

LAS EXPRESIONES ARTÍSTICAS DE LAS CULTURAS TRADICIONALES Y POPULARES FRENTE AL DERECHO DE AUTOR

JUAN CARLOS MONROY RODRÍGUEZ¹

Al no existir una industria de la microelectrónica, en Colombia no se diseñan, fabrican o ensamblan microprocesadores o circuitos integrados. No se espera que esta situación cambie en el futuro. No se tiene noticia de que algún fabricante de microchips esté pensando en montar, al menos, una planta para su ensamblaje. No obstante, nuestra normatividad en materia de propiedad industrial (Artículos 86 y siguientes de la Decisión Andina 486) consagra de manera amplia un régimen de protección *sui generis* a la propiedad intelectual sobre los esquemas de trazado de los circuitos integrados.

Siendo un país pluriétnico y multicultural, nuestro país es rico en expresiones culturales ancestrales que mantienen vivas tradiciones aborígenes, afroamericanas o campesinas, con diversas tipologías regionales a lo largo de sus costas, llanuras y montañas. Esta variedad étnica y cultural se expresa a través de manifestaciones artísticas propias de la artesanía, la música, la danza, los diseños de vestuario, sus mitos y leyendas, etc.

No obstante, en Colombia no existe una protección de la propiedad intelectual sobre este tipo de creaciones o expresiones artísticas propias de comunidades que de manera colectiva, por vía de la tradición, las han elaborado y enriquecido. Al no existir en la legislación nacional o en los tratados internacionales de los cuales nuestro país es parte, una protección de la propiedad intelectual a las expresiones del folclor, se está renunciando a la posibilidad de generar ingresos a los que tendrán derecho las comunidades que les dan origen, respecto a la explotación comercial de que las mismas pueden ser objeto, al tiempo que se les priva de contar con una herramienta jurídica que les permitiera a dichas comunidades defender la integridad artística, o reclamar y defender su paternidad sobre dichas expresiones.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia (1992), especializado en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la misma Universidad (1998) y Diplomado en Docencia Universitaria de la Universidad Jorge Tadeo Lozano (2005). Ha realizado cursos de formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos en Uruguay, España, Panamá, Ecuador y Suiza. Profesor de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Conferencista del Convenio Antipiratería para Colombia, Vicepresidente del CECOLDA para el período 2005 - 2007.

¿Cuál es la política pública que le permite al Estado colombiano brindarle protección generosa a unas creaciones intelectuales necesariamente provenientes del extranjero, al tiempo que le da la espalda a la protección de unas creaciones intelectuales que constituyen, a no dudarlo, uno de nuestros más valiosos patrimonios?

¿Vale la pena proteger las expresiones del folclor?, desde el punto de vista económico, al no existir esta protección, es imposible cuantificar cuántos ingresos están dejando de recibir las comunidades que potencialmente podrían beneficiarse, parte importante de los cuales debería provenir del extranjero, de existir tratados internacionales que la consagrarán. No obstante, podría citarse el caso de Australia, país que cuenta con un régimen para la protección de las creaciones intelectuales de las comunidades indígenas, en donde el Departamento de Comunicaciones, Tecnologías de la Información y las Artes, ha calculado que el volumen de comercio relativo a la industria de las artes visuales y artesanías indígenas se sitúa aproximadamente en 130 millones de dólares, de los cuales las comunidades indígenas reciben cerca de 30 millones de dólares cada año.

El folclor merece ser protegido también desde un punto de vista extrapatrimonial, en tanto constituye un elemento importante del patrimonio cultural de las naciones, revistiendo especial importancia en el caso de los países en desarrollo, que reconocen en sus expresiones folclóricas una base de su identidad cultural, y un medio importante para la expresión de los pueblos y la afirmación de los valores de su nacionalidad. En este sentido el folclor asume, para los países en desarrollo, una importancia relacionada con el punto de vista de su afirmación política y su identidad nacional, por lo cual su defensa y protección constituye un interés de los pueblos y de los Estados.

La OMPI, después de largas discusiones y estudios dentro del Comité Intergubernamental sobre la Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos Conocimientos, Tradicionales y Folclore, no ha trascendido a la formulación, siquiera, de un borrador de propuesta para Tratado en materia de protección a los conocimientos tradicionales.

La OMC, a pesar de haber incluido el tema de los conocimientos tradicionales dentro de la Declaración de Doha, respecto a la evolución futura del Acuerdo sobre los ADPIC, no presenta a la fecha ningún avance concreto que permita vislumbrar la inclusión de esta protección dentro de su normativa, cuando menos en un largo plazo.

En el TLC que se ha negociado con los Estados Unidos, el tema del conocimiento tradicional no fue recogido en manera alguna dentro de su articulado, pese a haber existido una propuesta en este sentido por parte de los países andinos (Colombia, Ecuador y Perú).

El problema no es solamente la falta de receptividad que han tenido para con este tema los países del denominado “primer mundo”, pese a la insistencia al respecto de países latinoamericanos, africanos y asiáticos sobre la necesidad de crear un tratado internacional para la protección de los conocimientos tradicionales. El problema es también que, a nivel nacional, no se tiene tampoco una legislación que brinde una protección positiva a los conocimientos tradicionales o, en particular, a las expresiones del folclor, que atribuya

la titularidad de unos derechos exclusivos para autorizar o prohibir la explotación económica de los mismos.

El presente documento, busca brindar una breve reseña de la protección, o mejor, de la no protección de las expresiones del folclor por vía del derecho de autor, en cuanto a sus causas y sus efectos.

1. CRONOLOGIA DE LAS TENTATIVAS PARA UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL

En 1973 el Gobierno de Bolivia propuso a la OMPI que se añadiera un Protocolo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor, con el fin de proteger el folclor.

En 1976, un comité de expertos gubernamentales reunidos a instancias de la OMPI y la UNESCO aprobó la Ley Tipo de Túnez, que se refiere a la protección del folclor.

En 1982 se publicó las Disposiciones tipo OMPI - UNESCO para las leyes nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclor contra la Explotación Ilícita y otras acciones lesivas.

En 1984 tomando como base las Disposiciones Tipo, la OMPI y la UNESCO prepararon un proyecto de tratado que no entró en vigor.

En 1989 la UNESCO, a la que se encomendó la protección general del folclore, aprobó la “Recomendación sobre la salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular”.

En 1991, al cabo de las evaluaciones realizadas al interior de la UNESCO en distintos seminarios regionales, que culminaron en la conferencia internacional de Washington, se concluyó que varios aspectos de la “Recomendación” debían ser reformulados, en particular las cuestiones terminológicas, la amplitud del tema y el tipo de definiciones empleadas.

En 1992, en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992) se estipula que cada estado parte en el convenio “con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica ...”(Artículo 8j). Con la asistencia de la OMPI, la secretaría del convenio creó un grupo especial de trabajo sobre la aplicación del artículo 8j) y disposiciones conexas, con objeto de ayudar a las partes a elaborar leyes para aplicar esas disposiciones y definir los conceptos esenciales de ese artículo y las disposiciones conexas en que se reconocen y salvaguardan los derechos de las comunidades indígenas y locales sobre sus conocimientos tradicionales.

En 1997 la UNESCO y la OMPI organizaron conjuntamente en Phuket (Tailandia) un foro mundial sobre la protección del folclore.

En 1999, en cumplimiento del plan de acción adoptado en el Foro de Phuket, la UNESCO organizó en Numea (Nueva Caledonia) un simposio sobre la protección

del saber tradicional y las expresiones de las culturas tradicionales y populares autóctonas en las islas del pacífico.

En este mismo año, a raíz del Foro Mundial de Phuket, se celebraron otras cuatro consultas regionales en colaboración con la OMPI.

En 1998 y 1999 la OMPI realizó nueve misiones de investigación para determinar, en la medida de lo posible, las necesidades y expectativas de quienes poseen el saber tradicional, en relación con la propiedad intelectual.

En 2000 la Asamblea General de la OMPI creó el Comité Intergubernamental sobre la Propiedad Intelectual, Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclor.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) se ha venido ocupando de los conocimientos tradicionales que tienen que ver con la medicina y la botánica en cuanto a las tareas de reglamentarlos e inventariarlos y a los aspectos relacionados con la propiedad.

La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) ha realizado estudios sobre los derechos de los agricultores y los ganaderos, muchos de los cuales son indígenas.

El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) se dedica a la preservación del saber tradicional, haciendo hincapié en la conservación del entorno natural, los recursos de subsistencia y la diversidad biológica, así como en la de los idiomas amenazados de extinción.

También en 2000, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) celebró recientemente una reunión de expertos sobre sistemas y experiencias nacionales de protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.

En el 2002, en el seno de la OMC la Declaración de Doha, respecto a la evolución futura del Acuerdo sobre los ADPIC, prevé abordar la regulación de la protección de los conocimientos tradicionales dentro de los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

A la fecha, puede concluirse que la Recomendación de la UNESCO sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular (1989), es actualmente el único instrumento jurídico internacional sobre el patrimonio cultural inmaterial. Sin embargo, los Estados Miembros no le han prestado suficiente atención ya que, por su propia índole, no les impone ninguna obligación.

2. EL DERECHO DE AUTOR ES INSUFICIENTE PARA BRINDAR PROTECCION ADECUADA A LAS EXPRESIONES DEL FOLCLOR

El Convenio de Berna en su Artículo 15, numeral 4 literal a, brinda una solución que no está referida de manera expresa a la protección por vía de la propiedad intelectual, o del derecho de autor en particular para la protección de las expresiones del folclor,

pero que en cierto sentido podría pensarse como una alternativa para su protección. En efecto, en virtud del citado artículo, respecto de las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión, queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión, lo cual ha permitido a muchos países, consagrar una protección de las expresiones del folclor, cuya única diferencia respecto de las obras literarias y artísticas es la de que su autor es desconocido.

No obstante, en los distintos foros de análisis y discusión del tema se ha reiterado que la propiedad intelectual y en particular el derecho de autor no protege de manera adecuada las expresiones del folclor y de que, por lo tanto, se debería prever un régimen específicamente ideado con ese propósito.

No resulta apropiado hablar de “obra folclórica”, en la medida en que ésta no constituye verdaderamente un particular género o categoría de obra distinta de las obras literarias y artísticas, dentro de las cuales necesariamente se encuentra comprendida. Consideramos que resulta más preciso hablar de expresiones del folclor protegibles por el derecho de autor.

Las discusiones que se han venido dando en el seno de la OMPI y la UNESCO acerca de la posibilidad de un sistema internacional de protección a las expresiones del folclor, han conducido a la cuestión de decidir si es a través del régimen del derecho de autor o de un régimen jurídico sui generis, que debe brindarse esta protección. Las recomendaciones de la UNESCO de 1989 mencionan la «cultura tradicional y popular» en un concepto más amplio, que comprende diversas expresiones creativas, muchas de las cuales no encontrarían protección por el derecho de autor. Para brindar una protección exclusivamente por vía del derecho de autor habría problemas de autoría, titularidad y duración de la protección.

Brindar protección a las expresiones del folclor por la vía del derecho de autor, implicaría enmarcarlas en el concepto de «obras literarias y artísticas». Esta protección puede resultar insuficiente en la medida que existen otras manifestaciones del folclor que no pueden ser consideradas obras, pues no tienen una plasmación o expresión, no hay un autor o autores individualizados o individualizables, o porque simplemente no son obras, tales como los instrumentos musicales o los ritmos musicales. Así, dentro del concepto de “expresiones del folclor” están comprendidas creaciones que pueden ser consideradas obras protegidas por el derecho de autor y otras que no, tales como ritmos, instrumentos musicales y lenguas.

Las expresiones del folclor que son protegibles por el derecho de autor al constituir creaciones intelectuales originales susceptibles de ser reproducidas o comunicadas por cualquier medio conocido o por conocer. El término “expresiones del folclor” alude a que están inspiradas o son derivadas del folclor, constituyendo adaptaciones, modificaciones, arreglos libres de expresiones folclóricas, con un autor individualizado

o individualizable. En este caso, sí puede hablarse de obras protegidas por el derecho de autor, entendiendo que quien los realiza sólo adquiere derechos sobre su versión de tal expresión.

Se plantea, en consecuencia, la necesidad de desarrollar un régimen *sui generis* de protección, que bien puede inspirarse en la protección que brindan las categorías tradicionales de la propiedad intelectual, pero adecuándose a las necesidades y expectativas respecto a este tipo de creaciones.

3. EL CASO COLOMBIANO

Si bien no existen normas que de manera específica regulen la protección de las expresiones del folclor en Colombia, estas expresiones, en tanto forman parte del patrimonio cultural de la nación, son objeto de las políticas culturales del estado, cuyos principios se encuentran formulados a nivel constitucional y son desarrollados por la Ley 397 del 7 de agosto de 1997. A este respecto, el artículo 72 de la Carta Política determina:

“Artículo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que forman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.”

A su turno, la Ley 397 del 7 de agosto de 1997, en su artículo 4º, precisa el concepto de “patrimonio cultural de la nación” en los siguientes términos:

“Definición de patrimonio cultural de la Nación. El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular.”

Acorde con la anterior definición, cabe considerar si las expresiones del folclor deben entenderse comprendidas dentro del patrimonio cultural de la nación, en los términos y para los efectos de la citada Ley 397 de 1997, habida cuenta que este artículo no realiza una expresa mención de ellas. Debe recordarse que se entiende por expresiones del folclor: *“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 tradicionales de esa comunidad en particular.”*²

² Artículo 2, Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folclor contra la Explotación Ilícita y otras Acciones Lesivas, OMPI-UNESCO, 1982.

En la definición del artículo 4 de la citada Ley 397 de 1997, podemos advertir que son protegidos: “...los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana...”. Esta expresión, en su amplitud, comprende las expresiones artísticas tangibles o intangibles, que puedan ser desarrolladas y conservadas de una comunidad a lo largo del tiempo, de manera que se identifiquen con este grupo humano y lleguen a caracterizarle, constituyendo expresión de su identidad común. Con los anteriores elementos bastaría para concluir que las expresiones del folclor constituyen los bienes y/o valores culturales que, con mayor razón, están llamados a formar parte del patrimonio cultural de la nación, pues son ellos, más que ninguna otra manifestación artística, los que constituyen expresión de la nacionalidad.

En este orden de ideas, y apelando a una interpretación amplia y generosa, podría concluirse que las expresiones del folclor son protegidas en Colombia a través de la normatividad que se enmarca en las políticas de protección del patrimonio cultural de la Nación, las que, en términos generales, se enuncian en el artículo 5° de la citada Ley 397 del 7 de agosto de 1997, en los siguientes términos:

“Objetivos de la política estatal en relación con el patrimonio cultural de la Nación. La política estatal en lo referente al patrimonio cultural de la Nación, tendrá como objetivos principales la protección, la conservación, la rehabilitación y la divulgación de dicho patrimonio, con el propósito de que éste sirva de testimonio de la identidad cultural nacional, tanto en el presente como en el futuro.”

Ahora bien, en el contexto de la legislación de derecho de autor encontramos que existen dos artículos en la Ley 23 de 1982, que hacen referencia específica a este tipo de expresiones artísticas.

- En primer término, el artículo 187 de la Ley 23 de 1982 establece:

“Pertencen al dominio público;

- 1) Las obras cuyo período de protección esté agotado;*
- 2) Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos.*
- 3) Las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos, y*
- 4) Las obras extranjeras que no gocen de protección en la República.”*

Si bien existe la expresa manifestación de que respecto de las “obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos” no existen derechos exclusivos de carácter patrimonial, toda vez que se tratan de obras de dominio público, no obstante lo anterior, acorde con el párrafo 3 del artículo 30 de la Ley 23 de 1982, la defensa de la integridad y la autenticidad de las obras que se encuentran en el dominio público corresponde al estado por intermedio del Instituto Colombiano de Cultura, cuyas funciones fueron asumidas por el actual Ministerio de Cultura. Situación contraria acontece, en todo caso, cuando las obras folclóricas tienen un autor o autores identificados o identificables, en cuyo caso sí cabe hablar propiamente de “obras” y reconocer en su totalidad los derechos morales y patrimoniales.

- En segundo lugar, el artículo 189 de la Ley 23 de 1982 prescribe:

“El arte indígena, en todas sus manifestaciones, inclusive danzas, canto, artesanías, dibujos y esculturas, pertenece al patrimonio cultural.”

Para establecer el alcance del citado artículo 189 de la Ley 23 de 1982, debe mencionarse que la anterior disposición fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia³, la cual se fundaba en el supuesto desconocimiento del derecho de autor de los indígenas como consecuencia de haber dispuesto la norma impugnada, que sus obras pertenecen al patrimonio cultural, contrariando el artículo 35 de la Constitución entonces vigente, que tutelaba la propiedad literaria y artística. Para la Corte el anterior cargo careció de consistencia, pues la ley, en la disposición acusada, no regula dicha propiedad, sino que sin perjuicio de los derechos que de ella se derivan para sus titulares, declara solamente que el arte indígena pertenece al patrimonio cultural, afirmación de los valores de la nacionalidad, pero con independencia de los derechos que sobre la creación artística le corresponden a sus autores. En tal sentido la Corte manifestó:

“De cierta manera, esta declaración es superflua dado que todo lo que el hombre crea material o espiritualmente pertenece a la cultura que viene a abarcar así la totalidad de las significaciones (conocimientos), valores y normas gestados en el seno del grupo que conforma y que se manifiesta a través del arte, literatura, religión, filosofía y ciencia en general.”

(...)

“Entendido el patrimonio cultural como el conjunto de significaciones que manifiestan y simbolizan los valores de una sociedad, resulta ajeno al concepto de los derechos susceptibles de valoración económica. Por lo tanto la declaración de que el arte indígena pertenece al patrimonio cultural sólo constituye exaltación de los valores de la nacionalidad con implicaciones respecto de su conservación y aprecio, mas no implica entrega o traspaso de los derechos de autor a persona distinta de sus creadores, pues no es el patrimonio cultural persona jurídica que pueda adquirir derechos y contraer obligaciones.”

Así las cosas, la mención de que el arte indígena, en todas sus manifestaciones, inclusive danzas, canto, artesanías, dibujos y esculturas, pertenece al patrimonio cultural, debe entenderse sin detrimento de la posibilidad de que cuando respecto de este tipo de expresiones artísticas existan autores conocidos y sus obras aún se encuentren en su dominio, éstos puedan ejercer sobre ellas las prerrogativas de orden moral y patrimonial que la ley de derecho de autor consagra en su favor.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena. Sentencia de abril 2 de 1987. Magistrado Ponente Jairo Duque Pérez.

4. EJEMPLOS DE LEGISLACIONES QUE BRINDAN PROTECCION A LAS EXPRESIONES DEL FOLCLOR EN SUS LEYES DE DERECHO DE AUTOR

En el plano internacional, cabe señalar que en algunos Estados existen leyes sobre la protección del patrimonio cultural inmaterial, en particular sobre la promoción y enseñanza de la artesanía y el acopio de información, y que en varios otros se le puede aplicar directa o indirectamente la legislación nacional sobre el derecho de autor. Sin embargo, casi no hay precedentes jurídicos que garanticen al patrimonio cultural inmaterial, la protección integrada que requiere.

4.1 Bolivia

En el caso de Bolivia, la Ley 1322 de 1992 consagra a favor de las expresiones del folclor un sistema de dominio público oneroso, a favor de las comunidades que le dan origen a las distintas manifestaciones o expresiones. Se transcriben las normas pertinentes:

“Artículo 21.- Se consideran protegidas por esta Ley todas aquellas obras consideradas como folklore, entendiéndose por folklore en sentido estricto: el conjunto de obras literarias y artísticas creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifiquen y que se presuman nacionales del país o de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación, constituyendo uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional de la nación.”

“Artículo 22.- Las obras del folklore, de acuerdo con la definición anterior, para los efectos de su utilización como obras literarias y artísticas, serán consideradas como obras pertenecientes al patrimonio nacional de conformidad con las normas contenidas en el título XI de la presente Ley, sin perjuicio de las normas de protección que puedan ser adoptadas por otras instituciones del Estado o por acuerdos internacionales.”

“Artículo 23.- Las artesanías y el diseño artesanal serán protegidos por las normas generales de la presente Ley y especialmente por aquellas referidas a las artes plásticas y al patrimonio nacional.”

“Artículo 58.- Patrimonio Nacional es el régimen al que pasan las obras de autor boliviano que salen de la protección del derecho patrimonial privado, por cualquier causa; pertenecen al Patrimonio Nacional:

a) Las obras folclóricas y de cultura tradicional de autor no conocido.”

(...)

“Artículo 60.- La utilización bajo cualquier forma o procedimiento de obras del patrimonio nacional y del dominio público será libre, pero quien lo haga comercialmente, pagará al Estado, de acuerdo con lo establecido en los reglamentos, una participación cuyo monto no será menor del diez por ciento (10%) y no mayor del cincuenta por ciento (50%) que el que se pague a los autores o sus causahabientes por utilización de obras similares sujetas al régimen privado de protección.”

“Artículo 61.- Los montos recaudados por concepto de utilización de obras del Patrimonio Nacional, se aplicarán únicamente al fomento y difusión de los valores culturales del país.”

“Artículo 62.- El Estado a través de la Dirección Nacional del Derechos de Autor reconocerá del porcentaje recaudado por obras de Patrimonio Nacional, un diez por ciento (10%) al recopilador y un diez por ciento (10%) a la comunidad de origen en caso de ser identificados.”

4.2 México

La Ley Federal del Derecho de Autor de México, protege las expresiones del folclor en cuanto a sus aspectos “morales” equiparables a la integridad y paternidad. A diferencia de Bolivia, establece que el uso de dichas creaciones es libre y por lo tanto gratuita.

El texto de los artículos pertinentes es el siguiente:

“Artículo 157.- La presente Ley protege las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, así como todas las manifestaciones primigenias en sus propias lenguas, y los usos, costumbres y tradiciones de la composición pluricultural que conforman al Estado Mexicano, que no cuenten con autor identificable.”

“Artículo 158.- Las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal; desarrolladas y perpetuadas en una comunidad o etnia originaria o arraigada en la República Mexicana, estarán protegidas por la presente Ley contra su deformación, hecha con objeto de causar demérito a la misma o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o etnia a la cual pertenecen.”

“Artículo 159.- Es libre la utilización de las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal; protegidas por el presente capítulo, siempre que no se contravengan las disposiciones del mismo”.

“Artículo 160.- En toda fijación, representación, publicación, comunicación o utilización en cualquier forma, de una obra literaria, artística, de arte popular o artesanal, protegida conforme al presente capítulo, deberá mencionarse la comunidad o etnia, o en su caso la región de la República Mexicana de la que es propia”.

4.3 Cuba

La Ley 14 de 1977, sobre el Derecho de Autor, se protege la expresión del folclor por una vía indirecta, al reconocer protección a las compilaciones de las obras folclóricas, en los siguientes términos:

“Artículo 26.- Se protegen por esta Ley todas aquellas obras folklóricas que han venido siendo transmitidas de generación en generación, contribuyendo a conformar la identidad cultural nacional de manera anónima y colectiva o en cualquier otra forma.”

“Artículo 27.- Quienes recojan y compilen bailes, canciones, melodías, proverbios, fábulas, cuentos y otras manifestaciones del folklore nacional, disfrutan del derecho de autor sobre sus obras, siempre que las mismas, por la selección o la disposición de los materiales que incluyan, lleguen a constituir obras auténticas y rigurosas.”

4.4 Nicaragua

La Ley de Derechos de Autor de Nicaragua, protege las expresiones del folclor en cuanto al reconocimiento de la paternidad. La norma pertinente es la siguiente:

“Artículo 96.- Cuando la expresión del folklore sirva como base de una obra, deberá indicarse por el autor y por quien lo divulgue o lo difunda por cualquier medio o procedimiento esta circunstancia, así como el departamento o región de donde proviniere esa expresión y su título, si lo tuviere.”

5. EJEMPLOS DE APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LAS EXPRESIONES DEL FOLCLOR

Para ilustrar acerca de la problemática que representa el no proteger a las comunidades aborígenes contra el uso no autorizado de sus creaciones constitutivas de expresiones del folclor, presentamos los siguientes tipos o modalidades de infracción:

5.1 Creaciones visuales

Hay casos de pinturas realizadas por miembros de comunidades indígenas que han sido reproducidas por personas ajenas a esa comunidad en alfombras, telas, camisetas, trajes y otros accesorios, y en tarjetas de felicitación, distribuyéndose y poniéndose a la venta ulteriormente. También hay casos de fotografía de pinturas corporales y de reproducción de “petroglíficos”, es decir, pinturas realizadas en rocas (entre otras cosas, mediante la fotografía), a cargo de personas ajenas a las comunidades indígenas, que ulteriormente distribuyen y ponen en venta esas obras.

5.2 Música

Se han hecho grabaciones, adaptaciones y arreglos de canciones y música tradicional, que luego se han representado o comunicado al público, sin autorización. Así mismo, la música originalmente grabada con fines etnográficos se “samplea” y utiliza posteriormente en nuevas composiciones susceptibles de protección por derecho de autor. Gran parte de esas obras musicales se graba a partir de interpretaciones o ejecuciones directas de música indígena y tradicional, con frecuencia sin informar a los artistas intérpretes o ejecutantes.

Un problema adicional es la composición a cargo de personas ajenas a comunidades indígenas de canciones y música “seudoindígena”, en el sentido de que son obras que abordan cuestiones indígenas y/o tienen un acompañamiento rítmico que puede asociarse a la música indígena.

5.3 Tradición oral

Se han plasmado por escrito historias y poesías de tradición oral de las comunidades indígenas, que luego han sido traducidas y publicadas por personas ajenas a esas

comunidades, lo que plantea el problema de los derechos e intereses de las comunidades que suministran el material en contraposición al derecho de autor conferido y ejercido por los que han realizado dichas grabaciones, traducciones y publicaciones.

5.4 Instrumentos musicales

Hay instrumentos musicales tradicionales que se han transformado en instrumentos modernos y se les ha dado un nuevo nombre para luego ser comercializados o utilizados por profesionales no tradicionales. Los instrumentos musicales son también objeto de producción en serie a título de artículos de recuerdo. Hay casos de fabricación de instrumentos tradicionales y otros objetos fuera del país de origen, que luego se han importado al propio país y se han vendido de forma fraudulenta como auténticos objetos locales.

5.5 Diseños textiles y de vestuario

Los pueblos indígenas y las comunidades tradicionales se han referido a la necesidad de poder proteger los diseños incorporados en textiles, tejidos y accesorios hechos a mano que han sido copiados y comercializados por personas ajenas a esas comunidades. Hay casos de copia y el uso de sus diseños y modelos textiles tradicionales en telas hechas a máquina, lo que resta valor intrínseco a sus diseños textiles y va en detrimento del oficio local del tejido característico de las mujeres aborígenes. La imitación de diseños textiles tradicionales no sólo genera un perjuicio económico sino que amenaza con destruir los textiles tradicionales y los oficios basados en el tejido.

5.6 Representaciones escénicas

La grabación, adaptación e interpretación pública de historias, obras de teatro y danzas indígenas plantea el problema de proteger el derecho de las comunidades indígenas sobre esas expresiones culturales.

5.7 Artesanías

A los fines del mercado de objetos turísticos de recuerdo, se han reproducido, imitado y producido en serie objetos artísticos y artesanales (como la cestería, las pequeñas pinturas y los personajes tallados) caracterizados por estilos artísticos tradicionales, para crear artículos no tradicionales como camisetas, toallitas, individuales, tarjetas, posavazos, termos, calendarios y alfombritas para el ratón de la computadora.

5.8 Objetos sagrados

También hay casos de uso, divulgación y reproducción no autorizados de material sagrado o secreto y de canciones sagradas que sólo pueden representarse en un lugar concreto y con un fin específico.

6. ALGUNOS CASOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LAS EXPRESIONES DEL FOLCLOR

Los desarrollos tecnológicos en materia de reproducción y comunicación pública de grabaciones sonoras y audiovisuales, principalmente, pueden conducir a una explotación inadecuada de las expresiones del folclor, las que pueden ser comercializadas por esos medios a nivel mundial sin el debido respeto por los intereses culturales y económicos de las comunidades en que se originaron. Así mismo, en procura de satisfacer las necesidades del mercado, muchas veces las obras folclóricas son objeto de distorsiones y mutilaciones.

Para ilustrar la procedencia y conveniencia de brindar protección a este tipo de creaciones intelectuales, a continuación se presentan algunos casos, principalmente de Australia, en donde al cabo del tiempo se ha reconocido un derecho exclusivo a favor de las comunidades indígenas para autorizar o prohibir la explotación no autorizada de sus expresiones del folclor.

6.1 Caso Wandjuk Marika

El primero en plantear la cuestión de la usurpación de la propiedad intelectual, en 1970, fue el ya fallecido Wandjuk Marika, importante personalidad artística aborígena y presidente del Aboriginal Arts Board (Consejo de las Artes Aborígenes) del Australia Council (Consejo de Australia). Se sintió muy herido por la reproducción no autorizada de una obra suya que representaba una singular historia de la creación que pertenecía a su clan. La versión distorsionada y trivializada de la obra de W. Marika no sólo le resultaba hondamente ofensiva, sino que no podía reunir los recursos económicos necesarios para entablar una acción judicial a fin de obtener reparación por daños y perjuicios. Declaró que si bien le alegraba el interés demostrado por la cultura australiana aborígena, también pedía que los artistas y artesanos tuvieran acceso a la protección jurídica, a fin de evitar que se copiaran o reprodujeran sus obras sin su autorización.

6.2 Caso Yumbulul Vs. El Banco de Reservas de Australia

El reclamo por la propiedad comunal sobre imágenes sagradas fue rechazado por la Corte Federal. Este caso se refería a una tentativa por parte de los representantes del Clan Galpu de evitar la reproducción del diseño de una estaca con el lucero del alba (Morning Star Pole) en un billete conmemorativo del Banco de Reservas. Esta estaca había sido creada por un miembro del clan que había obtenido su autoridad y conocimiento mediante ceremonias de iniciación y revelación. Los Galpu proclamaron que la obligación comunitaria del artista era tal, que él estaba en obligación con el clan de evitar que el diseño de la estaca fuera utilizado en cualquier forma que fuese ofensiva culturalmente. A pesar de tener una posición favorable a este argumento, el juez del tribunal consideró que el artista que había creado la estaca había dispuesto de sus derechos de propiedad intelectual mediante un

acuerdo legalmente obligatorio. El juez lamentó que “los derechos de autor en Australia no conceden el reconocimiento adecuado a los reclamos de la comunidad de los aborígenes para regular la reproducción y el uso de las obras que son esencialmente comunitarias en su origen” y concluyó recomendando que “el asunto del reconocimiento jurídico de los intereses comunitarios de los aborígenes en la reproducción de objetos sagrados sea una cuestión que los reformadores y legisladores deben considerar.”

6.3 Caso NIAAA Vs. Indofurn (*El caso de las alfombras*)

Las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas australianos obtuvieron un mayor reconocimiento dentro del cúmulo de leyes sobre propiedad intelectual como consecuencia de un caso de violación de derechos de propiedad intelectual promovido por un artista indígena. Indofurn, una empresa dedicada a la fabricación de alfombras, reprodujo en sus alfombras obras de arte sin el debido consentimiento, para la venta en el mercado australiano. Dichas obras de arte contenían materiales con valor cultural. Las obras consistían en imágenes, símbolos y estilos de los que los artistas eran los depositarios en nombre de sus respectivos clanes. Con la ayuda de la Asociación Nacional para la Representación del Arte Indígena (*NIAAA*), los artistas pudieron iniciar acciones legales en virtud de los derechos que les confiere la Ley de Derechos de Autor australiana. La acción tuvo éxito. No obstante, el elemento crucial de este caso radica en el reconocimiento por parte del juez interviniente del hecho de que el perjuicio ocasionado a los artistas era mayor al ocasionado a un damnificado estándar ya que éstos tenían la obligación de resguardar las imágenes para sus pueblos. Por ello, se sostuvo que habían sufrido en su carácter de artistas así como también en su carácter de responsables frente a sus pueblos según sus costumbres ya que no habían sido capaces de proteger las imágenes. De esta manera, se impuso una indemnización por daños y perjuicios mayor que la que hubiese procedido si los artistas no hubiesen tenido tal responsabilidad en virtud de sus costumbres. La *NIAAA* hizo notar que, si bien la ley vigente permitió resarcir el perjuicio, ésta no contempla la imposición de sanciones no pecuniarias. Asimismo, sostuvo que es al artista como individuo a quien se le reconocen los derechos de autor, pero no se reconocen los derechos correspondientes a una creación colectiva. Dado que la vigencia de los derechos de autor es limitada, una vez vencidos dichos derechos, las imágenes pertenecientes al grupo y con importancia cultural son susceptibles de usos indebidos (Janke 2000).

6.4 Departamento de Justicia USA Vs. Erwin High School (*Imágenes de nativos americanos*)

El Departamento de Justicia de Estados Unidos le solicitó a una escuela secundaria norteamericana que adoptara todas las medidas necesarias para eliminar “cualquier tipo de uso de símbolos religiosos indoamericanos... que fuera considerado ofensivo o irrespetuoso para con la cultura indoamericana”. A partir de ese momento se le requirió a Erwin High School que adoptara una serie de medidas concretas para cumplir con la orden del Departamento de Justicia, que incluyó la eliminación del busto de un indio, la

reorganización de una exhibición de implementos indoamericanos y la eliminación de pinturas de guerra de las mejillas de un nativo americano ilustrado en un mural. La escuela ya había retirado la mascota “indiecita” de un equipo deportivo femenino. Si bien los términos del acuerdo fueron elaborados con el fin de mitigar lo que podría describirse como un ambiente de “hostilidad racial” hacia estudiantes nativos americanos, algunos otros nativos americanos sugieren que la escuela debería haber tomado otras medidas, inclusive la eliminación de la mascota de guerra utilizada por el equipo deportivo masculino.

6.5 Sociedad Aborigen Warlayirti y NIAAA Vs. Comité Olímpico Internacional

Tres artistas indígenas australianos promovieron una acción legal contra el Comité Olímpico Internacional luego de descubrir la exhibición de sus obras de arte en el sitio de internet del COI. Los tres artistas, que pertenecen a distintas regiones de Australia, expresaron que experimentaron esto como una falta de respeto y afirmaron que se estaba ante una violación a los derechos de autor por parte del COI. Con la ayuda de la Sociedad Aborigen Warlayirti y la Asociación Nacional para la Representación del Arte Indígena, los artistas reclamaron el pago de una indemnización por daños y perjuicios por violación de sus derechos de autor y sus derechos morales. La NIAAA le solicitó a una empresa suiza que negociara un acuerdo con el COI.

6.6 Caso John Bulun Bulun et.al. Vs. Flash Screenprinters

En 1989, John Bulun Bulun y otros 13 artistas aborígenes iniciaron acciones judiciales para obtener una indemnización por daños y perjuicios de una fábrica de camisetas llamada Flash Screenprinters por la reproducción no autorizada de sus obras en camisetas. Este asunto despertó gran interés en los medios de comunicación. En este caso se obtuvieron mandamientos judiciales y un arreglo extrajudicial por una suma de 150.000 dólares.

6.7 Milpurrurru y Ors Vs. Indofurn Pty Ltd.

Este caso tiene relación con la copia no autorizada de dibujos de artistas aborígenes. En este asunto, una empresa con sede en Perth importó alfombras fabricadas en Vietnam en las que se reproducían dibujos de George Milpurrurru, Banduk Marika, Tim Payungka Tjapangati y cinco artistas aborígenes ya fallecidos. Todos los dibujos habían sido copiados de una carpeta de obras producida por la Australian National Gallery. Los demandados fueron obligados a pagar importantes sumas por daños y perjuicios.

7. CONCLUSIONES

La no protección de las expresiones del folclor en Colombia, denota una política inadecuada de estado respecto de la propiedad intelectual, en la medida en que no se

está utilizando el sistema de propiedad intelectual para generarle a las comunidades creadoras de dichas expresiones unas fuentes de recursos que les corresponden, en justicia.

Por el contrario, esa inadecuada política pública en materia de propiedad intelectual viene convirtiendo al país en un “pagador” neto de regalías al exterior a instancias del uso de otro tipo de creaciones intelectuales que cuentan, ellas sí, con amplia protección de nuestra normatividad.

Es necesario que se tenga en cuenta y se dé papel preponderante a las comunidades productoras de la riqueza cultural, tratando de que éstas no sean solamente meros agentes testimoniales, sino que sean quienes perciban las tasas y los beneficios que deriven de su explotación.

Creemos que es necesaria la creación de un Derecho de Autor colectivo que reconozca la *propiedad intelectual de la comunidad indígena*, siendo una obligación inaplazable del Gobierno nacional dar cumplimiento inmediato a lo ordenado por la Ley General de Cultura, Ley 397 de 1997, en su artículo 13, en los siguientes términos:

ARTICULO 13. DERECHOS DE GRUPOS ETNICOS. (...)

“Con el fin de proteger lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes, el Estado garantizará los derechos de autoría colectiva de los grupos étnicos, apoyará los procesos de etnoeducación, y estimulará la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación”.

Una correcta política de Estado en materia de propiedad intelectual debiera llevar a Colombia a reclamar enérgicamente a los organismos internacionales responsables del tema: OMPI, UNESCO y OMC, un avance significativo en procura de un instrumento internacional para la protección de este tipo de creaciones intelectuales.