

---

# EL PUENTE ESTA QUEBRADO ¿CON QUE LO CURAREMOS?, ¿PUEDE EL CONCEPTO DE PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL EN COLOMBIA CUBRIR LAS NECESIDADES DE LAS CREACIONES CULTURALES DE LAS CO- MUNIDADES OLVIDADAS EN EL SISTEMA DE DERECHO DE AUTOR?

**Carolina Botero Cabrera**

---

Maestría en Derecho Internacional y de la Cooperación (1994, VUB- Bélgica),  
Maestría en Derecho de la Contratación (2006, UAB - España).  
Pasantías de investigación en la Universidad de Lecce (2004-2005, Italia) y en la  
Universidad de Berkeley (Primavera 2006, EEUU).

**Juliana Vélez Llinás**

---

Maestría en Derecho de Creaciones Inmateriales de la Universidad Montpellier I  
(Francia) en el 2001. Investigadora en derecho de autor en proyectos como el  
Sistema de Información sobre Biodiversidad de Colombia –SiB-, y de la propuesta de la  
política en propiedad intelectual en el Sistema de Información Ambiental de Colombia  
–SIAC-.

**Resumen:** Admitir la existencia de otras realidades culturales nos obliga a reconocer que, en lo que se refiere a su riqueza inmaterial, es una necesidad acercarnos a otras instituciones legales para analizar la forma como éstas pueden dar respuesta al reto de dar reconocimiento y legitimidad jurídicas para esas otras culturas. El discurso del derecho de autor, egocéntrico y propietario, excluye de su consideración la producción cultural de las comunidades tradicionales, íntimamente relacionada con su identidad cultural, de carácter colectivo, y exaltadas por su permanencia en el tiempo. La doctrina de los derechos humanos que propone un discurso “universalista” de justicia

para todos y en cualquier lugar, evoluciona para acoger visiones culturales diversas y en su marco nace el Patrimonio cultural inmaterial. Este concepto logra un avance importante en tanto reconoce la riqueza cultural de las comunidades en el mundo y su importancia por conservarla; sin embargo no logra responder jurídicamente a la protección de este patrimonio por cuanto su discurso no tiene claridad jurídica, no dota de derechos subjetivos a las comunidades para que sean ellas las que definan cómo deben preservar su patrimonio cultural, y no define con claridad los límites entre lo público y lo colectivo. Esta parece ser una primera aproximación a respuestas como ¿Puede la doctrina de los Derechos Humanos en el siglo XXI inyectar elementos de equilibrio al régimen de derecho de autor para dar cabida a visiones culturales diversas de las recogidas en este último régimen?, ¿es el Patrimonio Cultural Inmaterial un concepto útil para las comunidades? ¿es acaso un verdadero instrumento que les reconoce autonomía para la protección de su riqueza cultural?

**Palabras-clave:** Patrimonio Cultural Inmaterial - Comunidades - Propiedad inmaterial - Derechos humanos - Derechos culturales - Derecho de autor - Dominio Público – Minorías - Autodeterminación de los pueblos - Diversidad

*A PONTE ESTÁ QUEBRADA; COMO A CURAREMOS?  
PODE O CONCEITO DE PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL NA  
COLÔMBIA COBRIR AS NECESSIDADES DAS CRIAÇÕES CULTU-  
RAIS NAS COMUNIDADES ESQUECIDAS NO SISTEMA DE DIREI-  
TO DE AUTOR?*

**Resumo:** *Admitir a existência de outras realidades culturais nos obriga a reconhecer que, no que se refere à sua riqueza imaterial, é uma necessidade nos aproximarmos à outras instituições legais para analisar a forma como estas podem dar resposta ao objetivo de dar reconhecimento e legitimidade jurídicas para essas outras culturas. O discurso do direito de autor, egocêntrico e proprietário, exclui da sua consideração a produção cultural das comunidades tradicionais, intimamente relacionada com sua identidade cultural, de caráter coletivo, e destacadas por sua permanência no tempo. A doutrina dos direitos humanos que propõe um discurso “universalista” de justiça para todos e em qualquer lugar, evolue para acolher visões culturais diversas e em seu marco nasce o Patrimonio cultural imaterial. Este conceito*

*atinge um avanço importante quando reconhece um avanço cultural das comunidades do mundo e sua importância por conservá-las; por outro lado não objetiva responder juridicamente a proteção deste patrimônio por isso seu discurso não tem clareza jurídica, não é formado de direitos subjetivos às comunidades para que sejam elas as que definem como devem preservar seu patrimônio cultural, e não definem com clareza os limites entre o público e o coletivo. Esta parece ser uma primeira aproximação a respostas como: Pode a doutrina dos Direitos Humanos no século XXI trazer elementos de equilíbrio ao regime de direito de autor para dar cabo à visões culturais diversas das obtidas neste último regime?, é o Patrimônio Cultural Imaterial um conceito útil para as comunidades?; é por acaso um verdadeiro instrumento que lhes traz autonomia para a proteção de sua riqueza cultural?*

**Palavras-chave:** *Patrimônio Cultural Imaterial - Comunidades - Propriedade imaterial - Direitos humanos - Direitos culturais - Direito de autor - Domínio Público – Minorias - Autodeterminação dos povos - Diversidade*

El hecho de que el régimen jurídico del derecho de autor tenga una base individualista fuertemente soportada en la idea de propiedad de la Europa del siglo XVIII, que tenga un carácter y conceptualización eminentemente euro céntrico, y que haya sido aprovechado durante el siglo XX para reforzar la economía capitalista, soportar la industria del primer mundo y mercantilizar los productos culturales, ha significado que se posicione, a pesar de su vocación universal, como un derecho elitista que responde a las necesidades de grupos determinados, en especial a los intereses de individuos y particularmente de corporaciones. Con fundamento en lo anterior empiezan a surgir tendencias que buscan ampliar los mecanismos de equilibrio del régimen (soportado teóricamente casi exclusivamente en los límites y excepciones y con su contrapeso en el “dominio público”) para visibilizar intereses y necesidades afectadas por el derecho de autor que pretenden también legitimarse desde lo jurídico y que han encontrado en la doctrina de los derechos humanos una opción de transformación de este régimen.

Aunque el panorama planteado nos muestre un espectro muy amplio, lo que nos interesa es presentar la problemática de la propiedad inmaterial en relación con minorías que no responden a las lógicas de la

sociedad occidental y que han sido forzadas a desarrollarse en entornos jurídicos pensados para culturas muy diversas. El problema es evidente si pensamos que en los orígenes del Estado colombiano la ley mantuvo la herencia de los colonizadores europeos y planteó una visión jurídica que describía una sociedad uniforme. En estos términos la Constitución de 1886 definía la nación colombiana bajo la tradición unitaria hispánica: raza blanca, idioma español y religión católica<sup>1</sup>, en una visión lejana a la conformación real de esta sociedad. El cambio constitucional aparece en 1991, lo trae la Asamblea Constituyente elegida para la época que desde su amplia conformación definió la nación como *pluriétnica* y *multicultural* dando una nueva dimensión a temas como el de los productos culturales que obligaría a repensar la mirada que se les da. Efectivamente el reconocimiento que se hizo de los derechos culturales en la Constitución colombiana de 1991 significó un cambio importante e implica impactos que aún estamos dimensionando.

Colombia es un país que cuenta aproximadamente con una población de cuarenta y cuatro millones de habitantes, de los cuales el 70% habita en centros urbanos. Dentro de esta población, se encuentran diversas minorías étnicas, entre ellas las comunidades indígenas, las comunidades afrocolombianas y las comunidades locales (campesinos, raizales, ROM o gitanos, entre otras). La población indígena, distribuida en unas 80 etnias, según los datos del censo de 1993 realizado por el Departamento Nacional de Estadística -DANE- (con ajustes en 1997), se estimó que ascendía a unos 701.860 individuos, representando casi el 2% de la población nacional. La población de afrocolombianos, de acuerdo con el mismo censo, se ubicó en unos 10.5 millones, que representaba en ese momento el 26% del total de la población colombiana<sup>2</sup>. Los raizales, comunidades que habitan en los Archipiélagos de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, están representados por unas 25.000 personas. Los ROM o gitanos, pueblos tribales nómadas que se encuentran distribuidos por todo el país en Kumpanía<sup>3</sup>, son aproximadamente unos 8.000, censados en 1998. Los datos de las diversas comunidades étnicas descritas anteriormente no se encuentran actualizados ni son completamente verificables, ya que en el país nunca se ha hecho un censo que identifique la pertenencia social de los censados a una u otra

<sup>1</sup>Pineda Camacho, Roberto. "La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia", *Alteridades*, 1997 7 (14): Págs 107-129. También puede consultarse en <http://www.uam-antropologia.info/alteridades/alt14-7-pineda.pdf>

<sup>2</sup>..Datos tomados del sitio de "Etnias de Colombia" en: [http://www.etniasdecolombia.org/grupos\\_afro\\_poblacion.asp#3](http://www.etniasdecolombia.org/grupos_afro_poblacion.asp#3)

<sup>3</sup> Unidades variables de co-residencia y co-circulación que se asientan en barrios o se dispersan por

comunidad.

Las comunidades tradicionales (entendiendo por éstas las anteriormente descritas) del país, ricas en su patrimonio cultural, poseen unas aproximaciones culturales y una forma de relacionarse con su entorno bastante diferente a la cultura predominante del mundo occidental - individualista y marcado por la idea de “propiedad privada”-. Esta distancia ha llevado a que en el ámbito nacional tales culturas hayan sido relegadas en la construcción de opciones para el fortalecimiento de autonomía cultural y política puesto que éstas no compaginan con las normas y políticas públicas que buscan satisfacer las necesidades y realidades adoptadas de una cultura euro centrista.

Existen diversas aproximaciones culturales que conforman este pueblo “pluriétnico y multicultural” que no tienen cabida en el régimen del derecho de autor por que éste se soporta en varios supuestos como el de la existencia de un “autor” y la caracterización de una obra “original” que debe estar “materializada” en algún medio, todas ideas que son normalmente ajenas a las formas de vida y desarrollo colectivo de comunidades y minorías como las descritas en los párrafos anteriores. Admitir la existencia de estas otras realidades culturales nos obliga a reconocer que en lo que se refiere a su riqueza inmaterial, es una necesidad acercarnos a otras instituciones legales para analizar la forma como éstas pueden dar respuesta al reto de dar reconocimiento y legitimidad jurídicas para esas otras culturas.

### Breve contexto histórico de la doctrina de derechos humanos

La doctrina de derechos humanos se conceptualiza también desde una mirada euro céntrica como lo admiten tanto quienes la abordan con una óptica triunfalista como quienes rechazan su pertinencia. según Drydick<sup>4</sup>, tanto los unos como los otros aceptan este hecho mientras que su desacuerdo tiene que ver con la existencia o no de valor para esta doctrina en la sociedad actual. Andrew Fagan<sup>5</sup> cuando analiza las bases filosóficas y el contenido de la doctrina de derechos humanos reconoce su amplio bagaje histórico pero además establece que sus bases fundacionales están en la creencia de

---

familias entre las casas de los habitantes no gitanos de los sectores populares de las ciudades, y en grupos familiares de distinto tamaño que mantienen vínculos culturales y sociales con alguna Kumpania.

<sup>4</sup> Ed. Jay Drydyk y Peter Penz, *Global Justice, Global Democracy*, Capítulo 7 de *Socialist Studies/ Études Socialistes* vol. 12 (Winnipeg: Society for Socialist Studies, and Halifax: Fernwood

que “existe una forma de justicia válida para todos en cualquier lugar” (a lo que podríamos agregar “en cualquier tiempo”), haciendo eco de la noción universalista de tales derechos, que si por una parte se posiciona como fundamento de sus críticas más fuertes también explica, según el autor, que los derechos humanos ocupen en la doctrina contemporánea el eje central del contexto geo-político.

En relación con su contexto histórico la doctrina reconoce tres etapas o generaciones con respecto a los derechos humanos, la primera generación se refiere a los derechos relacionados con la seguridad, la propiedad y los derechos civiles y políticos que se relacionan con la Revolución Francesa; los de la segunda generación giran en torno a los derechos socio-económicos, como derecho al bienestar, a la educación, al placer que nacen en su mayoría en el contexto de la Declaración de Derechos Humanos promulgada por Naciones Unidas. Y la tercera generación se asocia con derechos como el de la autodeterminación, medio ambiente y los de las minorías étnicas que se desarrollan durante las últimas dos décadas del siglo XX, derechos que nacen a partir de las reclamaciones provenientes de las generaciones de posguerra<sup>6</sup>.

De esta forma la primera generación aparece en la Europa del siglo XVIII y más específicamente en la Revolución Francesa. En palabras de Vivant<sup>7</sup> las leyes revolucionarias evidencian la relación entre libertad y propiedad en la medida en que la libertad supone la propiedad y permite al hombre extender su poder y asegurar autonomía, lo aleja de los regimenes verticales donde le pertenecía al rey o al feudo, ahora es dueño de sí mismo. Es en este momento en que surge el individuo como sujeto de derecho, el cual se convierte en el centro del orden jurídico, y el derecho se supedita como orden social al individuo, encontrando allí los derechos humanos su fundamento filosófico.

Por otra parte la segunda generación, inspirada en el concepto alemán del “Estado social de derecho”, desarrolla las necesidades de la

Publishing, 1997) 159-183. Versión reducida y anterior se puede consultar en línea en Drydyk, J. “Globalization and Multi-cultural Knowledge of Human Rights”, IIAIAEIA, Carleton University, <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Huma/HumaDryd.htm>

<sup>5</sup> Fagan, A. “Human Rights”, The Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/h/hum-rts.htm>

<sup>6</sup> Es la época del nacimiento del hippismo, las marchas antibelicistas contra Vietnam, el nacimiento del rock como medio de expresión de la juventud contra las desigualdades sociales y de las revoluciones estudiantiles a lo largo del planeta

<sup>7</sup> Vivant, M. 1997. *Les créations immatérielles et le droit*. Ed Ellipses, France. 127 P.

sociedad (derechos sociales, económicos y culturales), busca hacer realidad la idea de igualdad entre clases sociales y garantizar con ello unos mínimos vitales, ya no sólo cuenta el individuo, aunque su concepción sigue siendo de corte individualista. La carta de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 viene a consagrar y desarrollar estos derechos para ofrecer una justicia válida para todos, y con un aliciente adicional es respuesta a los horrores cometidos en la Segunda Guerra Mundial.

La tercera generación empieza a consolidarse desde los años sesenta con los movimientos de contracultura de las nuevas generaciones de posguerra que reclaman los cambios en una sociedad, la aceptación de las diferencias y la lucha por un mundo mejor. Empieza con el derecho de “autodeterminación de los pueblos” que busca incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos, reclamando la liberación nacional de las colonias, y extendiéndose a minorías o grupos marginados, indígenas, mujeres, discapacitados, LGBT. Esta generación se vincula con el concepto de solidaridad.

La pretensión universal de buscar una justicia para todos en la sociedad occidental, que se ha encausado a través de la doctrina de los derechos humanos, como ya dijimos no está exenta de crítica. De hecho si el fundamento universalista de esta doctrina es su mayor fortaleza en un mundo globalizado, es también su mayor debilidad en un mundo de diferencias, es uno de los temas más controvertidos al interior de las Naciones Unidas.

#### ¿El Patrimonio Cultural Inmaterial puede equilibrar los efectos del derecho de autor en las comunidades tradicionales?

A pesar de que tanto el desarrollo del concepto de derecho de autor como la doctrina de los derechos humanos surgen a partir de una posición netamente individual y ligada con la idea de “propiedad”, debemos reconocer que esa vocación de “justicia para todos” propia de la doctrina de los derechos humanos hace que sea ésta la que evolucione para intentar acoger visiones culturales diversas y por ello, permite pensar que se trata de un régimen que puede ayudar a equilibrar el derecho de autor. Esta posibilidad es criticada por la doctrina no sólo como utópica, considera que la aproximación de los derechos humanos de tercera generación no consigue despegarse de la idea individualista europea para abordar otras formas culturales diferentes de la propiedad y de las formas de creación, cree que

son estas ideas las que siguen categorizando el régimen jurídico. Sus críticos también consideran esta aproximación poco idónea, por cuanto se trata de derechos que no tienen dientes, en la medida en que éstos no son derechos subjetivos, sino que seguirán siendo instrumentos interestatales que no conceden derechos a personas o grupos con herramientas concretas y a pesar de que sean ellos los beneficiarios finales<sup>8</sup>.

Sin embargo, y por encima de estas críticas, el concepto de “patrimonio cultural inmaterial” parece ser la figura que desde el sistema jurídico se erige como respaldo frente a las comunidades y a su concepción propia de la cultura, sus procesos creativos y sus actores. Pero, ¿es el Patrimonio Cultural Inmaterial un concepto útil para las comunidades? ¿cumple su objetivo?

Aunque hay antecedentes de normas que buscaban la protección de artefactos culturales desde la edad media el concepto de que algunos objetos son patrimonio cultural se desarrolla realmente bajo la idea concreta de “proteger la propiedad cultural en tiempo de guerra”<sup>9</sup>. A partir de entonces las convenciones internacionales en el entorno de UNESCO, otras herramientas de derecho internacional y Constituciones nacionales se han repetido y han reflejado las preocupaciones de cada época en relación con los objetos materiales del entorno cultural. La construcción del concepto se ha hecho sin una unidad de criterio en relación con su definición y en cambio, su evolución y alcance son expansivos.

No sólo la idea de patrimonio cultural pasó de lo material a ampliar su espectro hacía ese difícil concepto de lo “inmaterial”<sup>10</sup> sino que ya en esos terrenos va amplificando también su alcance. Blake<sup>11</sup> explica esta expansión cuando indica que si bien el concepto nace dentro de la disciplina antropológica, que sí delimita en forma más clara su alcance, evoluciona en lo jurídico a través de los instrumentos de derecho internacional de un alcance comprensible en las primeras convenciones a uno de difícil medida en los textos posteriores. Si este problema existe a nivel internacional derivado de la inexistencia de una sistematización y concordancia en la definición por los diversos instrumentos jurídicos, tampoco es ajeno al contexto jurídico local.

<sup>8</sup> Blake, J. 2000. On defining the cultural heritage. En: HeinOnline — 49 Int'l & Comp. L.Q. Glasgow, UK. P 62

<sup>9</sup> Ziegler, K. 2007. Cultural Heritage and Human Rights. University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series. En: <http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>

<sup>10</sup> Guanache, J. El imaginado “Patrimonio Cultural”, Foro: la UNEAC en Congreso, Cuha, 2007. Disponible en <http://www.forosclubarte.cult.cu/read.php?2,410>

<sup>11</sup> Blake, J. 2000

a) Contexto legal colombiano del Patrimonio Cultural Inmaterial, dificultades para su definición y alcance

En Colombia la Ley 163 de 1959 define “patrimonio histórico o artístico nacional” en su artículo 1.

...los monumentos, tumbas prehispánicas y demás objetos, ya sean obra de la naturaleza o de la actividad humana, que tengan interés especial para el estudio de las civilizaciones y culturas pasadas, de la historia o del arte, o para las investigaciones paleontológicas, y que se hayan conservado sobre la superficie o en el subsuelo nacional....

En la definición se encuentra clara referencia a un patrimonio exclusivamente compuesto por objetos muebles e inmuebles, que identifican a las culturas pasadas.

Esta idea continúa en la Constitución de 1991 que en el artículo 72 habla

de El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman 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.

Este concepto es desarrollado posteriormente por la Ley 397 de 1997 conocida como la Ley de Cultura que va más allá de los bienes materiales, para integrar ahora sí la idea de los llamados bienes inmateriales, de esta forma la ley concreta y da alcance a una tendencia internacional que ya para la época era corriente.

De esta forma en 1997 la Ley de la Cultura (modificada en 2008<sup>12</sup>) habla en su artículo 4 ya no solamente de la idea de patrimonio cultural asociado con bienes materiales sino que incluye expresamente bienes inmateriales propios de ese entorno “El patrimonio cultural de la Nación está constituido por todos los bienes materiales, las **manifestaciones**

<sup>12</sup> Modificada por la Ley 1185 de 2008

**inmateriales**, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las **lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos**, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble...”. En este mismo artículo (literal C) consagra que “los bienes de patrimonio cultural de la Nación, así como los bienes de interés cultural pueden **pertenecer**, según el caso, **a la Nación, a entidades públicas de cualquier orden o a personas naturales o jurídicas de derecho privado**”.

Por su parte el artículo 11-1 de la misma Ley define más concretamente lo que se entiende como Patrimonio Cultural Inmaterial, “El Patrimonio Cultural Inmaterial está constituido, entre otros, por las manifestaciones, prácticas, usos, representaciones, expresiones, conocimientos, técnicas y espacios culturales, que las **comunidades** y los grupos reconocen como parte integrante de **su** patrimonio cultural. Este patrimonio genera sentimientos de identidad y establece vínculos con la memoria colectiva. Es transmitido y recreado a lo largo del tiempo en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia y contribuye a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana”, dando un especial énfasis a la relación existente entre la comunidad y “su” patrimonio cultural pero sin llegar a identificarlo con la “titularidad” jurídica que desde la Constitución se pone en cabeza del Estado y sus entes, en entes privados y jurídicos, pero no en las propias “comunidades” (a menos que éstas adquieran representación jurídica).

Los textos que se van acumulando ya muestran la problemática de una definición amplia que busca abarcar una gran preocupación y que se debate entre un derecho de todos y un interés particular de comunidades concretas por “su” patrimonio, sin que por otra parte se reconozca en concreto tal relación. Este desarrollo se va materializando en el 2006 mediante la ley 1037. A través de esta ley el Congreso colombiano aprobaba la Convención de 2003 de la UNESCO “para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial” que fue finalmente ratificada por el país el 19 de marzo del 2008, después de que la Corte Constitucional definiera una demanda contra la misma (Sentencia C120 de 2008). El Patrimonio Cultural Inmaterial en esta convención se define en el artículo 2, allí se indica que se manifiesta en ámbitos como las tradiciones y expresiones orales; las artes del espectáculo; los usos sociales, rituales y actos festivos, los conocimientos y

usos relacionados con la naturaleza y el universo y las técnicas artesanales tradicionales. El mismo articulado define el Patrimonio Cultural Inmaterial más concretamente como los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las **comunidades**, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural, el texto incluso llega a describir las características de dicho Patrimonio<sup>13</sup>.

Sin embargo a pesar de que tenemos esta sucesión de normas y acogemos un instrumento internacional que fue discutido y construido durante varios años de preocupación por el tema, parece que no hay aún claridad sobre lo que es el patrimonio cultural inmaterial desde un aspecto jurídico. Este concepto claramente comprendido para los expertos culturales, sigue siendo confuso en cuanto a sus definiciones legales, y ello se debe en parte a que sobre el concepto de patrimonio cultural no se han sentado principios teóricos en relación con su concepción y naturaleza<sup>14</sup>. Consecuentemente, este vacío ha irrigado los nuevos conceptos que de acuerdo a las preocupaciones políticas y/o intelectuales de la época, van siendo involucrados al patrimonio cultural, como es el caso de la creación del patrimonio cultural inmaterial.

Con antelación a cualquiera de estas normas sobre lo “inmaterial” ya en 1982 la Ley, “sobre derechos de autor”, en su capítulo XIV recoge lo que tradicionalmente se había categorizado como dominio público, es decir aquello que quedaba fuera de la protección del derecho de autor porque ha perdido su protección debido al paso del tiempo y también “las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos” (art. 187, num. 2). Adicionalmente, consagró que “El arte indígena, en todas sus manifestaciones, inclusive, danzas, canto, artesanías, dibujos y esculturas, pertenece al patrimonio cultural” (art. 189), de esta manera la ley marca la distancia entre su ámbito de aplicación y lo que queda por fuera de ella, es decir lo que está en el dominio público, abordando incluso como una subespecie de dominio público el “patrimonio cultural”, pero sin desarrollarlo jurídicamente, la ley se queda en su enunciación como un concepto legal diferente, ajeno acaso contrario a lo que es su concreto entorno legal.

b) El Patrimonio Cultural Inmaterial, el papel de las comunidades ¿protagonistas o espectadores?

<sup>13</sup> <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=00002>

<sup>14</sup> Blake, J. 2000

Gracias a su vocación universalista y al discurso “necesario” de los derechos humanos hay un gran logro que puede rescatarse en este desarrollo normativo internacional, replicado en la normatividad doméstica, se trata del reconocimiento de la riqueza cultural de las comunidades y del interés por preservarla. Estas condiciones que el Patrimonio Cultural Inmaterial adopta de su carácter de derecho humano, resalta el rasgo colectivo como propio y abandona la idea de lo individual en el proceso productivo, creativo de la cultura inmaterial que luego irriga hacia toda la sociedad.

Sin embargo, sigue habiendo aspectos que no logran ser completamente consistentes con el concepto del patrimonio cultural inmaterial. De una parte, si bien se reconoce el valor de la riqueza cultural en las diversas identidades colectivas (no solo para sí mismas sino para “la humanidad”), no logra resaltar la importancia de su autonomía o de mecanismos necesarios para que sean las comunidades quienes definan libremente, con el apoyo de los Estados, la mejor manera para preservar y promocionar su patrimonio cultural. Tanto a nivel internacional como nacional, son los Estados quienes se ocupan de ver cómo se define ese patrimonio y cuál es la manera de salvaguardarlo, excluyendo *a priori* toda visión alternativa que del mismo éstas tengan, desconociendo así el rol que esto juega en la expresión de la identidad cultural de las diversas comunidades y en el sentido de su pertenencia a un lugar determinado<sup>15</sup>. Parece percibirse una presunción de incapacidad para el manejo de su acervo cultural. En términos generales son los Estados los que controlan y definen cómo esas identidades culturales son atendidas y administradas en las políticas públicas<sup>16</sup> y en los instrumentos internacionales.

El derecho de la libre autodeterminación de los pueblos - derecho humano de tercera generación-, que podría mediar para la consecución de este fin no logra convertirse en un mecanismo realmente eficiente para que las comunidades puedan definir su identidad cultural y por ende, puedan trazar la ruta de su futuro cultural. Como señala Fleur<sup>17</sup>, este derecho a pesar de ser reconocido en el derecho internacional, se encuentra en la “penumbra de la incertidumbre” ya que no se le ha dado la fuerza que el

<sup>15</sup> Smith, L. 2006. Intersections of Heritage Management Practice on Areas of Public Policy and the Cultural Politics of Identity. Cultural Heritage and Human Rights Workshop. In: <http://www.champ.uiuc.edu/CHHRAbstracts.html>

<sup>16</sup> Smith, L. 2006.

mismo conlleva; los Estados lo siguen interpretando como aquél que tienen las comunidades de participar en los procesos políticos internos, más no de una independencia política y económica real de los pueblos, como tampoco el de la autonomía de las comunidades en su existencia cultural.

En la Convención de la UNESCO del 2003, si bien se reconoce la importancia de la participación de las diversas comunidades en las funciones del Estado para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial<sup>18</sup>, ésta se entiende reducida a los mecanismos tradicionales del Estado, ajenos desde todo punto de vista a su manera de ver el mundo y de relacionarse con éste de las comunidades - replicando un discurso con tinte proteccionista, paternalista. El Estado es quien define las políticas nacionales alrededor del tema; crea los organismos competentes; realiza los estudios científicos, técnicos y artísticos para la preservación; lleva a cabo los programas de capacitación; implementa las herramientas jurídicas, técnicas, administrativas y financieras para garantizar el acceso a ese patrimonio, para crear las instituciones encargadas de la documentación del patrimonio y para crear o fortalecer instituciones que gestionen el patrimonio; y es al Estado a quien le corresponde asegurar el respeto y la adecuada valoración del patrimonio cultural inmaterial de los programas educativos<sup>19</sup>. ¿Qué le corresponde a las comunidades?

La definición del Patrimonio Cultural Inmaterial y la participación en su salvaguardia no incluye a las comunidades ni busca entender esas otras formas de ver el mundo; esas normas siguen siendo la reiteración de un sistema legal que responde a las necesidades de “occidente”, y que tienen como finalidad brindar soluciones a los recursos escasos (culturales en el caso en particular), que el mismo sistema globalizado está presionando a desaparecer. La posibilidad de resolver este conflicto, no debería depender de lo “adecuado” que pueda parecerle a los Estados, sino, de la verdadera posibilidad de establecer respuestas pactadas y acordadas con las comunidades que son las generadoras y portadoras de su patrimonio. Se advierte un temor general a que las diferentes comunidades del planeta asuman su

<sup>17</sup> Fleur, J. 1995. Portrait of the Artist as a White Man: The International Law of Human Rights and Aboriginal Culture. En: HeinOnline, 16 Aust. YBIL 173

<sup>18</sup> Artículos 11b y 15 de la Convención

<sup>19</sup> Título III: de la Salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial en el plano nacional

“mayoría de edad”, afectando de esta manera la unidad nacional y la estabilidad internacional<sup>20</sup>

c) Patrimonio Cultural Inmaterial entre lo público, lo colectivo y lo individual

Janeth Blake<sup>21</sup> dice que la definición de folclore es tan amplia que implica una contradicción, pues si por un lado se considera como “herencia universal de la humanidad”, al mismo tiempo se le atribuye poder para afirmar la identidad cultural de la comunidad que lo produce. En consecuencia, afirma Blake, la relación íntima que ata al folclore con una comunidad concreta se opone a la idea de que sea “herencia de la humanidad” y sin embargo el concepto jurídico se debate entre ambos caracteres sirviendo en ocasiones a uno y en ocasiones a otro.

Sin perjuicio de lo anterior, si nos detenemos a ver la forma como la visión de patrimonio común de la humanidad referido a los espacios físicos (el fondo del mar, el Antártico y el espacio sideral) con carácter de inapropiables, compartidos por todos de manera pacífica<sup>22</sup>, se concluiría que ésta se aleja del desarrollo actual de patrimonio cultural inmaterial, porque éste último privilegia el carácter más subjetivo, local y con connotaciones físicas y geográficas concretas<sup>23</sup>. La aproximación que vincula la idea de Patrimonio Cultural Inmaterial con la comunidad que le da origen y lo conserva, ha ocupado el centro de su discurso desplazando la idea de pasado común de la humanidad que ha ido quedando en un segundo lugar, pero esta tendencia no se ha visto reflejada en normas positivas que garanticen tal vinculación y en consecuencia al final del día lo que sucede es que en la práctica la idea de “Patrimonio Cultural Inmaterial” por su ineficacia como herramienta de la comunidad es un instrumento más del dominio público.

El patrimonio cultural inmaterial desde su idea de herencia de la humanidad coincide con el concepto de “dominio público” dentro del siste-

---

<sup>20</sup> Lillo Vera, R. 2000. Conflicto Estado y Pueblo Mapuche. La interculturalidad como paradigma del derecho. Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal. Arica. En: <http://www.alertanet.org/dc-chile-lillo.htm>

<sup>21</sup> Blake, J. 2000. pag 64

<sup>22</sup> Ziegler, K. 2007

<sup>23</sup> Sin perjuicio de lo señalado hasta ahora también cuando se habla de patrimonio cultural material se critica muchas veces que se privilegia su carácter de “producto” y no su contexto de herencia cultural que involucra todo un proceso de elaboración y cultura, como lo describe Andrés Sicard en “A los artesanos en la puerta del horno se les quema el pan”, Revista Sexto Acto, Escuela Diseño Industrial, Facultad de Artes, Universidad Nacional, Colombia, Noviembre 2006, pags. 48 a 53.

ma de derecho de autor. En el dominio público están los bienes sin protección, aquellos disponibles como acervo común de la humanidad, fuente de inspiración y base importante para la creatividad de la sociedad, que responde a un importante discurso de interés público y general. Esta lógica con la que no es difícil identificarse choca, en su relación con las comunidades tradicionales y su patrimonio cultural, con la posibilidad de que esa no protección implica la permisividad de la sociedad para que se dé la apropiación por un “autor” que sobre la nueva versión que haga de este bien público puede reivindicar “su titularidad”. Esta posibilidad hace que el patrimonio cultural inmaterial en su dimensión de categoría del “dominio público” sea para las comunidades atadas a él, una herramienta de indebida apropiación pública<sup>24</sup> en tanto convierte en público lo que es colectivo.

Cuando la dimensión del patrimonio cultural inmaterial es la de identificación cultural con una comunidad en concreto empieza a aparecer la necesidad de proteger la producción cultural que no está incluida en la lógica del derecho de autor y que por tanto se encuentra desprotegida frente a posibles “apropiaciones” y usos descontextualizados frente al carácter “sagrado” o de connotaciones especiales que el bien inmaterial concreto pueda tener en esa cultura específica. Es en este sentido que las legislaciones locales sobre Patrimonio Cultural Inmaterial parecen avanzar<sup>25</sup> privilegiando el interés de las minorías frente al del público en general. Pero, es precisamente en esta dimensión del patrimonio cultural inmaterial en la que su entorno jurídico es incapaz.

De otro lado, si bien es evidente la ventaja de que se desarrollen normas desde el ámbito de la doctrina de derechos humanos que sirvan también como instrumento de equilibrio para el sistema jurídico de derecho de autor por cuanto se diseñan como “derechos” desde una aproximación positiva y no como “excepciones” que tienen una connotación y alcance negativo (figura que constituye el sistema tradicional de límites del derecho de autor) o como la visión de dominio público del sistema que les niega de plano estatus jurídico, lastimosamente, estos derechos no son muy efectivos.

<sup>24</sup> Feld, Steven. 2000 “A Sweet Lullaby for World Music”, Duke University Press. en Public Culture, Volume 12, Number 1, Online version digital en <http://www.socialresearch.newschool.edu/publicculture/backissues/pc30/feld.html>

<sup>25</sup> P.V. Valsala G. Kutty, “National experiences with the protection of expressions of folklore/traditional cultural expressions: India, Indonesia and the Philippines”, for the World Intellectual Property, publicado inicialmente como documento OMPIWIPO/GRTKF/STUDY/1, noviembre 25, 2002. Puede ser consultado en <http://www.wipo.int/tk/en/studies/cultural/expressions/study/kutty.pdf>

Su falta de efectividad desde el punto de vista jurídico se relaciona con que los derechos dentro de la doctrina de los derechos humanos forman parte de un sistema jurídico con sus propios equilibrios que cuando entran en colisión entre sí (derecho a la cultura vs derecho de autor por ejemplo) deben graduarse según el estatus dentro del sistema. Tal evaluación nos obliga a reconocer que hay unos derechos con más prestigio que otros y que en esa escala la “propiedad” (junto con sus desarrollos como la “propiedad intelectual” de la que el derecho de autor es parte) forma parte del eje central del sistema en tanto que los derechos de “bienestar” (entre los que se encuentran los derechos de cultura o educación) o los colectivos (Patrimonio Cultural Inmaterial) tienen un estatus inferior<sup>26</sup>; como ya lo dijimos, es clara la ineffectividad de estos últimos frente a los derechos subjetivos.

La ausencia de titularidad de la comunidad sobre su patrimonio cultural inmaterial, en la forma descrita unos párrafos atrás, implica la incapacidad para las comunidades de ejercer su propia defensa, las obliga a acudir al Estado como intermediario o a formas de organización propia que como mínimo complican el ejercicio efectivo. La práctica social actual en Colombia ha tratado de evitar esta situación precisamente retornando al derecho de autor. De esta forma cuando se piensa en controlar efectivamente una manifestación cultural de un colectivo indígena, por ejemplo, se sugiere su registro ante la oficina de la Dirección Nacional de Derecho de Autor para de esa forma hacer manifiesta la intención de “proteger”. Esta solución, por práctica que parezca, implica el retroceso de lo que mencionamos como el gran logro del concepto de Patrimonio Cultural Inmaterial: el reconocimiento del valor de la “pluridiversidad” y “multietnicidad”, y su valoración por unas prácticas de compartir de valorar la creación colectiva y su capacidad de generar valor e identidad, incluso la exaltación de su permanencia en el tiempo como “herencia”, todos elementos que contradicen los valores inmersos en la idea de derecho de autor.

### Patrimonio Cultural Inmaterial: ¿estamos arreglando el puente con cáscaras de huevo?

*“El puente está quebrado, ¿con qué lo curaremos?, con cáscaras de huevo, burritos al potrero, que pasé el rey, que ha de*

<sup>26</sup> En el mismo sentido en que lo hacen en el Informe “Conceiving an international Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright”, 2008, editado por Hugenholtz, P.B. y Okediji, R. Puede consultarse en [http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/limitations\\_exceptions\\_copyright.pdf](http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/limitations_exceptions_copyright.pdf)

*pasar, con todos sus hijitos menos el de atrás, tras, tras” (ronda infantil, cultura tradicional hispana)*

A pesar de un origen histórico común, la visión universalista propia de la doctrina de los derechos humanos que busca “justicia para todos” y la evolución que la doctrina ha tenido, obliga a pensar que es una opción jurídica de equilibrio frente al refuerzo que el discurso egocéntrico y propietario del derecho de autor consiguió durante el siglo XX. Sin embargo, el reto que enfrenta la figura del Patrimonio Cultural Inmaterial, que forma parte de los derechos humanos colectivos de tercera generación, está en las respuestas a preguntas como: ¿Puede la doctrina de los Derechos Humanos en el siglo XXI inyectar elementos de equilibrio al régimen de derecho de autor para dar cabida a visiones culturales diversas de las recogidas en este último régimen?, en el contexto de los derechos humanos ¿es el Patrimonio Cultural Inmaterial un concepto útil para las comunidades?, ¿es acaso un verdadero instrumento que les reconoce la autonomía para la protección de su riqueza cultural? ¿Cumple su objetivo?

En este contexto el reto del Patrimonio Cultural Inmaterial como una herramienta para facultar a las comunidades de capacidades propias frente a sus desarrollos culturales enfrenta al menos a tres preocupaciones

**Una definición bastante amplia que complica la dimensión de su alcance.** Son múltiples las normas que se ocupan del Patrimonio Cultural y del Patrimonio Cultural Inmaterial; no hay una sistematización entre ellas, no hay derechos subjetivos que puedan garantizar efectividad a las comunidades, no hay criterios constantes que permitan a los administrados reconocer en el concepto aspectos de una única definición. Es difícil saber en este contexto exactamente qué significa Patrimonio Cultural Inmaterial, el término se debate no sólo entre diversos alcances sino en conceptos opuestos.

**La ausencia de las comunidades en la construcción de su definición y de la participación en su salvaguardia.** Las normas del Patrimonio Cultural Inmaterial siguen siendo la reiteración de un sistema legal que responde a las necesidades de “occidente”, y que tienen como finalidad brindar soluciones a los recursos escasos (culturales en el caso en particular), que el mismo sistema globalizado está presionando a desaparecer. En este proceso el diseño de las normas legales y de sus instrumentos siguen en manos de los Estados, no se han establecido mecanismos de participación de las comunidades ni en los procesos de elaboración de las

leyes ni en los instrumentos que las desarrollan.

**Los conceptos de público y colectivo se mezclan en la idea de patrimonio cultural sin que el derecho humano que se perfila pueda responder correctamente ni a uno ni a otro.** El Patrimonio Cultural Inmaterial parte de la idea de una herencia que es común a todos en la sociedad y que en esa calidad merece nuestra atención, sin embargo, evoluciona para poner en el centro de la preocupación a los grupos humanos concretos para los que tal herencia es el eje de su existencia. A pesar de esta evolución que hace una transición de lo público a lo colectivo, a las comunidades no se les reconoce la posibilidad de contar con las herramientas necesarias para respaldar su interés, en ocasiones por el contrario, terminan al margen del esquema sin poder hacer valer sus derechos frente a ese patrimonio que se considera “común a la humanidad”. Finalmente, si la idea es “proteger” las comunidades se ven obligadas a someterse a la propiedad individual para obtener el reconocimiento de su vinculación con ese patrimonio.

El puente está quebrado en el sistema jurídico internacional que no sirve para comunicar culturas. En un mundo que reconoce el valor de la diversidad y la existencia de aproximaciones culturales diversas, el marco legal sigue rigiéndose por principios ideológicos de la cultura occidental dominante que sirve esencialmente a un modelo de economía de mercado, de producto. Si bien en el caso de la doctrina de derechos humanos debemos reconocer que el propio sistema jurídico se hace consciente de las falencias e intenta cerrar los vacíos, a pesar de su buena intención la solución no parece ser completa, aunque es bien intencionada es débil, no deja de ser un parche legal de cáscaras de huevo.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

PINEDA CAMACHO, Roberto. 1997. *La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia*, *Alteridades*, 7 (14): P. 107-129. En: <http://www.uam-antropologia.info/alteridades/alt14-7-pineda.pdf>.

ED. Jay Drydyk y PENZ, Peter. *Global Justice, Global Democracy*, Capítulo 7 de *Socialist Studies/Études Socialistes* vol. 12 (Winnipeg: Society for Socialist Studies, and Halifax: Fernwood Publishing, 1997) 159-183.

Versión reducida y anterior se puede consultar en línea en Drydyk, J. “Globalization and Multi-cultural Knowledge of Human Rights”, IIAIAEIA, Carleton University, <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Huma/HumaDryd.htm>.

FAGAN, A. *Human Rights*, The Internet Encyclopedia of Philosophy, En: <http://www.iep.utm.edu/h/hum-rts.htm>.

VIVANT, M. *Les créations immatérielles et le droit*. France. Ed Ellipses, 1997. 127 P.

BLAKE, J.. On defining the cultural heritage. UK. En: HeinOnline — 49 Int'l & Comp. L.Q. Glasgow, 2000. P 62 .

ZIEGLER, K. 2007. *Cultural Heritage and Human Rights*. University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series. En: <http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>.

GUANCHE, J. *El imaginado “Patrimonio Cultural”*, Foro: la UNEAC en Congreso, Cuha, 2007. Disponible en <http://www.forosubarte.cult.cu/read.php?2,410>

SMITH, L. 2006. *Intersections of Heritage Management Practice on Areas of Public Policy and the Cultural Politics of Identity*. Cultural Heritage and Human Rights Workshop. En: <http://www.champ.uiuc.edu/CHHRAbstracts.html>.

FLEUR, J. 1995. *Portrait of the Artist as a White Man: The International Law of Human Rights and Aboriginal Culture*. En: HeinOnline, 16 Aust. YBIL 173.

LILLO VERA, R. 2000. *Conflicto Estado y Pueblo Mapuche. La interculturalidad como paradigma del derecho*. Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal. Arica. En: <http://www.alertanet.org/dc-chile-lillo.htm>.

SICARD, A. 2006. *A los artesanos en la puerta del horno se les quema el pan*. En: Revista Sexto Acto, Escuela Diseño Industrial, Facultad de Artes, Universidad Nacional, Colombia, Noviembre, pags. 48 a 53.

FELD, S. 2000. *A Sweet Lullaby for World Music*, Duke University Press. *Public Culture*, Volume 12, Number 1, versión digital. En: <http://www.socialresearch.newschool.edu/publicculture/backissues/pc30/feld.html>.

P.V. Valsala G. Kutty, *National experiences with the protection of expressions of folklore/traditional cultural expressions: India, Indonesia and the Philippines*, for the World Intellectual Property, publicado inicialmente como documentoOMPIWIPO/GRTKF/STUDY/1, noviembre 25, 2002. Puede ser consultado en <http://www.wipo.int/tk/en/studies/cultural/expressions/study/kutty.pdf>.

ED. HUGENHOLTZ, P.B. y OKEDIJI, R. *Conceiving an international Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, 2008, Puede consultarse en [http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/limitations\\_exceptions\\_copyright.pdf](http://www.ivir.nl/publications/hughenoltz/limitations_exceptions_copyright.pdf).