

Distribución limitada

UNESCO/OMPI/WG.1/FOLK/3  
PARIS, 14 de diciembre de 1979  
Original francés

GRUPO DE TRABAJO  
SOBRE LOS ASPECTOS "PROPIEDAD INTELECTUAL"  
DE LA PROTECCION DEL FOLKLORE  
(Ginebra, 7-9 de enero de 1980)

ESTUDIO DE LA REGLAMENTACION INTERNACIONAL  
RELATIVA A LOS ASPECTOS "PROPIEDAD INTELECTUAL"  
DE LA PROTECCION DEL FOLKLORE<sup>1)</sup>

Preparado por la Secretaría de la Unesco

---

1) El presente documento ha sido preparado y se presenta bajo la exclusiva responsabilidad de la Secretaría de la Unesco que, para su preparación, contó con la asistencia del Profesor Jean Carbonnier, de la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París.

## I. OBSERVACIONES PRELIMINARES

1. Ya en el orden interno, y con mayor razón en el orden internacional, la cuestión de la protección del folklore presenta dificultades considerables, cuando se procura abarcarla en su forma más amplia, como lo exige un estudio científico serio. Las dificultades radican tanto en el concepto de folklore como en el de protección.
2. El concepto de folklore no está definido. Ni siquiera los folkloristas más eminentes proponen un criterio firme y unánime que permita separar los hechos folklóricos de la masa de fenómenos socioculturales; y si nos referimos empíricamente a la lista de manifestaciones concretas consideradas a su juicio como folklóricas, comprobamos que presentan una heterogeneidad tal que dudamos a priori de la posibilidad de colocarlas bajo el estatuto común de protección.

Con todo, en el seno de los fenómenos inventariados se han podido esbozar algunas clasificaciones. La que presenta un interés especial para nuestra investigación es la que diferencia del resto del folklore de índole artística o literaria, basándose en la idea de que su protección resulta a la vez más urgente y más fácilmente admisible. Dentro de esta clase podría justificarse una distinción: existen fenómenos folklóricos inmateriales por esencia, que tienen la inmaterialidad, la fugacidad, del gesto, del sonido, de la palabra (la danza, la música, el canto, los relatos, los poemas y cuentos); otros, en cambio, están materializados desde su origen en objetos (las artes populares del dibujo y la escultura). Se concibe que la protección de los objetos folklóricos tangibles pueda traducirse en el reconocimiento de un "droit de suite" por estar dotados de un carácter de realidad en el sentido del derecho privado.

3. La protección del folklore se puede comprender de dos maneras, aparentemente muy diferentes.

Las primeras peticiones de los países interesados pusieron de relieve los aspectos de propiedad intelectual incluidos en la cuestión, y por consiguiente resulta comprensible que las primeras investigaciones en el orden internacional se hayan ocupado de la así llamada protección jurídica, es decir, la protección del folklore como patrimonio nacional (Volksgut, según el término del folklorista Hoffman-Krayer) contra su apropiación en beneficio del extranjero. Cabe aclarar que el presente estudio se referirá sobre todo a dicha protección jurídica.

4. Pero antes de protegerlo como propiedad intelectual, el folklore debe ser protegido por sí mismo, incluso contra sí mismo, pues es lábil y frágil, está expuesto a los ataques del tiempo y del hombre, así como al deterioro y a la desnaturalización. En este sentido, muchos Estados han tomado medidas para garantizar la protección y la conservación, llevando a cabo la llamada protección material del patrimonio folklórico (protección material que ya no corresponde al derecho sino al folklore como ciencia, y correlativamente a la sociología, la etnología, la museología, etc.).

5. En una fase preparatoria, no presenta mayor inconveniente y resulta útil desde el punto de vista práctico examinar la protección jurídica por separado como lo haremos a continuación. Pero, cuando llegue el momento de organizar en detalle una reglamentación internacional, habrá que tener en cuenta, probablemente, que ambos aspectos de la protección del folklore están íntimamente entrelazados, por lo que parece imponerse un enfoque interdisciplinario. El derecho no podrá prescindir de los especialistas en folklore cuando se trate de circunscribir la esfera que intenta proteger. Profundizando más, se comprobará que una protección material ya realizada en el plano interno (aunque sea con la colaboración de otros Estados) constituye el antecedente obligado de la protección jurídica que se reclama en el plano internacional.

6. En este punto, permítasenos introducir una reflexión sociológica. Aunque esta reflexión se refiere a la protección material del folklore, podrá emplearse en el momento de establecer la protección jurídica: en especial, podrá resurgir tanto en el contenido del derecho moral que habrá de reconocerse al Estado de origen, como inversamente en la invocación de su orden público por el país receptor.

Al parecer, los debates efectuados hasta ahora sobre la conservación del folklore se han basado sin excepción en el postulado de que todo hecho folklórico constituye un valor que se debe conservar porque contribuye a la identificación cultural de un pueblo. Ahora bien, del mismo modo que los legistas consuetudinarios distinguan entre buenas y malas costumbres, sería razonable hacer una selección en el folklore. Sin necesidad de adoptar las tesis que reducen todo el folklore a fenómenos de supervivencia, hay que convenir en que ciertos hechos folklóricos son arcaísmos que pueden convertirse en frenos para el desarrollo de un grupo. Una confesión religiosa que desee actualizarse no puede juzgar buena la conservación de ritos que considera como supersticiones. Ciertas prácticas de la medicina popular, folklórica, pueden resultar peligrosas para la salud pública. Las novatadas en los lugares de trabajo forman parte de un folklore que puede herir la sensibilidad media de una sociedad. Si se habla de conservar el folklore en el sentido de guardarlo para el recuerdo, de constituir con él un museo, se pueden conservar tanto los fenómenos nocivos como los favorables. Pero si se trata, como se ha sugerido, de mantener sin cambios el medio social que producen los fenómenos folklóricos, las medidas de protección aplicadas sin discernimiento pueden desembocar en la perpetuación de efectos indeseables.

7. Las observaciones que anteceden nos evitan caer en la ilusión de que el problema jurídico de la protección internacional del folklore podría ser objeto de una rápida solución global. Nuestra prudencia se verá reforzada cuando exploremos las diversas vías de derecho que ya se han preconizado para garantizar dicha protección. De esas vías de derecho, unas, que han sido más trabajadas, se basan en el derecho real; y las otras, que han quedado más difusas, en el derecho de las obligaciones.

## II. EXAMEN DE LOS DIFERENTES SISTEMAS

### a) Sistemas inspirados en el derecho real

8. El derecho de autor es la figura jurídica que se ofrece en primer término cuando se trata de investir de derecho la protección del folklore. Han adoptado este sistema las legislaciones de varios países (Argelia, Kenya, Marruecos, Senegal, Túnez). Permite reconocer sin esfuerzo un derecho moral y derechos pecuniarios, si no a los propios creadores, al menos a aquellos reputados como sus representantes, es decir, de hecho, a los Estados nacionales.

9. Pero la analogía, ¿tiene un buen fundamento? A primera vista podría apoyarse en dos rasgos esenciales, indispensables para reconocer un derecho de autor: una creación artística o literaria y una cierta originalidad de creación, sin olvidar que el derecho común se contenta con una originalidad de forma, es decir, con una originalidad relativa.

Pero un análisis más minucioso permite observar algunas sombras en estos dos rasgos: la obra de folklore es creada en una sucesión de imitaciones, por lo que resulta problemático aplicarle la exigencia de originalidad, aunque sea relativa; además, es una creación inasible puesto que se dilata y se diluye en el tiempo, mientras que la creación literaria o artística, al menos en muchos sistemas legislativos, encuentra su expresión última en la divulgación.

10. Cabe agregar una objeción más grave: el derecho de autor está concebido para los individuos, y en el caso que examinamos es una colectividad la que sería titular del derecho de autor. Es verdad que ciertas legislaciones (la ley francesa de 1957, por ejemplo, artículos 9 y 13) establecen la noción de obra colectiva. Pero hay que ver cómo definen la obra colectiva los textos de este tipo: es la obra de un tipo determinado de individuos que son perfectamente identificables en sus relaciones con el director de la obra. El caso del folklore es muy diferente, ya que en este caso tenemos una masa indistinta, de contornos fluctuantes, de integrantes anónimos y cambiantes, una masa en la que, por añadidura, habría que incluir tanto a los muertos como a los vivos. Para que se pudiera basar un derecho de autor en una colectividad de este tipo, habría que suponer la existencia de una conciencia colectiva creadora. Se trata de una hipótesis de psicología social que no se debe rechazar necesariamente, pero que daría lugar a serias controversias.

11. Puede parecer lógico que el derecho de autor sobre el folklore pertenece a la colectividad de la que surgió éste; sin embargo, no se lleva dicha lógica hasta sus últimas consecuencias y la colectividad a la que se reconoció el derecho de autor no llegará a ejercerlo. En el sistema examinado, se reconoce normalmente que el Estado que dispone de la soberanía territorial tiene la competencia necesaria para hacer prevalecer el conjunto de los derechos de autor sobre el folklore (por sí mismo y no por los grupos restringidos en los que se manifiesta dicho folklore). Esta situación, que se podría considerar como un monopolio o un poder de representación sin mandato expreso, se basa en dos motivos: uno, práctico, es que los grupos restringidos creadores del folklore carecen a menudo de órganos y de organización; otro, jurídico, es que los Estados son en principio las únicas personas de derecho internacional cuando se trata de garantizar la protección del folklore más allá de las fronteras.

Sin embargo, la exclusividad de la intervención estatal en materia de folklore tiene algo de inadecuado e incluso de injusto. Por su naturaleza, el folklore es un fenómeno muy diversificado y local que no tiene su fuente en la sociedad global, sino en grupos particulares a veces muy reducidos: una provincia, una etnia, una aldea, un grupo de la misma profesión o de la misma edad. La estatización puede convertirse así en una expropiación de los verdaderos creadores. En realidad, la crítica podría aplicarse también a los demás sistemas de protección: se tropieza siempre con una contradicción congénita entre el folklore y la centralización.

12. En una teoría que podría haberse ideado por deslizamiento a partir de la precedente, se deja de lado la noción de derecho de autor y los problema que plantea su individualismo; de entrada, se ubica el folklore en el dominio público en el sentido de las legislaciones sobre la propiedad artística y literaria, pero en un dominio público que paga, cuya explotación beneficiará al Estado soberano. Pero no creemos necesario estudiar en detalle este sistema, pues satisface sólo en forma muy imperfecta el objetivo de proteger el folklore, tal como lo formulan los países de origen. Naturalmente, se reconocería teóricamente el derecho a percibir un canon; pero fuera de esta reserva, el patrimonio folklórico quedaría abierto al uso general, al libre arbitrio de todos. Y nos veremos obligados a señalar una vez más que la protección jurídica del folklore no podrá ser muy sólida si se la disocia de una base de protección material.

13. Además, la expresión "dominio público" se utiliza en otros terrenos que el régimen de derecho de autor. Se emplea en derecho administrativo para designar los bienes del Estado, en especial aquéllos por medio de los cuales lleva a cabo sus funciones esenciales. Ahora bien, ¿no es una de sus funciones esenciales la de conservar la identidad cultural de su pueblo? La misma inspiración que un poco en todos los países ha conducido a colocar los grandes monumentos del

pasado en el dominio público induce a hacer entrar en él a las obras del folklore. Utilizando otra comparación, se puede decir que las riquezas culturales son nacionalizables al mismo título que las riquezas naturales. Resulta claro, en todo caso, que es la técnica del derecho de propiedad la que puede conferir el máximo de prerrogativas al Estado y, por consiguiente, el máximo de energías a la protección del folklore. Tal es el sistema que sirve de base al decreto boliviano de 1968, texto que por su importancia ha desencadenado probablemente todo el movimiento de investigación en nuestra materia.

14. Sin embargo, cabe pensar que un punto débil del sistema reside en el carácter harto mecánico de la territorialidad que aplica. Se comprende fácilmente que se aplique el jus soli en el caso de los monumentos y las riquezas naturales; ¿pero el folklore, que implica un factor humano imborrable? Se responderá que resulta lícito suponer que los actores anónimos de las manifestaciones folklóricas tienen lazos de nacionalidad y domicilio que los unen al soberano territorial, y que ello es suficiente para obligarlos a sufrir una especie de expropiación. Pero, ¿una expropiación sin indemnización? Sería de estricta justicia disponer que reciban compensaciones las personas que participan más directamente en la producción del folklore.

b) Sistemas inspirados en el derecho de las obligaciones

15. Se ha hecho referencia a veces a la teoría del enriquecimiento sin causa. La analogía resulta seductora: el empresario que edita discos con música prestada de un folklore exótico tiene toda la apariencia de enriquecerse a expensas de los creadores lejanos. Empero, se puede objetar:

- 1) que en la realidad, no todos los sistemas jurídicos conocen la acción de in rem verso.
- 2) que en derecho, se puede discutir que la falta de ganancias del país de origen le provoquen un empobrecimiento en el sentido de la teoría clásica; y tampoco está establecida la ausencia de causa, ya que, al no haberse instituido ninguna reglamentación internacional (tal es el punto de partida), el folklore constituye una res nullius, y el derecho de ocupación aparece como causa justificativa del enriquecimiento.

16. En cambio, todos los sistemas jurídicos conocen las acciones por daños y perjuicios a los fines de reparar los perjuicios causados.

Algunas de dichas acciones tienen un carácter específico y se basan en un tipo bien delimitado de responsabilidad civil. Entre ellas sobresale: la acción basada en la competencia desleal (a veces ampliada en forma de competencia abusiva o de competencia ilícita). Este tipo de acción parece proporcionar para la protección del folklore un instrumento razonable y flexible que permite intervenir en cada caso, sin requerir el establecimiento previo de instituciones rígidas. Pero la falla radica en la idea de competencia, ya que el folklore debe ser protegido antes de que se produzca cualquier situación de competencia, cuando ni siquiera el país de origen ha iniciado la explotación de su propio patrimonio cultural.

17. Se puede evitar la objeción buscando una analogía por la vía de la legislación sobre las denominaciones de origen, como ha considerado hacer un Estado (Israel). Esta legislación tiene puntos comunes con la teoría de la competencia desleal. Pero al subrayar cualidades locales y las habilidades de la gente del lugar, supone un potencial de explotación y por ende una virtualidad de competencia en el país de origen. Se tendría así una comedia de prueba. Con todo, cabe observar:

- 1) que esta legislación se creó sobre todo para proteger al consumidor y sancionar los fraudes cometidos en su perjuicio, lo que no constituye un criterio principal cuando se busca una protección del folklore;
- 2) que, en todo caso, si esta legislación fuera establecida en forma unilateral por el país de origen debería ser objeto de un registro internacional y serían necesarios acuerdos internacionales que le dieran vigencia en el extranjero.

18. Se tropezaría con la misma limitación si se recurriera al derecho común de la responsabilidad aquiliana. El perjuicio es indiscutible, pero, ¿dónde se sitúa la falta del usuario extranjero frente al país de origen? La acción del usuario sólo se puede considerar ilícita si los derechos del país de origen sobre su folklore han sido antes objeto de un reconocimiento internacional.

### III. ESBOZO DE UNA SOLUCION

#### a) Investigación de los principios

19. La cuestión de la protección del folklore pone en juego intereses divergentes, que parecen ser igualmente legítimos según el ángulo de visión que se adopte. En otras palabras, no existe un principio único que sería la clave de la situación, sino varios principios entre los cuales habrá que establecer una moderación, una conciliación: este punto es fundamental.

20. Se reconoce hoy en forma universal que el trabajo creador confiere un título sobre el producto creado. Y si bien algunos discuten la herencia ilimitada, se exalta como una solidaridad natural la transmisión de los valores adquiridos por el trabajo, al menos en el marco de algunas generaciones. Este doble principio basta para fundar filosóficamente un derecho de los grupos difusos donde emerge el folklore, un derecho primitivo sobre los elementos que ellos mismos han elaborado o han recibido de la tradición.

Pero este derecho de los grupos originales será comprimido, reprimido por el Estado en nombre de otros principios: el interés general, que trasciende los intereses particulares; la historia nacional, que trasciende los folklores localizados; la soberanía territorial, que controla el acceso a los campos etnológicos. Pero reprimir no significa aniquilar.

21. Salgamos ahora de los grupos y los países de origen. A los grados diversos de su etnocentrismo se opone un principio de unidad y universalidad del espíritu humano, principio que tiene consecuencias importantes.

Este principio que se podría llamar el principio del cosmopolita (ya que cosmopolita es el ciudadano del mundo) debería servir inicialmente para atemperar el principio de la protección nacional del folklore, al mostrar cuán rara es la absoluta pureza autóctona de los fenómenos folklóricos. En Europa y en otras partes hay casos flagrantes de folklore transnacional. El memorándum del Gobierno de Bolivia (abril de 1964), con excelente criterio, llamó la atención sobre las dificultades que plantea esta especie de copaternidad intelectual de dos o más naciones cuando se trata de organizar una protección nacional. Cabe preguntarse incluso si dichas dificultades no son humanamente insuperables; y si no procedería por lo tanto renunciar definitivamente a desenredar esa madeja de influencias oscuras, que nos llega a través de los siglos, agravada por el carácter oral del folklore.

22. El principio del cosmopolita debería llevar, en segundo término, a que se reconozca la obligación de establecer una cooperación internacional, a cargo de los Estados, en materia de folklore. El patrimonio cultural de cada nación forma parte también del patrimonio cultural de la humanidad. Si el país de origen tiene un interés legítimo en controlar y explotar las riquezas de su folklore, no menos legítimo es el interés de los demás países en tener una comunicación de las mismas. Tan pronto como se habla del derecho de propiedad de un Estado a sus bases folklóricas, se debe agregar que no se trata de un derecho absoluto, que está limitado por una "función social", una función frente a la comunidad de naciones, que es la función de organizar, al mismo tiempo que la conservación, la difusión del folklore propio.

23. Hay otros intereses implicados en la cuestión, los intereses privados que no sería justo considerar a priori como ilegítimos. Los intereses comerciales de los editores se defenderán por sí mismos. Pero se puede prestar más atención al turista y al espectador ocasional. Sería excesivo que, con el objeto de proteger el folklore, se sometiera la más pequeña película o grabación a un régimen de control. La libertad individual debe cumplir aquí un papel moderador principal. En las manifestaciones folklóricas hay un aspecto lúdico que no se acomodaría a una institucionalización demasiado rígida. Para las cosas leves corresponden estructuras de protección también leves.

#### b) Construcción técnica

24. La primera regla de derecho internacional que habrá de implantarse será el reconocimiento del derecho de todo Estado sobre el folklore que se pueda hallar en el interior de su territorio.

La localización del folklore tendrá lugar de acuerdo con uno de dos criterios: el sitio de las manifestaciones tradicionales; o, independientemente de dichas manifestaciones, la existencia de una tradición latente arraigada en el territorio.

El derecho del Estado se concebirá como un derecho de índole original, o más bien como un estatuto, que contiene prerrogativas de propiedad intelectual, pero estrictamente condicionadas por compromisos de derecho público.

25. Entre las prerrogativas del Estado titular conviene poner de relieve un derecho moral: concretamente, el derecho de exigir en toda reproducción de manifestaciones folklóricas la indicación del origen; y el de hacer respetar en forma universal la integridad de la obra y la dignidad de los actores, vivos o muertos; de impedir que, so capa de lo pintoresco, se los ponga en ridículo.

26. Todo Estado tiene el derecho de usar, disfrutar y disponer de su folklore; correlativamente, el derecho de excluir de dichas actividades a terceros, Estados extranjeros o ciudadanos de Estados extranjeros. Estos derechos se aplican tanto al folklore latente, al hecho folklórico bruto antes de todo registro como a los registros propiamente dichos una vez que han sido efectuados en una reproducción material. En la perspectiva de una reglamentación internacional, el punto importante es, a todas luces, la oponibilidad de los derechos estatales ad extra, es decir, a los Estados extranjeros, a los nacionales extranjeros que pretenden utilizar el folklore como si fuera un bien sin dueño. Resulta inevitable establecer aquí ciertas distinciones: la fuerza de esta oponibilidad, la fuerza de los propios derechos estatales debe depender en forma racional de las finalidades de uso de que se trata.

27. Las prerrogativas más sólidas de los países de origen se refieren a la utilización comercial. Desde el principio, dichos países han reivindicado el derecho de obtener un beneficio pecuniario de su folklore. Ese derecho de explotación ya no puede discutirse. Pero no es seguro siquiera, que se deba limitar en el tiempo; al menos en cuanto se refiere al folklore latente, en forma independiente de los registros efectuados, pues este folklore se renueva a cada instante, creando un nuevo derecho de explotación.
28. Corresponde a cada Estado decidir el procedimiento que adoptará para seguir la explotación de su folklore en el extranjero, ya otorgue licencias de explotación a título oneroso a las empresas extranjeras de difusión, ya permita una explotación sin control previo y se satisfaga con exigirles un canon proporcional a los beneficios. Pero, cualesquiera que sean las modalidades adoptadas, parece que en derecho internacional la validez de las percepciones recibidas por el Estado de origen debería quedar subordinada a la prueba, por su parte, de que al menos una parte de dichas percepciones tendrá un destino específico, en forma de remuneraciones abonadas a los actores reales de las manifestaciones folklóricas si son identificables: o subsidiariamente, en forma de subvenciones a los grupos creadores, o, en todo caso, de donaciones a las entidades encargadas de promover el folklore.
29. La utilización científica, quizá más precisamente la utilización etnológica, no plantea cuestiones pecuniarias. Pero se puede concebir que un Estado quiera reservar a sus nacionales ciertos privilegios para el ejercicio del derecho de exploración. Sobre todo, teniendo en cuenta que dichos privilegios pueden arrojar buenos resultados científicos al garantizar una comprensión más íntima de los fenómenos folklóricos. Un régimen de permisos de investigación no sería por lo tanto contrario a la cooperación intelectual entre las naciones; pero a condición de que sólo se pudiera negar su expedición a los etnólogos extranjeros por un período limitado (diez años, por ejemplo), indispensable para formar investigadores nacionales. En reciprocidad a esta limitación del monopolio, la comunidad internacional tendría el deber de prestar ayuda, en caso necesario, a los países de origen para que formaran un cuerpo de etnólogos. De paso, puede observarse una vez más cómo se entrelazan la protección jurídica y la protección material del folklore.
30. Por un deber de cooperación intelectual, la utilización del folklore con fines educativos o culturales debería quedar exenta de restricciones y de cánones. Su uso con fines recreativos debería exceptuarse de manera análoga, por respeto de la libertad y también en razón de la escasa importancia del asunto.

#### c) Observaciones metodológicas

31. Del esquema que antecede y de las incertidumbres que se han podido observar, puede sacarse la impresión general de que una reglamentación internacional de protección del folklore tendrá inevitablemente una aplicación progresiva. Para que la experiencia sea eficaz, parece que en esta primera etapa no se debería instituir una reglamentación demasiado vasta ni demasiado rígida.

En cuanto a su esfera de aplicación, convendría no tratar de abarcar de una vez la totalidad de los fenómenos folklóricos, sino de procurar concentrarse en los aspectos que han dado lugar a los abusos más notables de desnaturalización y expoliación, y que, por otra parte, son los más fáciles de percibir. Ello equivaldría a limitar la primera protección jurídica a la serie: danza, música, canto, relatos orales. El folklore materializado en objetos tangibles debería beneficiarse de un tratamiento aparte, ya que al ocuparse de su protección se encontrarán vinculaciones con el derecho internacional de los museos.

En cuanto al instrumento jurídico, convendría sin duda que en esta etapa de toma de conciencia de los problemas se procediera mediante simples recomendaciones y no por medio de un convenio internacional.