



# Las expresiones culturales tradicionales: un dimensionamiento a partir de la caracterización del Lumbalú como conocimiento tradicional

The traditional cultural expressions: A  
dimension from the characterization of  
Lumbalu as a traditional knowledge

Iván Vargas-Chaves<sup>1</sup> | Inmaculada Manotas-Bolaño<sup>2</sup> | Inés Cassiani<sup>3</sup>

- 1 Doctor en Derecho de la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: ivargas@utb.edu.co; ivargas@outlook.com; ORCID: 0000-0001-6597-2335
- 2 Doctorante en Ingeniería de la Universidad Tecnológica de Bolívar. Correo electrónico: imanotas@unisimonbolivar.edu.co
- 3 Estudiante del Programa de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar (Cartagena de Indias, Colombia). Correo electrónico: inesmaria\_012@hotmail.com

JUSTICIA

ARTÍCULO DE  
INVESTIGACIÓN

Recibido: 10-08-17  
Aceptado: 10-09-17  
Publicado: 18-01-18

DOI:  
<https://doi.org/10.17081/just.23.33.2883>

## RESUMEN

Con el propósito de caracterizar las expresiones culturales tradicionales, generalmente poco abordadas por los estudiosos de los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual, se caracterizaron las expresiones culturales asociadas al ritual de Lumbalú de San Basilio de Palenque. Se plantea el estado actual de desprotección de este conjunto de saberes, tradiciones y costumbres que por su configuración son 'obras', y se concluye que debe existir un marco regulatorio comprensivo que contemple las necesidades y expectativas de las comunidades, que además sea capaz de garantizar el consentimiento libre, previo e informado para su acceso mediante la consulta previa, y la justa repartición de beneficios por la explotación económica, entre otras estrategias de protección que buscan otorgarle una categoría especial a las expresiones culturales tradicionales como un eslabón clave de los conocimientos tradicionales.

**Palabras clave:** Conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales, Lumbalú, obras literarias y artísticas, propiedad intelectual, San Basilio de Palenque.

## ABSTRACT

In order to characterize traditional cultural expressions as a scarcely studied category of traditional knowledge. In this paper, the main cultural expressions associated to the Lumbalu ritual of San Basilio de Palenque were analyzed. We argue that there is a state of unprotected knowledge, traditions and customs that configures as 'works', and we conclude that there must be a comprehensive regulatory framework that addresses the needs and expectations of communities. To achieve this, on the one hand we maintain that there must be a duty to guarantee free, prior and informed consent for access through prior consultation. On the other hand, we call for a fair sharing of benefits for economic exploitation, among other protection strategies that seek to give a special category to traditional cultural expressions as a key link of traditional knowledge.

**Keywords:** Traditional knowledge, traditional cultural expressions, Lumbalu, literary and artistic works, intellectual property, San Basilio de Palenque.

## Cómo citar este artículo:

Vargas-Chaves, I. (2018). Las expresiones culturales tradicionales: un dimensionamiento a partir de la caracterización del Lumbalú como conocimiento tradicional. *Revista Justicia*, 23(33), 71-90. <https://doi.org/10.17081/just.23.33.2883>

Copyright © 2018

## INTRODUCCIÓN

El Lumbalú es una tradición mítica, cargada de ritos y pasiones inmensas. Pero antes de adentrarnos en su estudio, cabe mencionar a San Basilio de Palenque, el emblemático lugar donde se lleva a cabo, conocido también como “Un Rincón de África en América,” se encuentra ubicado a una hora de la ciudad de Cartagena, la que fuera el principal puerto de entrada de esclavos a la América colonial (Wheat, 2011).

Lo que hace tan especial este territorio, es su población afro, de tez negra, con acento marcado, colores definidos, peinados ancestrales, danza, gastronomía, música, baile y lengua propia, herencia de generaciones ancestrales que hoy en día conservan de forma indeleble (Lamus, 2010). Es en este lugar donde se lleva a cabo el Lumbalú, práctica que incluye un altar, juegos, cantos, llanto, rezos, formas de vestir, entre otros elementos que representan la vida, la enfermedad y la muerte.

El ritual de Lumbalú contempla una serie de conocimientos tradicionales que reciben el tratamiento de expresiones culturales tradicionales ya que por su configuración se asemejan a una obra protegida por el derecho de autor, pero que, al ser un conocimiento tradicional en toda regla, merecen de un tratamiento especial para garantizar su preservación dada su importancia estratégica para los pueblos indígenas y comunidades étnicas, y también por la relevancia social, económica y cultural para su desarrollo.

El presente artículo busca identificar las expresiones culturales tradicionales en el ritual del Lumbalú, a través de una caracterización jurídica desde la óptica de las ‘obras’ que lo componen, y que a su vez son –cada una de estas– conocimientos tradicionales. Una vez identificadas las expresiones culturales del Lumbalú, se analizarán los balances y las proyecciones de esta categoría de conocimientos tradicionales, esbozando su estado actual y proponiendo su regulación comprensiva.

Para cumplir con este cometido, en primer lugar, presentaremos una aproximación al ritual del Lumbalú, fruto del trabajo de campo realizado con algunos integrantes de la Comunidad de San Basilio de Palenque durante el primer semestre de 2017. La información aquí recopilada en los dos primeros apartados del artículo proviene principalmente de entrevistas y análisis de artículos especializados sobre el significado cultural y la apropiación cultural del ritual. En segundo lugar, se desglosarán algunas de las más relevantes expresiones culturales que se dan durante la realización del ritual.

A continuación, nos adentraremos en la figura de las expresiones culturales tradicionales como una categoría de los conocimientos tradicionales, delimitando su órbita de acción y evidenciando tanto problemas como oportunidades desde un enfoque *sui generis* que adopte instituciones de la propiedad intelectual desde un enfoque reduccionista, sin el ánimo de desconocer los avances que en materia de reconocimiento de igualdad han logrado los pueblos indígenas y las comunidades étnicas desde su identidad y derecho de autodeterminación.

Por último, plasmaremos una serie de reflexiones que consideramos deben tenerse presentes para futuros debates en materia de expresiones culturales tradicionales, mientras se adopta un marco regulatorio que abarque todas las necesidades y expectativas en torno a los conocimientos tradicionales. Por lo pronto, dejamos constancia de nuestra posición respecto a que ni los limitados recursos, la falta de un redimensionamiento de los factores culturales de las expresiones culturales o de una política coordinada, deben ser óbice para que no se solucione la situación de desventaja que tienen las comunidades frente a la indebida apropiación de sus conocimientos tradicionales por terceros.

## EL LUMBALÚ

El ritual, que cuenta con la presencia de rezanderas y cantadoras, busca abrir el camino para que el alma del difunto pase al otro mundo. Mientras se realiza, el palenquero debe mostrar respeto por el cuerpo del difunto, no se le debe maltratar, insultar, ni hablar mal de lo que hizo en vida (Lipski, 1997); por eso acostumbran decir durante los velorios: “en estos momentos no hay muerto malo.” Para ellos, representa una práctica con un alto grado de espiritualidad.

La comunidad palenquera se encuentra arraigada a la concepción de la existencia de tres mundos: el primero, es el mundo habitado por los vivos; el segundo es el mundo de los muertos, al cual el Lumablú le abre camino al difunto, y representa aquel sitio de reunión entre él y sus ancestros; y el tercero, es un mundo subacuático que se encuentra habitado por la Mohana, el Mohán y los Mohancitos, seres míticos comprendidos en la cosmovisión palenquera.

Cuando en la comunidad se informa o se cree que una persona va a morir, los familiares y amigos realizan un acompañamiento constante al enfermo y a su familia, lo que representa el inicio del ritual (De Friedemann, 1991, p. 89; Lipski, 1997). Mientras el enfermo padece por su enfermedad, se cree que alguien que ya ha fallecido con anterioridad regresa a la comunidad para

agilizar el proceso de la muerte, con el fin de detener el sufrimiento de quien está por yacer (Escalante, 1989). Esto ocurre espiritualmente, y consiste en que el difunto proporciona comida a la persona enferma.

Según cuentan los habitantes de San Basilio de Palenque, se observa al enfermo platicar solo, abrir la boca, masticar y tragar. Luego de que esto sucede, el lapso hasta su muerte es muy breve. También es posible que al enfermo no le sea proporcionada comida, sino el nombre de una medicina para que la prepare y la ingiera. Pero no debe brindar información alguna del difunto que se la recomendó, pues si lo hace, esta pierde su efectividad.

La muerte es llamada “María Lucrecia,” y se cree que su llegada es avisada por un ave llamada “Cajamba,” que canta mientras recorre el pueblo. Según sus creencias, esto significa que alguien va a morir en la comunidad (De Friedemann, 1991). Cuando esto ocurre, el Kuagro –forma de organización social de la comunidad palenquera– practica un silencio profundo sin llorar y visten al difunto con la ropa que consideren adecuada para su transición al otro mundo. En ocasiones, el enfermo encontrándose en estado agonizante, elige quién debe vestirlo.

Posterior a ese momento, se le deja postrado en la cama o se introduce en el ataúd, el cual es ubicado en medio de la sala del hogar donde habitaba, lugar que es despejado con anterioridad de todos los adornos, cuadros, mesas, y demás objetos. Es en este momento cuando los presentes pueden llorar, su llanto posee la peculiaridad de ser llamado “Leko,” con él se informa al resto de la comunidad que la persona murió.

Luego, las mujeres empiezan a cantar, rezar y danzar alrededor del ataúd, lo que corresponde a los llamados “bailes y cantos de muerto.” Esto tiene una duración indeterminada, la cual depende del tiempo de llegada a la comunidad de los familiares del difunto que se encuentren lejos en el momento de su muerte. En caso de estar presentes, la sepultura puede realizarse al día siguiente.

Los cantos de este ritual tienen una base, y se complementan con improvisaciones donde se narran los momentos de la vida del difunto, lo que hizo, lo que hacía antes de su fallecimiento y lo que hubiese hecho de haber seguido con vida (Escalante, 1989). Antes del sepelio se realiza un rezo de salida, y con una cruz llevada por una persona se va abriendo camino hasta el cementerio. Todas las personas que participen en la sepultura deben retornar a la

casa de la cual salieron para iniciar su recorrido con el difunto, según ellos, para que el alma no vaya a tener tropiezos en el camino, por eso toman el camino de vuelta.

Luego del sepulcro empieza el conteo de los nueve días de velorio, lo que hace alusión a los nueve meses que estuvo en gestación el fallecido. Durante este lapso se realizan rezos, cantos, lamentos, y se ubica un altar que contiene tres imágenes que representan a la Iglesia católica, aunque la mayoría de acciones que se llevan a cabo son características de la herencia africana.

Bajo el altar se ubica un vaso con agua para que el alma del difunto ingiera de él durante el tiempo que tarda el velorio. Los palenqueros afirman que el difunto manifiesta su presencia mediante el movimiento inexplicable de objetos en la casa, también creen que la persona que posea el don es capaz de verlo, pero que el alma del difunto puede poseerlo.

Durante los primeros ocho días del velorio se realizan dos rezos diarios, uno a las seis de la mañana y el siguiente a las seis de la tarde, tiempo en el cual las personas no duermen en camas, sino en esteras en el piso de la sala de la vivienda. Pero al noveno día, se van de amanecida y realizan nuevamente cantos, juegos y rezos para finalizar con lo que llaman “Levantamiento del paño”, el cual se lleva a cabo entre las cuatro y cinco de la madrugada. Debe ser ejecutado por alguien que conozca los rezos especiales para el velorio, los cuales se da uno a uno para quitar los elementos que conforman el altar.

Las mujeres siempre se encuentran alrededor del altar sentadas en la sala y en la cocina, mientras que los hombres se ubican al exterior de la casa. Este espacio es empleado para contar historias míticas y sucesos de la comunidad, es un punto de información para conocer lo que ocurre en el pueblo. A las personas que asisten al velorio se les ofrece comida y café, también es usual el consumo de alguna bebida alcohólica, la más común es el “ñeke”, una bebida artesanal de la comunidad.

Generalmente, el último día del velorio se da un juego llamado “A pilá el arroz”, en el cual los integrantes del Kuagro realizan un paseo por todas las calles, casas y lugares que frecuentaba el difunto, el cementerio y finalmente la casa donde se efectúa el velorio, cantando al unísono: “A pilá el arroz lloro yo, santo de día lloro yo, el que lo pilaba se acabó, santo de día lloro yo.”

Cuando se está levantando el paño, en el momento que la rezandera o el rezandero hace el último rezo, hay que apagar todas las luces de la casa y apartarse de las puertas, tanto la que conduce a la calle como la que lleva al patio. Pues en ese preciso momento el alma del difunto se va definitivamente para el otro mundo, y se cree que si hay alguna persona ubicada en las salidas, puede ser atropellada por el alma del difunto.

En este momento todos los presentes comienzan a llorar con mucha fuerza y dolor. Después del “Levantamiento del paño” y finalización del velorio se debe dejar en algún rincón de la casa una vela encendida hasta por quince días. Todo esto describe lo que en palenque es denominado el “ritual de Lumbalú.” Un proceso en el cual los palenqueros abren camino para que el alma del difunto dé paso hacia el otro mundo a través de rezos y cantos que se realizan. Es su forma de despedirse de la persona que ha dejado este mundo, pero con el consuelo de que se reencontrará con quienes han fallecido antes. Con quienes también nos reencontraremos nosotros.

Una última precisión sobre los cantos Lumbalú, siguiendo a De Friedemann (1991), es que al poseer expresiones propias que no tienen traducción al castellano, solo se recitan en lengua palenquera, y hacen alusión a lugares africanos, especialmente ríos. Lo cual evidencia la conexión de San Basilio de Palenque con África.

### **EL LUMBALÚ Y SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES EN OBRAS: EXPRESIONES CULTURALES**

Cuando se hace referencia al término ‘obra’, se debe remitir a la definición dada por el ordenamiento jurídico de las obras literarias y artísticas que, de acuerdo al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, suscrito el 9 de septiembre de 1886, incluye toda producción en el ámbito literario, científico o artístico, cualquiera que sea el modo o la forma de su expresión.

De acuerdo a esta concepción, las expresiones que son resultantes de la cosmovisión de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, son denominadas expresiones culturales tradicionales (Romero, 2005; Moran, 1997). Estas expresiones son a su vez una clase de conocimientos tradicionales (Vargas, Rodríguez & Blumenkratz, s.f.).

Nos referimos en particular a toda producción contemplada desde la visión occidental por el derecho de autor, pero que tiene un tratamiento especial

como expresión cultural tradicional, en tanto se genera como producto del espíritu creativo y la cosmovisión de estos pueblos, pudiendo o no ser plasmada en un soporte dado el carácter oral de su transmisión. Caben aquí expresiones desde el campo literario, artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como mitos, leyendas, signos, canciones, dibujos, pinturas, esculturas, grabados, e incluso platos –gastronomía–, ceremonias y por supuesto rituales.

Para el caso del Lumbalú, en la comunidad palenquera las expresiones culturales tradicionales se representan desde la forma de vestir que para el ritual juega un papel fundamental, pues con esta se hace la representación del duelo vivido, los familiares y amigos desde el día en que fallece la persona y por los nueve días de velorio deben vestir únicamente con los colores blanco y negro (De Friedemann, 1991). Colores que representan el sufrimiento que padecen las personas que asisten al velorio, quienes también deben usar estos colores durante el tiempo que permanecen en este para demostrar la solidaridad y el acompañamiento a los familiares y amigos del difunto.

Respecto a los colores con los que se lleva a cabo la representación del luto o ‘estar de sentimiento’, de un análisis *in situ* en la comunidad pudimos identificar casos de lutos que han llegado a durar incluso 10 años; tiempo en el cual la persona solo se viste con los colores antes mencionados, absteniéndose de bailar, cantar o asistir a cualquier festejo. Cuando quien lleva el luto considera que es tiempo de dejar atrás este periodo, normalmente empieza a usar en su vestir otros colores, usualmente el gris, el marrón, beige y azul, los cuales dan a los demás miembros de la comunidad el aviso de que esa persona está por dejar este periodo o como es llamado tradicionalmente ‘soltar el luto’.

Sin embargo, los colores por sí mismos si bien hacen parte de la cosmovisión de los palenqueros, no son una expresión cultural tradicional *per se* ya que no contempla una creación, como sí los juegos que se realizan en torno al ritual. Es importante hacer una distinción, pues las expresiones propiamente dichas más allá de contemplar la representación del imaginario de los pueblos deben ser una obra fruto del espíritu creativo del ser humano para ser consideradas un conocimiento tradicional.

Los conocimientos tradicionales, y particularmente las expresiones culturales tradicionales como una parte de los mismos, han sido los principales vehículos de manifestación de la estrecha relación existente entre las comunidades afrodescendientes, indígenas y étnicas con su entorno, siendo estos parte

de toda su formación cultural, social y económica a partir de lo cual surge su forma de percibir y relacionarse con el mundo, es decir, su cosmovisión.

Las expresiones culturales tradicionales son un elemento fundamental de las comunidades étnicas, por cuanto representan una percepción del mundo, un arraigo a sus costumbres y porque debido a sus mecanismos de tradición oral muestran la forma tanto de trascender en el mundo como de mantenerse a través de las generaciones siguientes. Esto es lo que entendemos por cosmovisión, la cual se sustenta en la relación entre las comunidades con todo lo que les rodea, y que les permiten desarrollar saberes y prácticas que han sido transmitidas a través de las diferentes generaciones para hoy en día ser valoradas como conocimientos tradicionales.

Volviendo al caso de los juegos, que sí se desarrollan desde la creatividad propia de una cultura, cumplen dentro del Lumbalú una doble función de integración social y de entretenimiento para los asistentes al velorio, quienes tratan de olvidar por un momento el duelo por el cual están pasando (Escalante, 1989). Los encargados de dar inicio a estas actividades son los miembros del Kuagro.

Algunos de estos juegos son el 'sancocho', el 'botellón', 'el tizón' y 'se mea'. En este último, lo que se busca es imitar la forma de actuar de los animales, en especial la forma de orinar de los caninos. Quien está en medio de la 'ronda' debe imitar la posición que hacen estos animales a la hora de orinar con el sonido 'siiiiiiiiii' mientras escoge al siguiente participante. El 'tizón' por otra parte, es un juego que tiene la finalidad de no permitir que los asistentes al velorio se duerman antes del levantamiento del paño, pues la persona que llegue a dormirse deberá asumir las consecuencias que para este caso es quemarlos con un tizón caliente.

Otras expresiones culturales del Lumbalú y a otros espacios del imaginario palenquero, en tanto representan la creatividad propia de una obra, son los juegos compuestos por otras obras como cantos, bailes y mímicas, los cuales se realizan en rondas que son interpretadas por cada uno de los asistentes, quienes tras terminar su representación suelen escoger a otro asistente para que la ejecute. Así, hasta que finalmente todos realizan la interpretación.

**Tabla 1. Interpretaciones lingüísticas**

<p><b>Mi Marido está en la cama</b> Mi marido está en la cama ¡Sí señor! Esperando que le llegue ¡La bendición!</p>	<p><b>Plátano maduro</b> Plátano maduro con el bambán A todas las mujeres les gusta El bate, que bate, que bate</p>
---	---

<p><b>El loro y la lora</b>  El loro y la lora,  Estaban loreando  Y yo por la reja lo estaba mirando,  Con que se mantiene,  Con la flor del tabaco,  Trabaja compañero trabaja juepaje  Trabaja, trabaja y trabaja juepaje  Trabaja a medio lado trabaja  Trabaja boca arriba trabaja  Trabaja, trabaja y trabaja</p>	<p><b>Chimbilli</b>  Chimbilli chimbilonga,  No hay caracol que no tenga su  comba,  Hay la muerte del hombre no hay  quien la sienta  Solo la que sufre es la mujer del  hombre  ¡Ay si no hay canelita!  ¡Ay si no hay chocolate!  Toda la noche hay un bate que bate</p>
<p><b>A pilá el arroz</b>  A pilá el arroz:  A pilá el arroz lloro yo  El que lo pilaba se acabó  Santo de día lloro yo</p>	<p><b>Se murió cholobo</b>  Se murió cholobo ¡Peumpe!  Lo van a enterrar ¡Peumpe!  En cajón de vidrio ¡Peumpe!  Lo van a enterrar ¡Peumpe!</p>

Fuente: Propia

Además de los anteriores, cabe mencionar otros cantos representativos de la cultura palenquera que se interpretan en el Lumbalú, como el Guansuko, Sambangole de Angola, Kuendakukuendakombilesami, Ya tule bombonmi, Tasa ri hambre, Simarilungo de Angola, Simancongo, Yo con mi María muchacha, Mamá mi a pele maluco, Barumba ausente, Samilopo, Gongorokoy Kokorokia.

De la observación *in situ* que efectuamos hallamos que los rezos, por su parte, se toman como el arte de pedir por el alma del difunto para que entre a ese nuevo mundo y su alma no quede penando. Es la forma de alimentar el alma en los nueve días de velorio y enviarlo por buen camino al más allá. Aquí puede notarse la influencia del catolicismo en la comunidad pues estos rezos están compuestos por plegarias de esta religión, mezcladas con expresiones propias de la cultura palenquera como el 'requerternadonidoni', el cual debe pronunciarse diariamente a las seis de la tarde, después de cada oración y seguido del nombre del difunto.

De hecho, si se miran en contexto, esta clase de expresiones culturales tradicionales hacen parte de una dimensión colectiva que dentro de la estructura o configuración del Pueblo Palenquero representan toda una cosmovisión y una historia de vida que se arraiga al mismo. De esta forma, se convierten en parte vital de una cadena histórica de comunidades que han logrado encontrar un equilibrio con su entorno, en donde su uso, ha permitido tener un desarrollo cultural, que entre muchas teorías ha sido denominado por Harris (1982) como materialismo cultural.

Desde una óptica jurídica, no es viable ni adecuado determinar que la

protección de las expresiones culturales se debe dar en los mismos términos que las obras bajo el régimen de derecho de autor a través de un registro o soporte; sino que por el contrario, deben respetarse ciertos atributos como la necesidad de conservar algunos como secretos, o la fijación en un soporte tangible o intangible, por la oralidad que estos revisten.

A raíz de ello, es claro que estos conocimientos que tienen característica colectiva, son de una u otra forma la expresión de las comunidades conseguidas a través de la experiencia en el tiempo y su protección en aras de conservarlos, representa la oportunidad de permanecer en el mundo con sus mismos presupuestos culturales.

Reconocer entonces que los conocimientos tradicionales hacen parte de toda una cosmovisión reflejada por la tradición, y que tienen sus propias reglas, ha ocasionado el interés porque sean reconocidos y protegidos como un sistema *sui generis* de propiedad intelectual; permitiendo que estas comunidades sean quienes determinan el alcance y límite para el uso por parte de terceros.

Por todo lo anterior, las expresiones culturales asociadas al ritual del Lumbalú claramente despiertan y puede ser denominado de interés público debido a las obras que ofrecen creaciones susceptibles de apropiación para la derivación de otras. Sin embargo, esto no implica que dichas expresiones deban ser susceptibles de apropiación sin el consentimiento de la comunidad, o que no se contemplen aún mecanismos de distribución equitativa de beneficios. Son dos problemáticas que requieren de un llamado de atención al Estado en calidad de garante de los Derechos de los Pueblos Indígenas y comunidades étnicas.

### **LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES Y LA NECESIDAD DE CONTAR CON UN TRATAMIENTO ESPECIAL COMO CONOCIMIENTOS TRADICIONALES**

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 2, establece que los pueblos indígenas son reconocidos como libres e iguales a todos los demás pueblos y personas, teniendo la posibilidad de hacer exigible su derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación respecto al ejercicio de sus derechos; particularmente aquellos relacionados con su origen e identidad.

En tal sentido, este instrumento internacional amplía en su artículo 31 la órbita de acción al reconocer un derecho inalienable e imprescriptible de “mantener, controlar, proteger y desarrollar la propiedad intelectual de dicho patrimonio

cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales”; en alusión al conjunto de costumbres, saberes y técnicas que durante generaciones han desarrollado.

Lo anterior desde luego se sitúa en el ámbito de los conocimientos tradicionales que, vistos desde una óptica amplia, agrupan no solo conocimientos técnicos, ambientales y agrícolas, obtenciones vegetales convencionales o usos medicinales de la flora, sino además el conjunto de expresiones culturales que prestan mérito de obras literarias, artísticas, estéticas, entre otras.

Nos referimos a las expresiones culturales tradicionales como una categoría de conocimiento tradicional, el cual por sus características especiales no pueden recibir el mismo tratamiento que un conocimiento tradicional agrícola patentable o el uso terapéutico –también patentable desde su principio activo– dado a una planta (Vargas, 2016).

Las expresiones culturales tradicionales son un conocimiento tradicional que especialmente se destacan por tener una vía de transmisión oral, apartándose del requisito de una obra –si bien en su configuración lo son– de plasmarse en un soporte tangible o intangible para su protección. Se resalta también que son conocimientos ligados intrínsecamente a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las comunidades, a diferencia de un método tradicional de erradicación de plagas en cosechas.

Pese a lo anterior, sin el ánimo de desconocer que los demás conocimientos tradicionales están ligados a la cosmovisión de los pueblos y comunidades, estos, al ser de carácter colectivo tal como lo resalta Tobón (2006), hacen parte de la madre tierra al cual pertenecen, pero no dominan. De allí deriva el deber de salvaguardarlos como parte de la identidad de los pueblos en un sentido amplio, en tanto son parte de la conexión con la madre tierra, de donde proviene todo y a la cual se deben.

Otros conocimientos tradicionales, en cambio, tienen para algunos pueblos indígenas y comunidades étnicas una estrecha relación con el territorio, las técnicas de caza, pesca o recolección de alimentos que han intercambiado de otras comunidades. Cabe mencionar también conocimientos que, cimentados en las expresiones de las comunidades cumplen un rol netamente distintivo para efectos de establecer jerarquías o simplemente diferencias, bien dentro de la misma organización interna o bien entre pueblos vecinos.

En general los conocimientos tradicionales y todas sus manifestaciones son

valiosos, particularmente si la información es inherente a un sistema tradicional durante generaciones, resultado de su constante interacción con el complejo entorno en el que habitan y que engloba el patrimonio cultural inmaterial (Gómez, 2013).

Siguiendo esta misma línea, además de existir el reconocimiento de los conocimientos tradicionales —a través del también reconocimiento a la diversidad étnica y cultural de la nación en el ordenamiento jurídico colombiano—, existe un consenso por parte de la doctrina sobre las falencias en relación a la forma o estructuras que deben emplearse para proteger la propiedad intelectual de las comunidades (Vargas, 2016; García & Rodríguez, 2009).

Lo anterior, sobre todo si vemos cómo los compositores y artistas que se apropian de ritmos y melodías para sus obras o de diseñadores que usan sin el consentimiento de las comunidades formas o colores propios, por no dejar de mencionar los profesionales de la cocina que reinterpretan recetas tradicionales para crear derivaciones de platos tradicionales, sin tan siquiera reconocer la procedencia de la comunidad que los conservó tras heredarlos de sus antepasados.

Esto indudablemente nos lleva a un primer escenario en el cual se considera que debe existir una necesidad de repensar el tratamiento que han recibido las expresiones culturales tradicionales, y en general los conocimientos tradicionales pues, en al menos cinco escenarios distintos, su propiedad colectiva es desconocida.

En primer lugar, la distribución de los beneficios derivados de las regalías que producen las obras derivadas no es equitativa, estando por el contrario orientada a reivindicar una propiedad absoluta de esas nuevas obras. Segundo, porque al desconocer que el modo de transmisión de las expresiones tradicionales es predominantemente oral (Li, 2014; Nas et al., 2002), se tiende a asumir que son obras de dominio público.

Un tercer escenario nos lleva por la vulneración al derecho moral de paternidad, al no indicarse en la gran mayoría de casos la procedencia de las expresiones culturales utilizadas para la realización de obras derivadas, y, en igual sentido, el cuarto escenario denota la vulneración al derecho moral de integridad al ser mutiladas o degradadas. El quinto y último escenarios nos plantearía la necesidad de integrar el carácter inédito de las obras, sustentada en el derecho moral de ineditud, para garantizar que en caso de que una comunidad decida mantener en secreto su expresión, esta se mantenga como tal.

Lo anterior por no hablar de la vulneración de los derechos patrimoniales correspondientes a las regalías que se pudieren percibir por la explotación económica de las expresiones o sus obras derivadas. Sin duda, de contarse con una regulación que contemplara una distribución equitativa de beneficios, todo conocimiento tradicional contribuiría al desarrollo económico y a una mejoría de las condiciones –en muchos casos de extrema pobreza– de los pueblos indígenas o las comunidades étnicas.

Para la Organización Mundial de Propiedad Intelectual al salvaguardar la “utilización de herramientas y principios de propiedad intelectual para impedir el uso no autorizado o indebido de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales por terceros” (OMPI, 2012, p. 13). Concretamente, la protección a la que se refiere esta instancia, no es otra sino la aplicación de reglas de propiedad intelectual –sin admitir que los conocimientos tradicionales deban regularse por el mismo régimen de propiedad intelectual– a efectos de impedir el uso, copia o apropiación indebida.

Desde este punto de vista, proteger no es lo mismo ni es igual a salvaguardar y preservación, que consisten en la determinación, la catalogación, la transmisión, la revitalización y el fomento del patrimonio cultural a fin de asegurar su mantenimiento y viabilidad. El objetivo, en el caso de la protección, es garantizar que los conocimientos tradicionales o las expresiones culturales tradicionales no desaparezcan, sino que se mantengan y fomenten (OMPI, 2012).

Así, pues, aunque *a priori* se dimensionara que proteger, salvaguardar y preservar llevan el mismo fin, en realidad el ‘asegurar’ el conocimiento y las expresiones culturales tradicionales, evitando que sean apropiados indebidamente por terceros, es el principal reto que se erige ante una futura regulación de este tipo de conocimiento tradicional. No en vano su protección por sí misma es un tema conflictivo que en ocasiones presenta cierta ambigüedad (Garzón, 2013; Tobón, 2007) al tener expectativas y necesidades que difieren de las de los autores cuyas obras están protegidas por el derecho de autor.

### **HACIA UNA REGULACIÓN COMPRENSIVA DE LAS NECESIDADES Y EXPECTATIVAS DE LA COLECTIVIDAD COMO ‘AUTORA’ Y ‘TITULAR’ DE SUS EXPRESIONES CULTURALES**

Una regulación comprensiva de las expresiones culturales tradicionales debe, como se ha venido afirmando, contemplarlas como obras en los términos del Convenio de Berna de 1886, otorgándole el estatus de productos –artísticos,

literarios, musicales, científicos, estéticos, etc.– fruto del espíritu creativo del ser humano, que han sido desarrolladas durante generaciones por parte de pueblos indígenas y comunidades étnicas.

Estas expresiones culturales, que hacen parte del universo de los conocimientos tradicionales, conforman a su vez lo que para Valladares y Olivé (2015) es una base medular de dichas culturas, con un enorme potencial para la comprensión de diferentes problemas sociales, económicos, culturales e incluso religiosos si tomamos en cuenta casos como el que desarrollamos en el presente artículo con el ritual del Lumbalú.

Sobre las bases de lo anteriormente expuesto, surge inevitablemente la siguiente inquietud: ¿es posible establecer un conjunto de reglas importadas del régimen vigente de propiedad intelectual, que contribuyan a salvaguardar las expresiones culturales tradicionales?

Para Correa (1999) los derechos de propiedad intelectual en principio no resultan aplicables a los conocimientos tradicionales, al existir una incompatibilidad esencial entre los conceptos de los derechos de propiedad intelectual occidentales y las prácticas y las culturas de las comunidades indígenas y locales. En consecuencia, sostiene el autor, que llevar a las comunidades y sus conocimientos hacia el redil de la economía de contenidos, podría llegar incluso a destruir todo lo que se ha construido durante generaciones.

Se trata de una afirmación con la que nos encontramos parcialmente de acuerdo, pues si bien estos conocimientos pueden y deben mantenerse dentro de la cosmovisión de las comunidades, el régimen de propiedad intelectual –y en particular el régimen de derecho de autor– nos otorga instituciones clave para su salvaguarda ante intereses de los actores de esta economía de contenidos. Por ejemplo, el derecho a mantener la ineditud de las expresiones o a reivindicar la paternidad o su integridad.

En otros casos como el de la exigencia de la fijación de las expresiones en un soporte tangible o intangible somos conscientes, en cambio, que ello terminaría socavando todo conocimiento tradicional, pues su forma de transmisión es eminentemente oral. Por lo demás, coincidiendo en otros postulados con Tobón (2007), Vargas-Chaves (2014), Garzón (2013) y Correa (1999), nos es posible plantear que antes de trazar directrices que rijan la utilización de los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, debe partirse de unos supuestos mínimos.

Primero, comprender que el fundamento de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales no está regulado en ninguna norma. Estos se encuentran sustentados en los valores de los grupos étnicos. Sobre este punto es necesario articular los mecanismos de protección *sui generis* importados desde la propiedad intelectual a los estándares de derechos humanos como instrumentos a través de los cuales los pueblos indígenas y comunidades étnicas han logrado el reconocimiento de su autonomía e identidad.

Segundo, si bien el Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore ha llevado a cabo una valiosa labor de discusión en los últimos años, aún resulta prematuro plantear reglas uniformes en el ámbito internacional, hasta tanto no se tenga un mapa amplio de todas las clases de conocimientos tradicionales, atendiendo a su carácter técnico, ambiental, agrícola, cultural, distintivo, médico, etc.

A lo anterior, debe sumarse una labor previa de comprender la diversidad de las comunidades, siendo previsto remitirse a los estudios interculturales de las Ciencias Sociales y Humanidades; dado el carácter sinérgico que Reichel-Dolmatoff le otorga a los conocimientos tradicionales al tener el poder de integración hombre-naturaleza (De la Cruz, 2004; Vargas, 2014).

Una regulación comprensiva debe también contar con un mecanismo de consulta que integre los intereses concretos de estas comunidades. Correa (1999) en este sentido sostiene que no es claro hasta donde las propuestas hechas para la protección de los conocimientos tradicionales, incluyendo los mecanismos de consulta, reflejan los valores culturales de las comunidades a las que intentan servir. Del mismo modo, denota su preocupación por el riesgo implícito de transferirles –a pueblos indígenas y comunidades étnicas– paradigmas que no son adecuados a su realidad.

En relación a los mecanismos de consulta, es importante que estos garanticen que se cumpla con el estándar del consentimiento libre, previo e informado para el acceso a los conocimientos tradicionales, sean expresiones culturales tradicionales, usos medicinales de flora, obtenciones vegetales por la vía convencional o conocimientos técnicos, agrícolas o ecológicos tradicionales. El derecho fundamental a la consulta previa no hace ninguna distinción en la tipología de conocimientos tradicionales.

El consentimiento libre, previo e informado tiene sus orígenes en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de

2007 sobre el caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam*, que sentó un precedente importante para los derechos de los pueblos indígenas, a quienes se les debe no solo consultar sino llegar a un acuerdo a través de un consentimiento que sea libre con base en sus costumbres, otorgado de manera previa e informado, ante cualquier plan de desarrollo o inversión que tenga un potencial de afectación (Rodríguez, 2014; Charris, 2014).

Si bien, este precedente encuentra sustento en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece la protección especial sobre los recursos que se encuentran en territorio de estas comunidades (Zuluaga, Matiz & Rodríguez, 2007); ni en el citado convenio ni en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas se plantea una definición acerca de lo que debe entenderse por pueblo indígena o por pueblo tribal.

En lugar de ello, sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia T-576/14 que “los instrumentos internacionales de protección optaron por proporcionar unos criterios descriptivos de los pueblos a los que pretenden proteger, vinculados, como aquí se ha dicho, a su identidad diversa, la cual debe ser determinada por los propios pueblos de acuerdo con sus costumbres y tradiciones”, siendo el criterio más relevante el de la ‘autoidentificación’.

En la misma sentencia, este alto tribunal aclara que el término en últimas “comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos” como parte de un elemento objetivo y, “una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad” como parte de un elemento subjetivo.

En el caso de las comunidades étnicas [afrodescendientes, raizales, gitanas y rom], y especialmente las comunidades negras tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, estas reúnen ambos elementos, por lo que resulta viable considerarlas un pueblo tribal (Rodríguez, 2015), en los términos del Convenio 169 de la OIT, y en tal sentido otorgarles la cobertura del derecho a la consulta previa.

La consulta previa entonces, como derecho fundamental que tienen todos los grupos étnicos y los pueblos indígenas a ser consultados de cara a obtener un consentimiento para hacer efectiva su protección de la integridad cultural, social y económica (Rodríguez, 2014), cobija el mecanismo de acceso idóneo a sus conocimientos tradicionales. En efecto, al representar estos los saberes,

costumbres y técnicas derivadas del conocimiento empírico transmitido de generación en generación; es posible hacer tal afirmación, siendo crucial por ende, involucrar a las comunidades como parte integral de cualquier decisión que se vaya a adoptar sobre algún permiso que se otorgue para la explotación económica de un conocimiento tradicional.

Para el caso concreto, se precisa que todo proceso de participación mediante consulta, incluya la identificación de las prioridades o estrategias con respecto a la utilización de sus expresiones culturales tradicionales, al ser estas parte de un capital cultural inmaterial protegido como interés jurídico por el Estado.

Momento a partir del cual, siguiendo a Rodríguez (2015), estos deben garantizar el cumplimiento de los estándares que permitan su inclusión para el desarrollo de actividades donde incluyan dicho conocimiento y a su vez se establezcan mecanismos que permitan tener una reparación y participación justa y equitativa tanto de los efectos como de los beneficios derivados de las acciones.

La participación justa y equitativa de beneficios, es el otro eje de la 'regulación comprensiva' propuesta desde nuestra óptica, al erigirse como un tema de gran trascendencia, debido al valor que progresivamente se la ha dado a las expresiones culturales como insumos que otorgan una ventaja competitiva a la industria cultural.

Lo anterior por no dejar a un lado que para garantizar la salvaguarda de los conocimientos tradicionales, además de recibir los beneficios derivados de la explotación económica de sus expresiones culturales –por ejemplo mediante obras derivadas–, deben existir mecanismos de compensación y resarcimiento por los daños eventualmente causados a raíz de dicha explotación.

## CONCLUSIONES

Las expresiones culturales tradicionales son un tipo de conocimiento tradicional que por sus características se asemejan más a una obra, en los términos del Convenio de Berna de 1886, que a una técnica, saber, uso tradicional o método. Así, en las expresiones culturales tradicionales se incluye toda producción en el ámbito cultural, cualquiera que sea el modo o la forma de su expresión y fijación en un soporte, pudiendo mantenerse la transmisión oral como un soporte por sí mismo.

De acuerdo a esta concepción, las expresiones son resultantes de la cosmo-

visión de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, como se tuvo en el presente artículo la oportunidad de analizarlas por medio de la caracterización del ritual del Lumbalú originario de la comunidad de San Basilio de Palenque. De este ritual se derivan expresiones que representan varios elementos, entre estos, desde la forma de vestir para la tradición, cantos, juegos, recetas y poemas.

Con la caracterización de este ritual, es posible tener una aproximación a la expresión cultural tradicional como vehículo de manifestación de la estrecha relación existente entre las comunidades afrodescendientes, así como pueblos indígenas y demás comunidades étnicas con su entorno, a partir de lo cual surge su forma de percibir y relacionarse con el mundo es decir, su cosmovisión, desde donde desarrollar expresiones que hoy en día son objeto de apropiación indebida por parte de terceros sin su autorización.

Esta aproximación que logramos realizar a las expresiones culturales tradicionales desde el Lumbalú, permite al lector entrever el carácter holístico que se integra en los sistemas culturales complejos, donde los conocimientos tradicionales se integran a cosmovisiones propias. De ahí surgió nuestra necesidad de repensar un marco regulatorio comprensivo de las necesidades y expectativas de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas sobre sus expresiones culturales.

Dentro de los planteamientos realizados, cabe destacar por una parte la necesidad de contar con una vía de acceso a través de la consulta previa, en aras de obtener un consentimiento libre, previo e informado de las comunidades para hacer efectiva la protección de su integridad cultural plasmada en sus conocimientos tradicionales. Este mecanismo, es por demás el mecanismo de acceso idóneo al lograr involucrar a las comunidades como parte integral de cualquier decisión que se vaya a adoptar, y en la que estén por delante sus necesidades y expectativas.

Por otra parte, se resaltó la importancia de garantizar una participación justa y equitativa de los beneficios a las comunidades, haciéndolas parte de toda la cadena de acceso, aprovisionamiento y producción de las obras derivadas de las expresiones culturales tradicionales, hasta la participación de los beneficios, incluyendo una indemnización razonable por los eventuales daños morales o patrimoniales ocasionados.

En definitiva, las expresiones culturales tradicionales son un elemento fundamental de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas por cuanto repre-

sentan, como ya se mencionó, una percepción del mundo, un arraigo a sus costumbres y porque debido a sus mecanismos de tradición oral, ostentan la forma tanto de trascender en el mundo como de mantenerse a través de las generaciones siguientes.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Correa, C. (1999). Los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual. Cuestiones y opciones acerca de la protección de los conocimientos tradicionales. *Documento de discusión*. New York: Quaker United Nations Office.
- Charris, J. (2014). El consentimiento libre, previo e informado como garantía de transparencia en la administración pública. En *Revista Derecho del Estado*, (33), 123-147.
- De Friedemann, N. S. (1991). Lumbalú: ritos de la muerte en Palenque de San Basilio, Colombia. En *Revista de Filología y Lingüística de la Universidad de Costa Rica*, 16(2), 51-64.
- De la Cruz, R. (2004). *Necesidades y expectativas de protección legal de los titulares de los conocimientos tradicionales en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Escalante, A. (1989). Significado del Lumbalú: ritual funerario del Palenque de San Basilio. *Huellas, Revista de la Universidad del Norte*, 26, 11-24.
- García, M. & Rodríguez, G. A. (2009). *Principales escenarios internacionales de protección ambiental y del conocimiento tradicional para los pueblos indígenas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Garzón, A. (2013). Aproximación a la protección de los conocimientos tradicionales desde los derechos humanos. *Principia Iuris*, (19), 199-214.
- Gómez, L. (2013). Protección de la tradición. Los derechos no tradicionales de la propiedad intelectual. *La Propiedad Inmaterial*, 93-111.
- Harris, M. (1982). *Materialismo cultural*. Madrid: Alianza Universidad.
- Lamus, D. (2010). San Basilio de Palenque siglo XXI: lengua ripalenge y proyecto etnoeducativo. *Reflexión Política*, 12(24).
- Li, L. (2014). Introduction. En L. Li (Ed.), *Intellectual Property Protection of Traditional Cultural Expressions*. Springer International Publishing.
- Lipski, J. M. (1997). El lenguaje de los negros congos de Panamá y el Lumbalú palenquero de Colombia: función sociolingüística de criptolectos afrohispanicos. *América Negra*, 14(s 150).
- Moran, L. M. (1997). Intellectual Property Law Protection for Traditional and Sacred Folklife Expressions-Will Remedies Become Available to Cultural Authors and Communities. *University of Baltimore Intellectual Property Law Journal*, 6, 99.
- Nas, P. M., Talal, H. P., Claessen, H. M., Handler, R., Kurin, R., Olwig, K. & Nas, P. M. (2002). Masterpieces of oral and intangible culture: Reflection on the UNESCO World Heritage List. *Current Anthropology*, 43(1), 139-148.
- OMPI (2012). *Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales*. Recuperado el 17

- de febrero de 2017, de [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo\\_pub\\_933.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf)
- Rodríguez, G. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a Pueblos Indígenas en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Rodríguez, G. A. (2015). *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia. Luchas, contenido y relaciones*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Romero, T. (2005). Sui generis systems for the protection of traditional knowledge. *International Law*. En *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 3(6), 301-339.
- Tobón, N. (2006). Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. En *Revista Estudios Socio Jurídicos*, 9, 6-129.
- Valladares, L. & Olivé, L. (2015). ¿Qué son los conocimientos tradicionales? Apuntes epistemológicos para la interculturalidad. *Cultura y Representaciones Sociales*, 10(19), 61-101.
- Vargas, I. (2014). Los conocimientos tradicionales y sus escenarios de articulación con el comercio y el medio ambiente. En A. Sáenz, A. Gómez & G. Rodríguez (Eds.), *Conflictos entre propiedad, comercio y ambiente* (pp. 283-301). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Vargas, I. (2016). *Derecho e Innovación Ambiental*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Vargas, I., Rodríguez, G. & Blumenkrate, H. (s.f.). Conocimientos tradicionales agrícolas. En *Working paper*.
- Wheat, D. (2011). The first great waves: African provenance zones for the transatlantic trade to Cartagena de Indias, 1570-1640. *The Journal of African History*, 52(1), 1-22.
- Zuluaga, G., Matiz, C., & Rodríguez, G., (2007). *Flora medicinal y sus conocimientos asociados: lineamientos para una reglamentación*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

### **Normativa**

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 4 de agosto de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas. Recuperado de. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-576-14.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Saramaka vs. Surinam. 28 de noviembre de 2007. Recuperado de. [http:// www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)