

“CONOCIMIENTOS TRADICIONALES, FOLCLORE O EXPRESIONES CULTURALES”

Licda. Gabriela Miranda Urbina

Introducción

El interés actual de muchos Estados de proteger los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales de sus pueblos y sus tradiciones, se encuentra directamente ligado a la globalización y avance tecnológico, los cuales a gran escala han ido generando una pérdida de las tradiciones culturales de los pueblos antecesores de la sociedad actual.

Surge una necesidad de protección a nivel político y legal de dichos elementos culturales a fin de brindarles una tutela efectiva frente a las vicisitudes e infracciones de las que son sujetos, siendo por ello que en los recientes foros internacionales sobre conocimientos tradicionales y expresiones culturales o folclore, se han manifestado de forma enfática la necesidad de una protección de dichas manifestaciones culturales por medios legales tales como la propiedad intelectual, la cual protege todas las manifestaciones de la creatividad humana.

La importancia actual de los conocimientos tradicionales se ha convertido en uno de los puntos más importantes de las políticas en materia de propiedad intelectual, generando que tanto los diferentes organismos internacionales como lo diversos Estados a

lo interno de su legislación, se establezcan normas de tutela y regulación del uso y acceso de dichos conocimientos; en este sentido a nivel internacional se destacan la denominadas “normas tipo” emitidas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, las cuales marcan una pauta a seguir para todos los Estados miembros de dicha organización en materia de protección dentro del ámbito de la Propiedad Intelectual; adicionalmente legislaciones como la Peruana cuentan con leyes especiales de protección de los conocimientos tradiciones y expresiones culturales brindándoles una tutela efectiva frente a las posibles infracciones de las cuales pueden ser objeto.

En el caso concreto de Costa Rica, la tutela directa es otorgada por medio de la Ley de Biodiversidad, ley número 7788, la cual protege los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales relacionadas con la diversidad biológica y conocimientos agrícolas y su relación con los recursos para la alimentación y la agricultura; así como los recursos biológicos y genéticos útiles para la industria farmacéutica, de los cuales según estimaciones internacionales, ahorran hasta un 400% en investigaciones de procedimientos farmacéuticos.

Desarrollo

A. Qué son los Conocimientos Tradicionales, Folclore o Expresiones Culturales Tradicionales?

El folclore o expresiones culturales¹ y los conocimientos tradicionales pueden definirse en conjunto como la creación intelectual originaria de un grupo específico, la cual se encuentra sustentada en las tradiciones y costumbres de dicho pueblo, donde su externalización la realiza el grupo mismo o por medio de individuos que lo conforman. Dichas creaciones intelectuales para constituirse en folclore y conocimientos tradicionales deben ser una representación de la identidad cultural y social por medio de la cual el pueblo o grupo transmite sus valores, normas y tradiciones; así por ejemplo las tradiciones y valores de los pueblos indígenas los cuales se manifiestan por medio de danza, música, literatura, esculturas, entre otros, tiene como características generales que se transmiten de generación en generación, reflejan la identidad cultural y social de un pueblo o grupo, cuentan con elementos propios de la comunidad o grupo que las desarrolla, son creadas por colectividades o individuos desconocidos, encomendados para realizar dicha creación a nombre del grupo o comunidad, normalmente no son

creados para fines comerciales sino para el mantenimiento de tradiciones y costumbres de dicho grupo y por último se encuentran en constante evolución de acuerdo a las necesidades del grupo o comunidad que las creó.

En términos generales el folclore y los conocimientos tradicionales vistos como partes de la expresión de un pueblo o grupo, se refiere a las diversas tradiciones y prácticas (antiguas y contemporáneas) que manifiestan la expresión de la cultura de dichos grupos; puede además afirmarse que dichas manifestaciones se presentan por medios tales como: literarios, artísticos, musicales, obras gráficas, esculturas, entre otros, y para el caso específico de los conocimientos tradicionales, que también pueden manifestarse no solo por los medios citados sino además por medios orales que van de generación en generación por medio de leyendas, rituales, historias y muchas veces canciones, música y enseñanzas, las cuales se circunscriben dentro de las manifestaciones culturales mencionadas.

Sin embargo lo anterior, y aun cuando las citadas manifestaciones formen parte de la cultura de un pueblo o grupo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

1 De acuerdo a la UNESCO: "los conocimientos tradicionales pueden definirse como el conjunto acumulado y dinámico del saber teórico, la experiencia práctica y las representaciones que poseen los pueblos con una larga historia de interacción con su medio natural. La posesión de esos conocimientos, que están estrechamente vinculados al lenguaje, las relaciones sociales, la espiritualidad y la visión del mundo, suele ser colectiva. Con demasiada frecuencia, se considera de forma un tanto simplista que sólo son un pálido reflejo de los saberes predominantes, y más concretamente del saber científico". En www.unesco.org/culture/ichconvention/index.php

ha realizado una diferenciación entre los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales a partir de las características funcionales que los definen; manifestando que los conocimientos tradicionales pueden definirse como:

“(...) conocimientos dinámicos y en constante evolución, que se crean en un contexto tradicional, se preservan colectivamente y se transmiten de generación en generación, y que incluyen, entre otros, los conocimientos especializados, las capacidades, las innovaciones, las prácticas y el aprendizaje, que perviven por medio de sistemas de conocimientos codificados, orales, verbales o de otra índole. También son conocimientos tradicionales los conocimientos relacionados con la biodiversidad y los recursos naturales. Los conocimientos tradicionales pueden ser de carácter sacro o mantenidos en secreto por sus beneficiarios, o de carácter abierto y disponibles para todos (...)”²

Partiendo de dicha definición y desde el punto de vista funcional, la OMPI ha catalogado dentro de los conocimientos tradicionales los conocimientos médicos y del ecosistema,

o los conocimientos relacionados con los recursos biológicos.

Por su parte en cuanto a las expresiones culturales, dicha organización ha manifestado de forma expresa:

“(...) Las expresiones culturales tradicionales con frecuencia son el resultado de procesos creativos intergeneracionales, sociales y comunitarios de carácter fluido, y reflejan y distinguen la historia, la identidad cultural y social y los valores de una comunidad. (...) Por expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore se entiende las producciones elaboradas con elementos característicos del patrimonio artístico tradicional creado y mantenido por una comunidad [nombre del país] o por personas que reflejan las expectativas artísticas tradicionales de dicha comunidad, en particular: las expresiones verbales, como cuentos, poesías y acertijos populares, las palabras, signos, símbolos e indicaciones; las expresiones musicales, como las canciones populares y la música instrumental; las expresiones corporales, como danzas populares, representaciones escénicas y formas

² OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2010.

artísticas o rituales, con independencia de que estén o no fijadas en un soporte; y las expresiones tangibles, tales como: los productos de arte popular, particularmente dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, artesanía, labores de punto, textiles, tapices, indumentaria; la artesanía; los instrumentos musicales; las formas arquitectónicas. Las “expresiones” de la cultura tradicional (o las “expresiones” del folclore) pueden ser intangibles, tangibles o, lo más frecuente, una combinación de ambas. Un ejemplo de este tipo de “expresión mixta del folclore” podría ser una alfombra (expresión tangible) donde se expresan elementos de un relato tradicional (expresión intangible)(...)”³

Dada la definición anterior es necesario tomar en cuenta que tanto el folclore, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales aun cuando se tratan de conocimientos y manifestaciones de cultura que representan la idiosincrasia de un pueblo específico, no necesariamente se refieren a manifestaciones antiguas de cultura, permitiendo diferenciar una comunidad y/o pueblo de otro a partir de sus costumbres, rituales, literatura, entre

otros, haciendo a cada comunidad o pueblo independiente aún cuando compartan las mismas raíces generacionales, tal es el caso de los pueblos descendientes de los Mayas, los cuales comparten una raíz generacional más sin embargo se trata de pueblos indígenas diferentes entre sí, diferencias que se encuentran básicamente en las expresiones culturales, conocimientos tradicionales y folclore de cada comunidad maya dependiendo de factores tales como la ubicación geográfica.

Con base en las definiciones y ejemplificaciones anteriores, a nivel mundial existe un debate en relación con la accesibilidad y titularidad de dichas manifestaciones culturales, en tanto muchos consideran que las mismas a ser una expresión de las tradiciones de un pueblo o comunidad, se encuentran dentro del dominio público y por ende son de uso irrestringido, considerando que al encontrarse dentro del dominio público no existe una titularidad y apropiación por parte de un grupo específico; sin embargo existen detractores de tales argumentos, los cuales manifiestan que las expresiones culturales mencionadas se refieren a creaciones intelectuales desarrolladas a través de los años por grupos específicos y por ende deben reconocérseles los derechos intelectuales sobre dichas creaciones.

3 OMPI: “Folleto No.1: Propiedad Intelectual Expresiones Culturales Tradicionales O Del Folclore”, OMPI, Ginebra, 2005.

En este sentido y para poder definir si se encuentran en el dominio público es necesario comprender que éste presupone que el material u obra pueda ser libremente utilizada o explotada, ser accesible para cualquier persona, siendo por ende que, aquello que se encuentra dentro del dominio público no reconoce ni tutela los derechos de propiedad intelectual de quien lo haya creado, ya sea por carecer de originalidad, por encontrarse en la esfera pública de libre acceso y/o por contar con condiciones especiales que lo excluyen de la protección intelectual. Sin embargo lo anterior, no todos los materiales u obras que se encuentran accesibles al público son de dominio público, así por ejemplo las obras de los museos son de acceso gratuito los cuales son de acceso público más no de dominio público, de igual forma las manifestaciones culturales objeto de la presente investigación, ello por cuanto las mismas se consideran de acceso público ya que se tiene acceso a ellas por medios literarios orales, musicales artísticos, entre otros, perteneciendo de forma exclusiva a los grupos y comunidades que les dieron vida y quienes realizaron un desarrollo intelectual para su creación.

En este sentido los expertos de la OMPI han realizado una definición de los conocimientos tradicionales desde el punto de vista del dominio público o a disposición del público, lo cual implica una diferenciación fundamental para la protección de los derechos de las comunidades y pueblos creadores de

dichos conocimientos, en este sentido han manifestado los expertos:

“(...) la expresión “dominio público” utilizada para denotar disponibilidad gratuita se ha aplicado fuera de contexto para referirse a los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos que están a disposición del público. Lo que se entiende, por lo general, por “a disposición del público” no es disponibilidad gratuita; Lo que se entiende por lo general podría ser que existe una condición para imponer condiciones de acuerdo mutuo como el pago de un importe en contrapartida para tener acceso. Se suele considerar que los conocimientos tradicionales están en el dominio público y, por ende, están disponibles a título gratuito una vez que han sido objeto de acceso y que se extraen de su contexto cultural particular y son objeto de divulgación, pero no puede partirse de que los conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos que se han puesto a disposición del público no son propiedad de nadie. En el concepto de disponibilidad pública podría estar implícito el requisito de obtener el consentimiento fundamentado previo de un depositario de conocimientos tradicionales que sea

*conocido, y podrían ser aplicables las disposiciones en materia de participación en los beneficios, incluso cuando se determine un cambio en la utilización a partir de un anterior consentimiento fundamentado previo, en los casos en los que no se pueda identificar al depositario, los beneficiarios de dichos conocimientos podrían ser determinados, por ejemplo, por el Estado(...)*⁴

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el folclore, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales son de acceso público, más no de dominio público en el sentido que pueden ser accesadas por cualquier persona, más no modificadas, ni utilizadas sin restricción, ello por cuanto las mismas pertenecen a los pueblos y comunidades que las crearon; en términos generales, y por ejemplo cualquier costarricense o persona extranjera podrá utilizar los conocimientos tradicionales de la comunidad indígena Brunca, más no podrá modificarlos ni utilizarlos para fines diferentes para los que fueron creados.

Dado lo anterior, a nivel internacional se ha generado una cultura de protección y tutela de los derechos intelectuales de los creadores de tales expresiones culturales, con el fin de reconocerles la creación

intelectual, por medio de normas tanto nacionales como internacionales que limiten el acceso, la modificación y la utilización de éstos sin su previa autorización o sin recibir remuneración alguna por su libre uso, el cual si bien se considera de acceso público más no de dominio público por pertenecer a un grupo específico considerado titular de los derechos originarios y derivados de los mismos.

Partiendo del hecho que éstos no se encuentran en el dominio público y por ende cuentan con un titular sobre los derechos emanados de su utilización, explotación, dicho titular (individual o colectivo) tendrá el derecho de restringir el uso de sus obras, sea por medio de restricciones generales a nivel legal como parte de la tutela estatal de dichos conocimientos o por medio del otorgamiento de licencias de uso a terceros, quienes deberán pagar una tasa por dicha licencia, permitiéndole a los pueblos y comunidades titulares de los derechos mantener un ingreso para el desarrollo de los mismos.

Dada la trascendencia cultural, así como que en la mayoría de los casos las comunidades generadoras de tales expresiones subsisten y se desarrollan a partir de las manifestaciones culturales, surge la necesidad no solo de dichas comunidades sino de los Estados en general de protegerlas, a fin de mantener

⁴ Véase el documento UNEP/CBD/WG ABS/8/2, informe de la reunión del Grupo de Expertos Técnicos y Jurídicos sobre Conocimientos Tradicionales relacionados con los Recursos Genéticos en el contexto del régimen internacional de acceso y participación en los beneficios.

viva la tradición y conocimientos que dieron origen a las comunidades y sociedades tal como las conocemos hoy en día. Dado lo anterior y siendo que las manifestaciones culturales en su mayor parte se manifiestan por medios escritos, artísticos, visuales y materiales la propiedad intelectual resulta un medio idóneo de protección por medio de la regulación del acceso y divulgación de dichas obras artísticas, protegiendo no solo los derechos de las comunidades que los crean sino además de los intereses generales de la colectividad de preservación de las tradiciones y folclore que representan a cada pueblo.

B. Normativa internacional de protección de los Conocimientos Tradicionales, Folclore Expresiones Culturales Tradicionales.

La protección de los derechos emanados de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales o folclore, se ha dado tanto a nivel internacional por medio de la adopción de tratados internacionales que contienen normas relativas a dichos temas, y a nivel nacional a lo interno de diversas legislaciones, las cuales han adoptado leyes especiales de tutela de dichos derechos. Dicha protección ha permitido garantizar los derechos de propiedad intelectual, tanto a nivel de resguardo, como a nivel de persecución de la infracción de estos en favor de sus titulares

quienes en términos generales se tratan de comunidades o grupos minoritarios dentro de una región.

A nivel internacional las manifestaciones culturales indicadas se han visto protegidas por medio de las siguientes normas:

- *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, el cual establece un mecanismo para la protección internacional de obras no publicadas y anónimas, cuyo fin es proteger de forma internacional las expresiones del folclore o expresiones culturales tradicionales.⁵
- *Disposiciones Tipo OMPI para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas*, las cuales fueron adoptadas por la mayoría de países miembros de dicha organización y se refieren a normas generales y sui generis para la protección por medio de la propiedad intelectual de las expresiones culturales tradicionales y las expresiones del folclore, las cuales son definidas como las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad o por individuos que reflejen

5 OMPI: "Folleto No.1: Propiedad Intelectual Expresiones Culturales Tradicionales O Del Folclore", OMPI, Ginebra, 2005.

las expectativas artísticas tradicionales de una comunidad.⁶

- *Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)*, por medio del cual se protegen los intérpretes y ejecutantes de las expresiones culturales.⁷
- *Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales*, la cual categoriza aquellos bienes que pueden ser considerados como parte de los bienes culturales de cada Estado y por ende expresiones culturales y parte del folclore; otorgándoles una protección especial como parte del patrimonio cultural de cada Estado.
- *Convenio sobre la Diversidad Biológica*, la cual reconoce el valor del conocimiento tradicional por medio de la protección de diversos ecosistemas y especies necesarias para el desarrollo de los mismos; estableciendo medidas para la protección de los conocimientos tradicionales relacionados con la conservación y sustentabilidad de la biodiversidad.

Adicionalmente a las normas establecidas mediante tratados internacionales; la OMPI creó el *Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore*,⁸ el cual realiza una serie de reuniones, seminarios, recomendaciones y agendas políticas internacionales con el fin de explicar a los Estados miembros la necesidad de protección de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales por medio de la propiedad intelectual; dicho Comité asesora y ayuda a los Estados miembros en la redacción de legislación garantista en dicha materia, logrando que se comprenda la importancia y necesidad de la protección de los grupos y pueblos que desarrollan cultura, a fin de proteger no solo sus intereses sino los de los Estados en tanto son los receptores de las expresiones culturales de dichos grupos. Dicho Comité dentro de sus principales logros destacan el análisis de las opciones legales con las cuentan los diferentes Estados para la protección de los recursos genéticos y conocimientos tradicionales, así como la creación de un borrador de objetivos y principios para la tutela efectiva de los conocimientos tradicionales.⁹

Además de la OMPI otra organización internacional que ha velado por la tutela de los derechos de los grupos o comunidades

6 Op. Cit.

7 Idem

8 En este sentido ver: <http://www.wipo.int/tk/en/cultural/index.html>

9 Adicionalmente dicho Comité ha contado con el desarrollo de manuales y lineamientos para el examen de patentes en materia de recursos genéticos y conocimientos tradicionales a efectos de determinar la novedad de los mismos de acuerdo con las normas tipo de la OMPI.

creadoras de expresiones culturales y conocimiento tradicionales es la UNESCO, la cual en 1989 realizó una serie de recomendaciones para los distintos países sobre la necesidad de protección de dicha manifestaciones culturales a partir de la protección de los grupos que les dan vida; en este sentido la UNESCO pretende una promoción económica social de los grupos con el fin que existan una equidad entre estos y el acceso a la cultura desarrollada por ellos.¹⁰

Es de suma importancia la trascendencia a nivel internacional de las recomendaciones citadas realizadas por la UNESCO, dado que éstas establecen recomendaciones en cuanto a la protección por medio de la propiedad intelectual de las expresiones culturales afirmando que dicha protección debe ser análoga a la que se le da a las creaciones intelectuales, equiparando las expresiones culturales con las demás manifestaciones del intelecto y creatividad humana tuteladas por la propiedad intelectual, buscando por ende una tutela de dichas expresiones por medio de los recursos existentes en materia de propiedad intelectual,¹¹ sea por medio de derechos de autor, derechos conexos, marcas, entre otros. En este sentido manifiesta la UNESCO que *“la protección del folclore significa esencialmente, el reconocimiento*

*de la existencia de una esfera de derechos de propiedad intelectual situadas entre los derechos individuales y el dominio público, nacional o internacional”*¹²

Es gracias a las recomendaciones y normas tipo de las organizaciones mencionadas que diversos países del mundo cuentan con legislación especial sobre el tema, tal es el caso de Cuba, Bolivia, y Perú las cuales cuentan con leyes concretas y especiales tendientes a la protección de las expresiones culturales y conocimientos tradicionales a fin de mantener protegido el folclore de sus pueblos. Adicionalmente Chile, Marruecos, Irán, Argelia, Costa de Marfil, Camerún, Colombia, Congo, Madagascar, entre otros cuentan con normas concretas de protección de dichas manifestaciones culturales.

Analizando la protección existente a nivel internacional mediante tratados internacionales, así como el interés de organizaciones como la OMPI y la UNESCO de proteger las expresiones culturales y conocimientos tradicionales, se concluye que el interés de dichas organizaciones trasciende el interés de los Estados de protección de sus tradiciones y su cultura y se enfoca en el mantenimiento de la cultura a nivel global por medio de la protección no solo de las manifestaciones de las

10 UNESCO: “Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular”. UNESCO, 1989.

11 Idem.

12 Idem.

expresiones culturales y los conocimientos tradicionales (es decir no solo a través de la protección de las artesanías, canciones, entre otras), sino además a través de la protección de los interés y los derechos de los grupos y comunidades que dan vida a dichas expresiones culturales.

C. Protección realizada por la OMPI de los Conocimientos Tradicionales, Folclore y Expresiones Culturales Tradicionales.

Con base en lo expuesto en el apartado anterior, se reconoce el interés de la OMPI en tutelar los derechos de propiedad intelectual de los autores, interpretes, ejecutantes, y creadores de cultura, siendo que por medio del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore ha realizado una serie de recomendaciones para dicha protección.

Adicionalmente en 1982, la OMPI en conjunto con la UNESCO realizaron las denominadas “Disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas”, las cuales pretenden ser normas generales tipo sui generis para la protección por medio de la propiedad

intelectual, de las expresiones culturales tradicionales y las expresiones del folclore.¹³

Las normas tipo creadas por la OMPI, establecen el principio de protección mediante el cual se pretende el resguardo directo de las expresiones culturales contra la explotación ilícita, definiendo como expresiones culturales a “(...) *las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y perpetuado por una comunidad de [nombre del país], o por individuos que reflejen las expectativas artísticas nacionales de esa comunidad, en particular: i) las expresiones verbales, tales como: los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas; ii) las expresiones musicales, tales como: las canciones y la música instrumental populares; iii) las expresiones corporales, tales como: las danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales; sea que estas expresiones estén fijadas o no en un soporte; y iv) las expresiones tangibles, tales como: a) las obras de arte popular y tradicional, tales como: dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes; b) los instrumentos musicales; c) las obras arquitectónicas.*”¹⁴

13 OMPI: “Folleto No.1: Propiedad Intelectual Expresiones Culturales Tradicionales O Del Folclore”, OMPI, Ginebra, 2005.

14 Artículo 2 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.

En las citadas normas tipo, específicamente en los artículos 3 y 4 se establecen las regulaciones básicas sobre el acceso a las expresiones culturales y del folclore, estableciendo que corresponderá a la autoridad competente de cada Estado o al titular de los derechos, el otorgamiento de la autorización para el uso, comercialización, y reproducción de las expresiones culturales y de folclore, salvo aquellos casos en que el uso de dichas expresiones se requiera para usos educativos, como ilustraciones, sin fines de lucro, entre otras, adicionando en el artículo 5 la necesidad de mención de la fuente y el origen de la expresión utilizada; lo cual denota el interés de la OMPI en que los Estados tengan una inclusión directa en la protección y desarrollo de las expresiones culturales de sus pueblos.

Por su parte los artículos 6, 7 y 8 establecen que se consideraran infracciones el uso indebido y sin previa autorización de las autoridades competentes o de los titulares de los derechos, así como el uso de las expresiones culturales sin que he dicho uso se haga mención de la fuente o cuando de forma intencional se modifique la fuente y se cause confusión a terceros; por último se consideran infracciones cualquier tipo

de desnaturalización de las expresiones culturales¹⁵; ante dichas situaciones las normas tipos en los citados artículos establecen como sanciones la confiscación¹⁶ de la mercadería o bien sanciones de carácter civil según corresponda¹⁷.

En su artículo 9 se considera el procedimiento que cualquier tercero o interesado deberá seguir para poder optar por la autorización para el uso de las expresiones culturales, debiendo según la norma tipo seguir el siguiente esquema:

- a. Solicitar de forma escrita la autorización de uso a la autoridad competente de cada Estado o ante el titular de los derechos, justificando el uso de la expresión cultural y los fines para los cuales será utilizada.
- b. La autoridad competente podrá o no conceder la autorización, en caso de concederla, podrá establecer un monto de royalties que percibirá por el uso que le tercero hará de la expresión, royalties que será utilizados para la promoción del folclore.
- c. Si el tercero que solicita la autorización lo considera pertinente podrá interponer

15 Artículo 6 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.

16 Artículo 7 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.

17 Artículo 8 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.

los recursos correspondientes ante las autoridades estatales contra la autoridad o titular del derecho..¹⁸

Por último las normas tipo establecen que en caso de contradicción con la legislación interna del Estado, prevalecerá la legislación que mas convenga para la protección de los intereses de los titulares.

Los lineamientos establecidos en las normas tipo establecen alcances básicos, que tanto la OMPI como la UNESCO recomiendan tomar en cuenta para el establecimiento de legislaciones internas para la protección de las expresiones culturales, folclore y conocimientos tradicionales. Al igual que los ADPIC, las normas Tipo establecen mínimos de protección, los cuales sirven de base para el establecimiento de protecciones extensivas y de mayor rango según las necesidades de cada Estado, ello porque como es conocido la función de OMPI, va dirigida a la tutela de las manifestaciones culturales mencionadas.

D. Normativa costarricense de protección de los Conocimientos Tradicionales, Folclore y Expresiones Culturales Tradicionales

En Costa Rica, la protección de las expresiones culturales y los conocimientos

tradicionales se encuentran regulados por las normas tipo analizadas anteriormente, las cuales sirven de base para la legislación nacional, específicamente para la Ley de Biodiversidad, la cual regula los procedimientos básicos de protección de las expresiones culturales y conocimientos tradicionales.

En cuanto a la legislación nacional, específicamente las expresiones culturales se encuentran reguladas por medio de la denominada Ley de Biodiversidad, en este sentido mediante el artículo 7.2 se establece en lo literal:

*“Artículo 7.2): Biodiversidad: (...) “Para los efectos de esta ley, se entenderán como comprendidos en el término biodiversidad los elementos intangibles, como son: el conocimiento, la innovación y la práctica tradicional, individual o colectiva, con valor real o potencial asociado a recursos bioquímicos y genéticos, protegidos o no por los sistemas de propiedad intelectual o sistemas sui generis de registro”.*¹⁹

De acuerdo a la norma anteriormente citada, se desprende que la definición de biodiversidad alcanza los conocimientos tradicionales, tanto a nivel individual como

¹⁸ Artículo 10 Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.

¹⁹ Ley de Biodiversidad.

colectivo, ya que el objeto de dicha ley²⁰ es la conservación de la biodiversidad con el fin de mantener una distribución justa de los beneficios y costos derivados de ésta, lo cual, analizado de forma extensiva supone que se tutelaran y protegerán los conocimientos tradicionales a fin de distribuir de forma justa sus costos y beneficios entre las comunidades beneficiarias, es decir entre los titulares de los derechos derivados de tales conocimientos.

En cuanto a los conocimientos tradicionales, en la citada ley en el artículo 7.6 se establece la definición de conocimientos abarcando el término en cuestión, a tales efectos, la ley establece:

“Artículo 7.6): Conocimiento: Producto dinámico generado por la sociedad a lo largo del tiempo y por diferentes mecanismos que comprende lo que se produce en forma tradicional, como lo generado por la práctica científica”.

Asimismo mediante el artículo 9²¹ de la mencionada ley, se establece que uno de los principios rectores es el principio de diversidad cultural, el cual consiste en el

respeto a las prácticas culturales (entendidas como conocimientos tradicionales y expresiones culturales), para lo cual se debe aplicar tanto la legislación nacional como internacional a fin de proteger los intereses de los titulares de los derechos, los cuales en el caso concreto se refieren en su mayoría a comunidades indígenas y grupos culturales.

En el capítulo V de la ley se hace referencia a las normas tipo de la OMPI en cuanto al procedimiento de solicitud de la autorización para el uso de las expresiones culturales y conocimientos tradicionales, a lo cual la Ley de Biodiversidad crea la Oficina Técnica de la Comisión, ante la cual el interesado deberá presentar una solicitud de autorización para dicho uso²², que además de los requisitos establecidos en el artículo 72 de Ley²³, deberá constar el consentimiento previo de los representantes de los grupos culturales titulares de los derechos, además del refrendo del consentimiento previamente informado, los medios que se utilizaran para la protección de los conocimientos y expresiones culturales y las explicación de cómo el uso de las expresiones culturales beneficiará la conservación de los intereses de la comunidad titular.²⁴ Una vez que se cumplen con dichos requisitos la Oficina

20 Artículo 1 Ley de Biodiversidad.

21 Artículo 9 Ley de Biodiversidad.

22 Artículo 64 Ley de Biodiversidad.

23 Artículo 72 Ley de Biodiversidad.

24 Artículo 63 Ley de Biodiversidad.

Técnica de la Comisión procederá a valorar el otorgamiento, ante lo cual podrá otorgar el uso de lo solicitado con las restricciones que considere oportunas a fin de preservar los elementos culturales que pudieren verse afectados.²⁵

Ante el otorgamiento de la autorización, la ley mediante el artículo 66 establece el derecho de objeción por parte de los pueblos indígenas o grupos culturales a fin de oponerse al *“acceso a sus recursos y al conocimiento asociado, por motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole”*.²⁶

Ante el incumplimiento del procedimiento establecido o ante un uso indebido de los conocimientos tradiciones y/o expresiones culturales, existen una serie de sanciones y procedimientos a aplicar a efectos de proteger los intereses de los titulares de los derechos, en este sentido la Ley de Biodiversidad establece sanciones de multa, civiles, administrativas y penales, las cuales podrán ser solicitadas por cualquier interesado en proteger y defender la biodiversidad²⁷ (en el caso concreto en defender las expresiones culturales y conocimientos tradicionales).

Adicional a lo anterior, la Ley de Biodiversidad en el artículo 82 establece el reconocimiento

de los derechos de propiedad intelectual de los grupos o comunidades creadoras de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales; derechos que son considerados de acuerdo a dicha Ley de carácter sui generis, es decir se trata de derechos que se reconocen con el simple hecho de existir y de ser manifestados por medio de prácticas culturales²⁸, por tanto las leyes especiales de propiedad intelectual no podrán afectar de ninguna forma la protección de los derechos comunitarios sui generis citados ya que los mismos cuentan con protección desde el momento de su existencia. Para efectos de proceder con el registro y protección de los mencionados derechos comunitarios sui generis, existe un procedimiento de reconocimiento y registro el cual deberá realizarse ante la Oficina Técnica de la Comisión y la Mesa Indígena y la Mesa Campesina, quienes deberán definir por medio de un proceso participativo en conjunto con las comunidades indígenas y campesinas, la naturaleza, los alcances y requisitos de estos derechos para su registro definitivo, con el fin de aceptar o denegar la inscripción de los derechos sui generis comunitarios derivados de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales²⁹, la inscripción o reconocimiento de tales derechos lo realiza directamente el Registro de la Oficina Técnica de la Comisión;

25 Artículo 65 Ley de Biodiversidad.

26 Artículo 66 Ley de Biodiversidad.

27 En este sentido ver artículos 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 de la Ley de Biodiversidad.

28 Artículo 82 Ley de Biodiversidad.

29 Artículo 84 Ley de Biodiversidad.

inscripción o registro que es voluntario y gratuito y podrá realizarlo la parte interesada o la autoridad de oficio; una vez que dicha oficina otorga el registro de derecho deberá determinar la forma de utilización del mismo y a quién o a qué grupo comunitario pertenecerá la titularidad del mismo.³⁰

Además del procedimiento anteriormente citado establecido en la Ley de Biodiversidad y a propósito de los diferentes mecanismos de protección en el ámbito de la propiedad intelectual, se puede afirmar que los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales se pueden proteger por medio del Convenio de Berna³¹ dado que el ámbito de protección de dicho Convenio abarca las obras anónimas y las obras no publicadas (como sucede con gran parte de las expresiones culturales). Asimismo y siempre en el ámbito de los derechos de autor y conexos, por medio del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), se pueden proteger los derechos de los intérpretes y ejecutantes de las expresiones culturales; y a la luz de la Ley De Marcas y Otros Signos Distintivos y del Convenio de Paris, los símbolos tradicionales y expresiones culturales pueden protegerse por medio de marcas colectivas que tutelen los intereses de la comunidad que les dio vida, todo ello con el fin de evitar usos indebidos, competencia desleal y delitos

contra la propiedad intelectual a favor de las comunidades indígenas y grupos culturales desarrolladores, ejecutantes e intérpretes de las expresiones culturales y conocimientos tradicionales.

Conclusión

Basándose en la hipótesis presentada como parte de la presente investigación se puede concluir que actualmente tanto en el ámbito internacional como nacional existe un gran interés en proteger las expresiones culturales y conocimientos tradicionales de las comunidades culturales por medio de la tutela de los derechos de éstas, sea por medio de la propiedad intelectual o por medios alternos como los establecidos en la Ley de Biodiversidad para el caso de Costa Rica.

Asimismo organizaciones internacionales como la OMPI y la UNESCO luchan día a día con promover una educación política en los diferentes Estados a fin que estos cuenten con legislaciones especiales de tutela de dichos derechos siempre dejando en manos de las autoridades nacionales la determinación específica de los límites de la materia objeto de protección, ante lo cual muchos países y varias organizaciones han decidido proteger las expresiones culturales y conocimientos tradicionales a

30 Artículo 85 Ley de Biodiversidad.

31 Artículo 15.4 del Convenio de Berna.

través de medidas sui generis en el marco de las normas tipo de la OMPI, mientras que otros en su minoría han establecido normas similares a las de la propiedad intelectual.

Sin embargo lo anterior y el afán de muchos países de proteger sus tradiciones y su folclore es necesario que organizaciones como la OMPI y la UNESCO continúen haciendo consciencia en los diferentes países a fin que existan una tutela efectiva de tales derechos de forma generalizada o bien que se logre suscribir un convenio o tratado internacional en materia de conocimientos tradicionales y expresiones culturales como existe en materias como los derechos de autor, marcas, entre otros a fin de proteger globalmente tales manifestaciones de cultura.

Bibliografía

• Libros y documentos

CABRERA MEDAGLIA, J: “Bioderecho Propiedad Intelectual , comercio y ambiente”. Ed. EUned, 2011

CONSEJO INDIO DE SUD AMÉRICA CISA: “Estudio del Control y la Posesión de la Propiedad Cultural de los Pueblos Indígenas.” Organización de las Naciones, Ginebra, 1992.

LEISTNER, M: “Analysis of Different Areas of Indigenous Resources – Traditional Knowledge”, en VON LEWINSKI, S:

“Indigenous Heritage And Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge And Folklore”, Ed. Kluwer Law International, 2003.

LIPSZYC, D: “Derecho de Autor y Derechos Conexos”, Ed. UNESCO/Cerlalc/Zavalia, 1993.

LITMAN, J: “The Public Domain”, Ed. Emory L.J, 1990.

OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2012.

OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2011.

OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2010.

OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2002.

OMPI: “Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore”, OMPI, Ginebra, 2002.

OMPI: "La protección de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales (folclor) y los recursos genéticos conexos: Enfoque desde el SELA", OMPI, Ginebra, 2009.

OMPI: "Folleto No.1: Propiedad Intelectual Expresiones Culturales Tradicionales O Del Folclore", OMPI, Ginebra, 2005.

SAMUELSON, P: "Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities," 66 Law & Contemp. Ed. Probs. 2003.

UNESCO: "Boletín de Derecho de Autor", UNESCO, 1996.

UNESCO: "Conocimientos Tradicionales: nuestra identidad, nuestro futuro". Mascate, OMAN, 2002

UNESCO: "Convención sobre la Protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales", UNESCO, Paris, 2005.

UNESCO: "Declaración de Mascate, sobre la Propiedad Intelectual y los Conocimientos Tradicionales", UNESCO, Mascate, 2002.

UNESCO: "Directrices de la sobre Tesoros Humanos Vivos", 1982.

UNESCO: "Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular". UNESCO, 1989

UNESCO: "Recomendaciones del FORUM Mundial UNESCO-OMPI 1997", Puket, Tailandia, 1997.

WATSON, I: "1993: International Year for Indigenous Peoples". Aboriginal Law Bulletin. Ed. AustLII. 2007.

• **Leyes y Reglamentos**

Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, 1994.

Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, 1972.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1977.

Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992.

Disposiciones Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folklore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas. UNESCO-OMPI, 1982.

Disposiciones Tipo UNESCOOMPI para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, 1982

Ley No. 1 de 1977, de Protección del Patrimonio Cultural, Cuba, 1997.

Ley No. 14 de 1977, Ley de Derecho de Autor, Cuba, 1977.

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), 1996.

Páginas Web

www.OMPI.org.

www.wikipedia.com

www.wipo.int/tk/en/cultural/index.html