiedad industrial, podrían utilizarse para proteger al conocimiento tradicional, como por ejemplo el derecho de patentes, los secretos comerciales, el diseño industrial; no obstante, los requisitos que imponen son incompatibles con algunas expresiones culturales tradicionales, lo cual hace menos viable utilizar estos derechos a favor de sus titulares.

3.1.1 Patentes

La patente es un derecho que confiere el Estado a las personas, para producir o utilizar de forma exclusiva, en un período de tiempo específico, o a la concesión a un tercero a través de una licencia un producto para que sea desarrollado.

El Artículo 4 de la Ley de Propiedad Industrial, establece que la patente "...es un título otorgado por el Estado que ampara el derecho del inventor o del titular con respecto a una invención, cuyos efectos y alcances están determinados por esta ley...". El derecho a la patente se le confiere a su inventor, pudiendo dos o más personas tenerla en común, además de ser transferida por cualquier título.

La patente confiere a su titular el derecho de impedir que terceras personas utilicen sin autorización la invención patentada, permitiéndole accionar por los medios legales para reivindicar su derecho. Sin embargo, no todas las creaciones son susceptibles de ser patentadas, existe materia que no constituye invención, como los simples descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos, entre otros.

La Ley de Propiedad Industrial a su vez, permite que el derecho de una patente o la solicitud de la misma, sea enajenado o transferido por la vía sucesoria, la vigencia de la patente gozará de un plazo de veinte años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de la misma.

3.1.2 Requisitos de patentabilidad y su aplicación en el conocimiento tradicional

Los requisitos necesarios para que una invención sea patentada, son novedad, nivel inventivo y que sea susceptible de aplicación industrial; el nivel inventivo, verifica si una persona está capacitada en la materia técnica correspondiente, y si la misma no resulta obvia ni se habría derivado de manera evidente del estado de la técnica pertinente.

El requisito esencial para que la invención sea novedosa, es que no se encuentre en el estado de la técnica; ésta comprende la accesibilidad al público en cualquier parte del mundo y que sea divulgado de cualquier otra forma o medio, antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente.

Además, la invención requerirá de aplicación industrial cuando su objeto pueda ser producido o utilizado y tenga una utilidad específica, sustancial y creíble en cualquier tipo de industria o actividad productiva; estos requisitos son acumulativos, distintos y ordenados, ya que los tres requisitos deben reunirse conjuntamente, para conceder una patente; como también, son conceptos distintos y que siguen un orden específico para su cumplimiento; es decir, primero tienen que ser novedosos, con un nivel inventivo y ser aplicados industrialmente.

Conocidos los requisitos de patentabilidad, cabe poner de relieve, si los titulares de los conocimientos tradicionales están preparados para cumplirlos y realizar todas las gestiones ante los registros de propiedad intelectual; o por el contrario, carecen de las exigencias para concederles tales derechos.

Al analizar el primer requisito de novedad, cabe considerarse si los conocimientos tradicionales reúnen el requisito de novedad, y si se encuentran en el estado de la técnica.

La posibilidad de cumplirse con ambos requisitos disminuye notablemente, puesto que el conocimiento tradicional se transmite de generación en generación entre sus miembros, por lo que son ampliamente conocidos, careciendo de novedad alguna, para solicitar su protección a través de un derecho de patente.

Por otra parte, en cuanto al estado de la técnica, la transmisión constante entre los miembros de la comunidad creadora del conocimiento tradicional, implica que la divulgación sea anterior a la solicitud de patente, perdiendo en todo caso la novedad exigida; es menester indicar, que la divulgación de estos conocimientos, constituye uno de los principales elementos para perder la novedad inventiva.

El segundo de los requisitos que deben cumplirse por parte de las comunidades indígenas y locales, para que les sean concedidos derechos de patente sobre sus creaciones tradicionales, es el de actividad inventiva.

Ahora bien, son los conocimientos tradicionales lo suficientemente no evidentes para un experto en la materia; es decir, que no sean fácilmente deducibles de los conocimientos que ya existen; además si requieren un esfuerzo muy dedicado para su elaboración, o por el contrario carecen de mérito creativo.

En ese orden de ideas, la posibilidad de cumplirse este requisito es escasa, derivado que generalmente, el conocimiento tradicional es diverso y está enfocado en las costumbres y a la cultura; por lo que, la actividad inventiva en muchos casos es inexistente, no porque carezcan de ingenio, sino porque requiere de un índice alto de calidad de invención.

Dentro del tercer requisito para obtener la patentabilidad, está la aplicación industrial; ahora bien, cabe cuestionarse si estos conocimientos, tienen una implicación directa en la actividad industrial; definitivamente, algunas de las creaciones tradicionales cuentan con componentes que sean susceptibles de ser aplicados industrialmente.

Sin embargo, en la mayoría de casos, sus titulares se encuentran alejados de la explotación industrial, y sus conocimientos representan creaciones con menor sofisticación, en comparación con el conocimiento científico.

Aunado al cumplimiento de los requisitos de patentabilidad, otra limitante a la que deben enfrentarse los titulares del conocimiento tradicional consiste en el trámite extenso que conlleva la solicitud para la concesión de patente.

El trámite a posteriori constituirá un gasto elevado para las comunidades; ante tal eventualidad, es imperante la necesidad de adaptar el sistema actual de propiedad intelectual, a procedimientos más sencillos para las comunidades indígenas y locales, desarrollados a partir, de la creación e impulso de sistemas sui generis de protección.

Otro de los aspectos negativos de la aplicación del sistema de patentes a los conocimientos tradicionales, consiste en el derecho de exclusividad que otorga; derivado que, este beneficio se le concedería únicamente a un individuo, y no a la comunidad tradicional que durante muchos siglos han transmitido sus conocimientos de generación en generación.

En tal virtud, otorgársele a una sola persona, vendría en detrimento de las comunidades; de igual manera, los titulares de los conocimientos tradicionales se verían imposibilitados en decidir sobre la comercialización de la invención, y consecuentemente, en la repartición de los beneficios obtenidos.

Ahora bien, varios de los conocimientos tradicionales creados por una misma o diferentes comunidades, comparten características y similitudes; por lo que, ante una eventual concesión del derecho de patente, sus intereses se verían afectados; en el sentido, que las comunidades no crean sus conocimientos, tomando en cuenta si existen conocimientos creados con antelación que contengan idénticas características a los suyos, limitándose en ese caso, a obtener el derecho de invención.

3.1.3 Diseños industriales

Comprende tanto los dibujos como los modelos industriales, los primeros deben entenderse como toda combinación de figuras, líneas o colores, que se incorporen a un producto industrial o artesanal con fines de ornamentación y que le den una apariencia particular y propia; por su parte, los segundos comprenden toda forma tridimensional, que sirva de tipo o patrón para la fabricación de un producto industrial, que le dé un aspecto especial y que no tenga fines funcionales técnicos.

Los diseños industriales están limitados a los elementos o características que no incorporen algún aporte novedoso del diseñador, así como los elementos que necesiten la reproducción para permitir que el producto que incorpora el diseño sea montado mecánicamente o conectado con otro producto del cual constituye una parte o pieza integrante.

El elemento personal está constituido por el diseñador a quien se le otorga el derecho de la protección y al registro del diseño industrial; el requisito esencial para su protección es la novedad, es decir que debe diferir significativamente de diseños conocidas o de combinaciones de características de los mismos.

Sin formalidades específicas el plazo de protección alcanza hasta los tres años; si se solicita la inscripción formal de registro se concede la vigencia de un plazo de diez años, pudiendo ser renovado por única vez por el plazo de cinco años.

De igual manera, como sucede con el sistema de patentes los requisitos de novedad y originalidad siguen presentes, y la limitación del período de tiempo que gozan de protección, se convierten en obstáculos para sus titulares.

Sin embargo, esta institución puede ser viable en el campo de las expresiones culturales tradicionales que pueden ser susceptibles de recibir la protección de los diseños industriales, como lo son "...los productos textiles (...), tallas, esculturas, cerámicas, artesanía en madera, manufacturas en metal, joyería, cestería y otras formas de artesanía..."²⁰.

Actividad artesanal y tradicional que en cierto punto obtendría los beneficios de esta protección; no obstante, que durante las actividades exploratorias efectuadas por la OMPI, los entrevistados han manifestado que los diseños industriales no es el método apropiado para proteger la forma, y el diseño de sus productos artesanales.

Además las personas consultadas expusieron que sus diseños son susceptibles de ser explotados comercialmente en forma indebida, y en algunos casos se registran por parte de terceros que no están autorizados para comercializarlos.

En ese orden de ideas, la utilización de los diseños industriales para proteger las actividades artesanales, resulta en los aspectos expuestos incompatible para ejercer tales derechos, siendo conveniente utilizar sistemas sui generis para acoplar los requisitos exigidos a las características de las creaciones de naturaleza tradicional.

²⁰ *Ibid.* Pág. 61



3.1.4 Marcas

Es todo signo denominativo figurativo, mixto, tridimensional, olfativo, sonoro o mixto, que sea apto para distinguir los productos o servicios de otros similares en el mercado, de una persona individual o jurídica, que pueda ser objeto de una representación gráfica.

Las marcas sirven para indicar el origen comercial de los productos, así como distinguirlos de otros; La probabilidad de utilizar el sistema de marcas para la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, es muy escasa puesto que las comunidades tradicionales han manifestado que no satisface con sus necesidades.

Por ejemplo, "...las marcas de fábrica o de comercio son marcas que se utilizan el curso de operaciones comerciales..."²¹ deseando éstas que se protejan las palabras o marcas indígenas, aunado a que tendrían que cumplir con todo el trámite extenso de registrar una marca.

Otra situación negativa, es el limitado plazo que otorga protección, situación que contrasta con las características de los conocimientos tradicionales que se conservan a través de generaciones, sin tener preocupaciones de la expiración del plazo para ejercitar sus derechos.

²¹ *Ibíd.* Pág. 58



3.2 Competencia desleal

Los titulares de conocimientos tradicionales también deben estar protegidos contra otros actos desleales como aseveraciones falsas o engañosas que incluyan productos o servicios prestados; entre estos actos figuran las aseveraciones falsas o engañosas mediante las que se indica que un producto o servicio ha sido producido o suministrado.

Constituye un acto de competencia desleal el sugerir que un producto o actividad comercial, esté originado o relacionado con alguna comunidad titular de conocimientos tradicionales.

Así también, es importante recalcar que en la medicina tradicional estos actos son más comunes, puesto que varios productos se venden en diferentes comercios, aludiendo que fueron elaborados en base a conocimientos tradicionales, y en realidad no han tenido ninguna intervención por parte de éstos.

Para el efecto, el Artículo 10 bis del Convenio de París, señala los actos de competencia contrarios a los usos honestos en materia industrial o comercial, comprendidos los siguientes:

“a) Actos que puedan crear confusión respecto de los productos o servicios o la actividad industrial o comercial de un competidor;

- b) Aseveraciones falsas que puedan desacreditar los productos o servicios o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- c) Indicaciones o aseveraciones cuyo empleo pudiera inducir al público a error, e particular, sobre el modo de fabricación de un producto o la calidad, cantidad o demás características de los productos o servicios;”

3.3 Derechos de autor y derechos conexos, empleados como mecanismos de protección a las expresiones culturales tradicionales

Las expresiones culturales tradicionales, representan un papel importante dentro del patrimonio cultural de una nación, manifiestan la identidad y cultural de su pueblo; y, como toda creación humana es susceptible de solicitar la protección jurídica necesaria, para impedir que una tercera persona, la utilice en detrimento de sus intereses.

Dicha protección descansa en evitar que sean objeto de apropiación indebida, así como explotación económica sin autorización de sus titulares, y con motivo de resguardar sus intereses se busca en la propiedad intelectual, el mecanismo para evitar que dichos vejámenes continúen propagándose;

De ésta rama del derecho, se desprende el Derecho de Autor y Derechos Conexos, como el sistema jurídico ideal para solventar las carencias de protección a tan importante fuente de riqueza cultural como lo son las expresiones culturales tradicionales.

Esta rama de la propiedad intelectual, otorga al titular de la obra, los derechos exclusivos morales y patrimoniales, con el objeto de impedir la reproducción, representación, radiodifusión, traducción y adaptación no autorizadas de la obra.

El contenido del Derecho de autor, abarca los derechos morales y patrimoniales que pueden ejercer sobre sus creaciones intelectuales, otorgándoles la paternidad, la integridad y el aprovechamiento de la obra.

En lo concerniente a los derechos morales, es el reconocimiento que se le confiere al autor, por ser el creador natural de la obra, que reviste de características importantes como la inalienabilidad, la imprescriptibilidad, y la irrenunciabilidad; es decir, son intransmisibles, no se extinguen al transcurrir el tiempo y no pueden renunciar al ejercicio de sus derechos.

Dentro de las facultades que le confieren al autor se encuentra la paternidad de la obra, al poder reivindicarla en todo momento, especialmente al exigir la mención de su nombre o seudónimo, como autor de la obra, en todas las reproducciones y utilizaciones de ella;

La protección de la integridad de la obra, le concede el derecho de oponerse a cualquier deformación mutilación, u otra modificación que pudiera sufrir la obra, en perjuicio del honor o reputación; además, les asiste el derecho de conservar su obra inédita o anónima, a través de un testamento; ello sí, le limita el plazo hasta por setenta y cinco años después de su muerte.

Por otra parte, los derechos pecuniarios que se conceden al titular del derecho de autor, como estipula la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en el Artículo 21, consiste en conferir al titular del derecho de autor, las facultades de usar directa y personalmente la obra, así como de ceder total o parcialmente sus derechos sobre la misma, y de autorizar o prohibir su utilización y explotación por terceros; protección que abarca toda la vida del autor y hasta setenta y cinco años después de su muerte.

3.3.1 Requisitos de una obra para obtener protección del derecho de autor

Los derechos establecidos en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, corresponden a la persona física que realiza la creación intelectual, es decir al autor de una obra literaria, artística o científica, siempre que sea una obra creativa, original, y se encuentre fijada en algún soporte material.

Esta normativa aludida establece claramente que únicamente una persona humana puede ser creadora de una obra; sin embargo, estipula que pueden ser titulares de los derechos que confiere dicha ley, el Estado, las entidades de derecho público y las personas jurídicas.

La obra es el resultado de la actividad personal desplegada por el autor, existen distintos tipos de obras como por ejemplo la obra colectiva, la obra de arte aplicado, la obra derivada, la obra en colaboración, la obra individual, la obra audiovisual, la obra anónima, las obras musicales, la obra inédita, la obra originaria, entre otras.

En la referida ley, en el Artículo 15 se estipulan que pueden considerarse como obras, "...las expresadas por escrito, mediante letras, signos o marcas convencionales; las composiciones musicales, con letra o sin ella; las dramáticas, musicales; las audiovisuales; las de arquitectura, entre otras..."

La creatividad, se refiere a la emanada por la actividad del hombre, siendo necesaria la intervención de éste, descartando cualquier creación que provenga de la naturaleza, es un requisito exigido en el Artículo 15 de la Ley de derechos de Autor y Derechos Conexos.

Describir la originalidad de una obra no es una tarea muy sencilla, existen dos criterios el objetivo y subjetivo, para establecer si una creación es original; la primera, apunta que se debe considerar los atributos individuales de esa obra o la singularidad respecto a la obra existente, se le relaciona con la novedad; sin embargo, no requiere que sea novedosa la obra para atribuirle que sea original.

Por otro lado, el segundo criterio refleja la personalidad del autor, en el sentido que no copia obra ajena, igualmente en el Artículo antes citado refiere que se consideran obras las que constituyan una creación intelectual original.

Ahora bien, cabe indicar que la fijación material, según la Ley antes referida, en el Artículo 4 estipula que por fijación debe entenderse "...la incorporación de sonidos o representaciones en un medio físico que permite que sean percibidos, reproducidos o comunicados al público."

Este requisito, no se encuentra en la ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos; aunque, para obtener protección una obra debe estar representada en soporte; como regula el Artículo 24, “no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.”

3.3.2 Limitaciones del derecho de autor al proteger las expresiones culturales tradicionales

Las expresiones culturales tradicionales, se producen en distintas formas a través de la música, las canciones, obras de teatro, historias, ceremonias, rituales, alfarería, entre otras, cabe destacar que existen dos tipos de obras tradicionales: las nuevas creaciones y las creaciones ya existentes las de reciente creación.

Las primeras utilizan la técnica tradicional, podrían ser protegidas a través de los derechos de autor; mientras, que las creadas con antelación, y que han sido transmitidas de generación en generación, es poco probable que puedan obtener protección mediante los derechos de propiedad intelectual, en virtud de encontrarse en el dominio público.

Ahora bien, una vez puntualizados en el apartado anterior, los requisitos que debe contener una obra; cabe considerar si las expresiones culturales tradicionales pueden ser protegidas por medio del derecho de autor.

Sin embargo, existen varias limitantes para que puedan ser acogidas a través de estos derechos de propiedad intelectual, siendo estas la originalidad de la obra, la identificación del creador de la expresión cultural, así como la vigencia de estos derechos.

La originalidad de las expresiones culturales tradicionales, es uno de los requisitos que se les dificulta cumplir a los comunitarios, puesto que muy pocas veces representan la personalidad singular del autor, sino más bien expresan el sentir cultural de la comunidad.

Sin embargo, este requisito no tendría que representar un obstáculo para las nuevas expresiones basadas en el folclore, en las tradiciones de la comunidad, derivado que son creaciones actuales, y como apunta la OMPI, en el análisis consolidado de la protección jurídica “siempre que se añada una nueva expresión que trascienda la mera reproducción de la forma tradicional de expresión”²²;

Por otro lado, las expresiones culturales ya existentes al pertenecer al dominio público, resulta complicado que puedan ampararse en los derechos de propiedad intelectual y concretamente en los derechos de autor; otro requisito que es incompatible con las expresiones del folclore, es individualizar plenamente al autor, en virtud que éstas son creaciones del grupo de comunitarios, o varios de ellos; como de igual manera, por el espíritu colectivo que atañe a estos pueblos, no desearían que una sola persona obtenga la protección deseada.

²² *Ibíd.* Pág. 43

No obstante, gran parte de estas expresiones se encuentran en el anonimato, en el Artículo 4 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, estipula que obra anónima es “aquella en la que no se menciona la identidad de su autor, por voluntad de éste o por ser ignorado”; por lo que, podrían considerarse que algunas expresiones son anónimas, al ignorarse quién es el posible autor de dicha creación.

En relación al plazo de protección, que se le confiere a este tipo de obra, empezará a contarse a partir de la primera publicación, o partir de su realización, y para efectos de cómputo debe estarse al plazo que rige para los derechos patrimoniales.

Otro inconveniente al que deben enfrentarse los titulares de las expresiones del folclore es el tiempo de duración de la protección otorgada; derivado de la transmisión de conocimientos de generación en generación, entre sus miembros.

El restringir el plazo equivaldría a una protección definida, y al agotarse dicho período de tiempo formarían parte del dominio público; por otra parte, la exigencia de que deban estar representadas en un soporte material, no es un requisito que sea imposible cumplir para las comunidades, puesto que generalmente se encuentran incorporadas a un soporte.



CAPÍTULO IV

4. Alcances de los conocimientos tradicionales en la legislación guatemalteca y su implicación en la propiedad intelectual

La riqueza cultural de nuestro país se ve reflejada en diversas manifestaciones de las comunidades indígenas y locales, la tesitura de alcanzar la protección jurídica de los conocimientos tradicionales, es un tema que no escapa de la realidad nacional.

La ratificación del Convenio Sobre la Diversidad Biológica, como también de la Convención Sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, se han dado pasos importantes para brindar la deseada protección por parte de los titulares de los conocimientos de naturaleza tradicional; teniendo como principal reto el implementar la legislación adecuada, en el ordenamiento jurídico nacional.

Recientemente, se destaca la realización del primer Congreso Nacional de Conocimientos Tradicionales Colectivos y Diversidad Biológica celebrado en 2012; así como la participación en la décimo segunda Conferencia de las Partes del Convenio de la Diversidad Biológica, realizado en octubre de 2014.

Actividades en donde se expusieron las necesidades de las comunidades nacionales respecto a la utilización y aprovechamiento tanto de sus conocimientos tradicionales, como de las expresiones culturales de orden tradicional.

El tema cultural es de suma relevancia para el desarrollo del país, derivado que Guatemala posee una gran diversidad multiétnica, multilingüe, cultural; es por ello, que regula principalmente la protección a los grupos étnicos y el patrimonio cultural de la nación.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado de Guatemala, reconoce, respeta y promueve las formas de vida de los grupos étnicos, haciendo referencia principalmente a los grupos indígenas de ascendencia maya, en la que se compromete a respetar sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena; es decir, que los pueblos indígenas son los principales beneficiarios del conocimiento tradicional.

Por otra parte, la Convención Sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, establece que los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute; de esa cuenta, la contribución de las comunidades indígenas y locales, es la principal fuente del patrimonio cultural, y como consecuencia, el respeto y resguardo a sus creaciones tradicionales.

De tal manera, El Estado de Guatemala, está obligado a promover el derecho a la cultura, otorgándole el derecho a toda persona de participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad; así como es parte de sus obligaciones estatales el velar por la protección y divulgación de la cultura nacional, como también crear los mecanismos jurídicos necesarios con el objeto de impedir el enriquecimiento ilícito, y restaurar o recuperar cuando sufran vejámenes.

En relación a la protección del arte, el folclore y artesanías tradicionales, en el Artículo 62 de la Constitución Política de la República de Guatemala, destaca la importancia de las expresiones artísticas nacionales, y las concernientes al folclore y a las artesanías tradicionales.

Dicho esto, resalta la protección especial que el Estado les debe brindar con el fin de preservar su autenticidad, también asume el compromiso de apoyar, estimular la actividad inventiva y creativa del artista, promoviendo su formación y superación profesional y económica.

El patrimonio cultural, es otra institución relacionada con el conocimiento tradicional y las expresiones culturales tradicionales; se encuentra normado en el Decreto 26-97, reformado por el Decreto Número 81-98 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación.

Esta ley establece una serie de normas y principios relacionados con dicho patrimonio, regulando la clasificación de bienes e instituciones que por disposición de la ley deben protegerse.

De esta clasificación se desprende el Patrimonio Cultural Intangible, que se encuentra conformado por las instituciones, tradiciones y costumbres tales como la tradición oral, musical, medicinal, culinaria, artesanal, religiosa, de danza y de teatro.

4.1 Situación de las expresiones culturales tradicionales en el contexto nacional

La implicación de los derechos de propiedad intelectual respecto a las expresiones culturales proviene de la necesidad de aprovechar los recursos económicos que pueden obtener al explotarlas comercialmente.

Como también, pretende reivindicar sus derechos para impedir la utilización de sus expresiones culturales tradicionales sin la autorización correspondiente; y no únicamente la utilización, sino evitar que terceras personas registren como suyas estas creaciones a través de los derechos de propiedad intelectual.

La ratificación de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones de la UNESCO, ha sido un paso importante para brindar la protección que esperan sus titulares.

Sin embargo, no se ha logrado reducir las carencias que deben afrontar las comunidades para resguardar sus derechos, siendo necesario reforzar la protección preventiva dentro de la legislación nacional, respecto a las creaciones existentes que han sido trasladadas de generación en generación.

La protección positiva a las nuevas expresiones culturales tradicionales, producto del desarrollo constante que envuelve a las comunidades, no se puede obviar; es por ello, pertinente acotar que además de adecuar y reforzar la legislación existente para proteger el patrimonio cultural de la nación.

Igualmente, es necesario implementar la normativa ideal para regular las creaciones intelectuales de naturaleza tradicional, a través de los derechos de propiedad intelectual para cumplir los requisitos que exige ésta institución; puesto que si forman parte del dominio público, las probabilidades para protegerlas por ésta vía, disminuye notablemente.

Cabe hacer mención, que respecto a los derechos de propiedad intelectual sobre las expresiones culturales tradicionales, o expresiones del folclore, la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, señala en el artículo 14, que "...una ley específica regulará lo concerniente a las expresiones del folclore...", advirtiéndose que actualmente no se dispone de tal ley que regule dichas expresiones, exclusivamente a proteger sus derechos inventivos.

De esa cuenta, el vacío legal es claro; en virtud que la ley específica a que hace referencia el artículo antes citado, no se encuentra regulado en la legislación nacional; siendo necesario crear una normativa específica que regule un sistema sui generis adaptado a las pretensiones, necesidades y expectativas de las comunidades locales e indígenas,

El contenido de la ley específica debe establecer con claridad la titularidad de las expresiones culturales tradicionales, así como el período de vigencia por la que se obtendrá la protección solicitada; además, incluir una clasificación de las expresiones del folclore.

Los procedimientos y requisitos que se exijan para su inscripción no deben ser excesivamente rigurosos, para dotarlos de certeza jurídica, a través de un registro específico; de igual manera, se debe velar por las expresiones culturales que forman parte del dominio público; es decir, aquellas que han sido transmitidas de generación en generación, conocidas ampliamente por todos, y que carecen de novedad exigida.

4.2 Escenario de los conocimientos tradicionales en Guatemala

Los conocimientos tradicionales relacionados a la medicina tradicional, biodiversidad, y recursos genéticos, encuentran su sustento legal en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado por Guatemala en 1996; con ello, se pretende proteger a los recursos naturales.

El Convenio Sobre la Diversidad Biológica, respecto a los conocimientos tradicionales, dispone en su artículo 8 literal j) que "...con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales...".

Este instrumento jurídico concede la facultad a los Estados de adecuar su legislación para proteger los conocimientos emanados de creaciones, innovaciones y prácticas tradicionales, a través de la aplicación de métodos para la conservación de la diversidad biológica; y a su vez, promueve la distribución equitativa de los beneficios.

Los primeros pasos encaminados a regular la situación jurídica de los titulares del conocimiento tradicional dentro de la legislación nacional, surgen a través de la elaboración de la primera Estrategia Nacional de Biodiversidad, que a su vez sirvió de base para implementar la Política Nacional de Diversidad Biológica.

Actividad desarrollada por más de diez años, a través de diversos estudios e investigaciones, estando a cargo el Consejo Nacional de Áreas Protegidas, en coordinación con el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, ésta política fue aprobada en 2011, a través del Acuerdo Gubernativo 220-2011.

Derivado de la creación de ésta política, se aprobó la Estrategia Nacional de la Diversidad Biológica y su Plan de Acción 2012-2022, que se compone por "...cinco estrategias operativas, catorce metas, once objetivos y un Plan de Acción, compuesto por 35 actividades estratégicas y 139 acciones estratégicas..."²³

Las cinco estrategias operativas proponen la institucionalidad territorial y articulación de actores; la conciencia y valoración; paisajes productivos sostenibles y planificación territorial para la conservación; atención a amenazas a la diversidad biológica; la restauración de la diversidad biológica y sus servicios económicos; su ejecución adecuada, resultaría en un avance notable para la protección deseada.

²³ Consejo Nacional de Áreas Protegidas. Implementación del Convenio sobre la Diversidad Biológica en Guatemala logros y oportunidades. Pág. 107

Además es importante resaltar que Guatemala forma parte del grupo de países megadiversos afines de la Convención de Diversidad Biológica, mención que obtuvo el 29 de octubre de 2010 en la Conferencia de las Partes número diez, desarrollada en Nagoya Japón; inclusión que aporta provechosos beneficios como la posibilidad del intercambio tecnológico, y de recursos humanos y financieros con otros países que conforman el mencionado grupo.

Posteriormente, en la Conferencia de las Partes número once realizada en Hyderabad, India en 2012, se incluye a Guatemala en la Junta dirigente –conocida también como troika- del grupo de países megadiversos, conjuntamente con Filipinas y Sudáfrica, países con los que alternativamente se distribuirán la presidencia durante seis años consecutivos.

Sin duda, la oportunidad de presidir es un logro importante en busca de la vía para proteger los conocimientos tradicionales relacionados con la biodiversidad, teniendo en cuenta que "...Guatemala comparte, junto con otros 18 países, cerca del 70% de la diversidad mundial de especies..."²⁴.

No obstante, de los avances planteados, en el tema de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, es necesario adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las recomendaciones establecidas en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, concretamente en el Artículo 8 literal j, que sugiere la creación de una ley específica para regular estos conocimientos.

²⁴ *Ibíd.* Pág. 33

El contenido de esta Ley, debe incluir en forma clara y precisa la distribución equitativa de los beneficios obtenidos en la utilización de conocimientos tradicionales ligados a la diversidad biológica, y regular el acceso a los recursos genéticos; igualmente, debe considerarse el tiempo que gozarán de la protección y quiénes serán los beneficiarios directos, además de un registro específico destinado a la inscripción de los conocimientos tradicionales.

4.3 Alternativas a la propiedad intelectual, para proteger jurídicamente a los conocimientos tradicionales.

La probabilidad de utilizar las normas existentes de propiedad intelectual, para proteger a los titulares de los conocimientos tradicionales, aún es muy discutible derivado de los exigentes requisitos que propone este sistema, que en muchas ocasiones contrasta con las necesidades y expectativas de sus titulares.

Sin embargo, podrían hacerse las modificaciones legislativas necesarias para adecuar las normas existentes relacionadas con la propiedad intelectual, a las exigencias de los creadores de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales, a través de sistemas sui generis.

A pesar de ello, es fundamental la participación de los pueblos indígenas y demás comunidades locales para lograr consensos con las autoridades gubernamentales, con el objeto de agilizar la implementación de las medidas necesarias para garantizar la mejor protección alternativa.

El esfuerzo de la OMPI y otros órganos internacionales como la UNESCO, en proteger estos conocimientos, y las expresiones que representan la diversidad cultural en las comunidades, ha sido valioso con las investigaciones y misiones exploratorias realizadas en las últimas décadas.

La información recabada directamente con los sujetos implicados en la conservación de sus creaciones tradicionales; aunque, avanzan lentamente se destaca la aprobación de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la UNESCO.

Por otro lado, en lo que respecta al Convenio sobre la Diversidad Biológica que en su Artículo 8 literal j), establece la relación existente entre la biodiversidad y los conocimientos tradicionales asociados con ésta y los recursos genéticos, estipula que en la medida de lo posible los Estados Parte, adecuarán su legislación para regularlos en sintonía con los objetivos y alcances del referido texto.

Sin embargo, en la legislación nacional se carece de norma alguna orientada a proteger los conocimientos relacionados con la biodiversidad y el acceso a los recursos genéticos, a diferencia de la legislación de otros países como Costa Rica, Panamá, Perú, que cuentan con normativa especializada en ese ámbito.

No obstante, que la implementación de la estrategia nacional de diversidad biológica y su plan de acción 2012-2022, es un ejercicio importante a modo de crear las condiciones políticas, jurídicas y sociales financieras relacionadas a la biodiversidad.

La constante participación en las reuniones ordinarias de las Conferencias de las Partes; además, de haber obtenido la mención de país megadiverso, demuestran el interés en protegerla y la importancia que reviste su inclusión, en un país con amplia riqueza, natural y cultural.

De esa cuenta, las medidas preventivas y positivas que aspiren a brindar protección jurídica a los conocimientos tradicionales y a las expresiones culturales tradicionales como un subconjunto de estos, son más que necesarias para conservar el patrimonio cultural, la biodiversidad, la espiritualidad de los pueblos indígenas y demás comunidades locales.

Sin dejar de observar, otros mecanismos que podrían utilizarse en determinado momento para solventar las carencias y vacíos legales, en protección del conocimiento tradicional; algunas alternativas para proteger los conocimientos tradicionales, son las medidas sui generis, los contratos, la creación del registro de conocimientos tradicionales.

La creación del registro del conocimiento tradicional tiene por objeto inventariar los conocimientos, prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y comunidades locales, así como reconocer e inscribir derechos de propiedad intelectual o industrial sobre estos conocimientos si fuera el caso, además de poder identificar fácilmente a sus titulares.

Por una parte, se pretende amparar los conocimientos a través de la confidencialidad; es por ello, que para evitar que formen parte del dominio público, se busca que únicamente tengan acceso las comunidades indígenas involucradas en la creación del conocimiento.

Por otra parte, en cuanto a los conocimientos tradicionales existentes, que han sido divulgados y que forman parte del dominio público, sería adecuado la creación de un registro específico para este tipo de conocimiento para que puedan ser consultados en cualquier momento.

Otro punto, a tener en consideración al realizar la inscripción de estos conocimientos, es que se debe respetar el consentimiento fundamentado previo o bien la licencia del uso del conocimiento tradicional; derivado que su participación es relevante para el aprovechamiento de los recursos obtenidos.

Ahora bien, se mencionan a los contratos como otra vía para pretender protección a los conocimientos tradicionales, el contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho que manifiestan su voluntad coincidente para que exista contrato.

Existe divergencia si la naturaleza jurídica del contrato es de orden público o privado, si los sujetos que intervienen en la contratación, es entre el Estado y los particulares – pueblos indígenas y comunidades locales-, se estarían dilucidando en la esfera del derecho público

Por otro lado, estarían dentro del derecho privado si las partes que intervienen por ejemplo en la medicina tradicional son una entidad farmacéutica y una comunidad indígena; aunque estos últimos deberían formar parte también de la esfera del derecho público, toda vez que su fuente de creación proviene de recursos naturales y por ende, sometidos al escrutinio de las entidades estatales.

Los aspectos a reflexionar en la redacción de los contratos suscritos entre las partes interesadas, es el período de tiempo que regirá, así como los beneficios que se obtendrán para ambas partes –en todo caso, debiera ser en forma equitativa acorde a lo regulado en el Convenio sobre la Diversidad Biológica-.

Uno de los inconvenientes que pueden suscitarse en la realización de este tipo de contratos, es la asistencia legal que necesitaran algunos pueblos indígenas para cerciorarse que se hará una distribución equitativa de los recursos obtenidos y de las regalías pagadas; asesoría, que podría resultar altamente onerosa para dichas comunidades.

En el contenido de los contratos deben incluirse la identificación de las partes, la descripción del conocimiento colectivo, el establecimiento de las regalías que van a percibir los pueblos, así como el uso que les darán, además de fijar una garantía de cumplimiento; condiciones que deben sujetarse a una correcta distribución de los recursos que se obtendrán de la utilización de los conocimientos tradicionales.

La aplicación de modelos sui generis de protección de los conocimientos tradicionales, cobra relevancia cada vez más entre los sujetos involucrados en este ámbito, ante la escasa operatividad de los derechos de propiedad intelectual en resguardar sus intereses sociales, económicos, culturales y espirituales.

Este modelo específico debe estar sustentado en los principios sobre derechos humanos, conjuntamente con los sistemas locales apropiados y soluciones concernientes a la biodiversidad; la implementación de este sistema se enfoca principalmente en adecuar los derechos existentes a los principios y características de los conocimientos tradicionales que colisionan con los requisitos exigidos por la propiedad intelectual.

De conformidad con sus postulados se les considera carentes de novedad y originalidad, no precisa el carácter colectivo al no identificar claramente a sus creadores o inventores, aunado que determinan una duración limitada de protección.

Bajo esa perspectiva, la protección debe girar en torno reconocer la titularidad de los conocimientos tradicionales, determinar la materia susceptible de protección, además de fijar los objetivos que deben cumplirse para satisfacer las necesidades de sus titulares, y la distribución justa y equitativa de los recursos obtenidos.

Los objetivos deben estar orientados a promover la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, además de establecer reglas claras para las comunidades indígenas y locales, para evitar que terceros se apropien infundadamente de sus conocimientos.

En lo que respecta a la materia sobre la cual recaería la protección jurídica, se incluye a los conocimientos ligados a la biodiversidad y el acceso de los recursos genéticos; respecto a las expresiones culturales tradicionales; como se ha expuesto con antelación en capítulos anteriores tienen una naturaleza distinta a los conocimientos tradicionales de carácter técnico entendiéndose la medicina tradicional y los relacionados con la biodiversidad, por lo que deben estudiarse y protegerse separadamente en instrumentos jurídicos independientes.

Por consiguiente, la protección de los conocimientos tradicionales en Guatemala, es de suma relevancia, derivado que se posee una gran riqueza cultural y una amplia variedad de plantas y de especies de animales que lo identifican como un país megadiverso, que necesita implementar una regulación jurídica adecuada y eficiente, que se encuentre a la altura de las necesidades y pretensiones de sus titulares.



CONCLUSIONES

1. La inexistencia de legislación concerniente a la distribución justa y equitativa de los beneficios obtenidos de los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, entre las partes interesadas, acorde a lo dispuesto en el Artículo 8 literal j del Convenio sobre la Diversidad Biológica, suscrito por el Estado de Guatemala.
2. La imposibilidad de los titulares de los conocimientos tradicionales, para utilizar el derecho de patentes como sistema de protección a los conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad, derivado de los rigurosos requisitos que exigen para otorgar una patente y del extenuante procedimiento al que se enfrentan para reclamar sus derechos.
3. La carencia de legislación específica respecto a la regulación de las expresiones del folclore, en la esfera de la propiedad intelectual, tal como lo ordena el Artículo 14 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos; perjudica la creatividad intelectual de los pueblos indígenas y comunidades locales.





RECOMENDACIONES

1. Crear la legislación pertinente, a través del Congreso de la República de Guatemala, a efecto de regular los beneficios que se obtienen de la utilización de los conocimientos tradicionales relacionados a la biodiversidad, al uso de las plantas medicinales, los cuales deben versar sobre una distribución que sea justa y equitativa tanto para sus titulares, como para las personas interesadas en comercializarlos.
2. Decretar por medio del Congreso de la República de Guatemala, la ley que regule la protección de conocimientos tradicionales, así como los procedimientos de inscripción de estos derechos, basados en tramitación ágil y sencilla, sin descuidar la seguridad de las creaciones de naturaleza tradicional.
3. Implementar la normativa necesaria para proteger a través de los derechos de propiedad intelectual las expresiones culturales tradicionales que no formen parte del dominio público, con el objetivo de evitar la apropiación indebida de sus creaciones intelectuales, así como la explotación económica de estas sin las autorizaciones correspondientes.





BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR ROJAS, Grethel. **En busca de una distribución equitativa de los beneficios de la biodiversidad y el conocimiento indígena.** San José, Costa Rica, (s.e.), 2005.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. **Derecho de autor: servicio autónomo de la propiedad intelectual.** Caracas: Venezuela. Ministerio de Industria y Comercio: Dirección Nacional del Derecho de Autor, (s.e.), 1998.

ARAUJO, Max. **Breviario de legislación nacional sobre las expresiones culturales tradicionales, los conocimientos ancestrales y los derechos de los pueblos indígenas en materia de cultura.** Guatemala: Editorial Cultura, 2011.

Consejo Nacional de Áreas Protegidas, Oficina Técnica de Biodiversidad. Guatemala. **Guatemala y su biodiversidad: Un enfoque histórico, cultural, biológico y económico.** Guatemala (s.e.), 2008.

Consejo Nacional de Áreas Protegidas. **Implementación del Convenio sobre la Diversidad Biológica en Guatemala logros y oportunidades.** (s.f).

CORRY, Stephen y coautores. **Pueblos indígenas: para el mundo del mañana** España: Círculo Rojo, 2014.

GRENIER, Louise. **Conocimiento indígena: guía para el investigador.** Cartago: Editorial Tecnológica de Costa Rica, 1999.

http://www.gt.undp.org/content/dam/guatemala/docs/publications/undp_gt_ambiente
Política diversidad biológica 2012 (Guatemala, 20 de enero de 2015)

JALIFE DAHER, Mauricio. **El valor de la propiedad intelectual.** México: Juris Tantum, 2001.

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. **Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales** (s.f)

Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. **Análisis consolidado de la protección jurídica de las expresiones culturales tradicionales.** (s.f)

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. **Conocimientos tradicionales: Necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual.** (s.f)

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. **Proyecto de objetivos políticos y principios fundamentales: Informaciones generales y deliberaciones previas.** (s.f)

PALACIOS LÓPEZ, Marco Antonio, Ricardo Alberto Antequera Hernandez. **Propiedad intelectual, temas relevantes en el escenario internacional, Centroamérica:** (s.e.) 2000.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio. Organización Mundial de Comercio, 1995.

Convenio de París, para la Protección de la Propiedad Industrial. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1983.

Convención para Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Conferencia General de La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2005.



Convenio sobre la Diversidad Biológica. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1992.

Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Organización Internacional de Trabajo, 1989.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1992.

Código de Comercio. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, 1970.

Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 33-98, 1998.

Ley de Propiedad Industrial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 57-200, 2000.

Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 26-97, 1997