

EL FOLCLORE COMO OBJETO DE PROPIEDAD INTELECTUAL: DERECHOS DE LOS AUTORES Y DERECHOS CONEXOS

RAQUEL DE ROMÁN PÉREZ*

RESUMEN

La comunidad internacional muestra su preocupación por la preservación y protección de las expresiones culturales tradicionales desde hace varias décadas. Especialmente la UNESCO y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), buscan vías para evitar la expoliación y, en general, promover la protección del folclore. Entre las medidas que se proponen, la OMPI considera que las leyes de propiedad intelectual son un recurso a tener en cuenta. Con el presente trabajo se trata de estudiar cuáles de las expresiones del folclore cumplen los requisitos que normalmente se exigen a las obras frente a las que no los reúnen, para analizar después el lugar que ocupan en las normas de propiedad intelectual, tanto si se trata de expresiones antiguas como de obras creadas por autores contemporáneos.

Palabras clave: Folclore, obras, propiedad intelectual.

ABSTRACT

It is since some decades that the International Community has shown signs of a substantial concern towards the preservation and protection of traditional cultural expressions, specifically the UNESCO and the WIPO which are in quest of anti-exfoliation measures and folklore protection as well. Among the aforementioned measures the WIPO highlights Intellectual Property legislation as a highly useful tool. This article study the folkloric expressions qualifying as intellectual works in addition to their role within the Intellectual Property regulations, whether they are old works or contemporarily created.

Keywords: Cultural heritage, intellectual works, copyright.

SUMARIO: I. ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DEL FOLCLORE: 1. EL FOLCLORE FORMA PARTE DE LA DIVERSIDAD CULTURAL DE LOS GRUPOS Y SOCIEDADES. 2. LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE SON PRODUCTO DE LA ACTIVIDAD INTELECTUAL CREATIVA, PERO NO INCLUYE LOS CONOCIMIENTOS, TÉCNICAS O MÉTODOS EMPLEADOS. 3. LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE SON CARACTERÍSTICAS DE LA IDENTIDAD CULTURAL Y SOCIAL DE UNA COMUNIDAD. 4. LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD PARTICIPAN EN EL PROCESO DE GESTACIÓN, DESARROLLO Y DIFUSIÓN DE SUS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES. 5. LOS MÉTODOS Y TÉCNICAS TRADICIONALES QUE DAN LUGAR AL FOLCLORE TIENEN UN ORIGEN REMOTO.— II. REQUISITOS DE LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE

* Profesora Contratada Doctora. Universidad de Burgos. Dirección de correo electrónico: *roman@ubu.es*.

COMO OBRAS: 1. CREACIONES LITERARIAS O ARTÍSTICAS Y SUS ELEMENTOS DE EXPRESIÓN. 2. EXPRESIONES RESULTANTES DE LA ACTIVIDAD HUMANA CREATIVA. 3. ORIGINALIDAD DEL FOLCLORE.—III. EXPRESIONES DEL FOLCLORE ANTIGUAS Y CONTEMPORÁNEAS EN LAS LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL: 1. LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES COMO PARTE DEL DOMINIO PÚBLICO. 2. OBRAS DEL FOLCLORE CONTEMPORÁNEAS. 3. OBRAS DERIVADAS DE EXPRESIONES DEL FOLCLORE Y OBRAS INSPIRADAS. 4. DERECHOS CONEXOS SOBRE PRESTACIONES QUE INCORPORAN EXPRESIONES DEL FOLCLORE.

I. ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DEL FOLCLORE

1. EL FOLCLORE FORMA PARTE DE LA DIVERSIDAD CULTURAL DE LOS GRUPOS Y SOCIEDADES

Para comprender lo que es el folclore, o las expresiones culturales tradicionales, que es la forma con la que algunas comunidades prefieren designar la misma realidad por las connotaciones peyorativas que la palabra folclore podría tener para ellas¹, puede acudirse a la definición adoptada por la OMPI en el Proyecto de Disposiciones para su protección². De acuerdo con ella, «las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore son todas las formas tangibles o intangibles en que se expresan, aparecen o se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, y comprenden las siguientes formas de expresión o combinaciones de las mismas:

i) las expresiones verbales, tales como los relatos, las gestas épicas, las leyendas, la poesía, los enigmas y otras narraciones; las palabras, los signos, los nombres y los símbolos;

ii) las expresiones musicales, tales como las canciones y la música instrumental;

iii) las expresiones corporales, tales como las danzas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales y otras interpretaciones o ejecuciones, independientemente de que estén o no fijadas en un soporte, y

iv) las expresiones tangibles, tales como las obras de arte y, en particular, dibujos, pinturas (incluidas las pinturas corporales), tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaicos, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, cristalería, tapices, indumentaria; artesanía; instrumentos musicales, y obras arquitectónicas;

que son:

a) producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y la de la comunidad;

b) características de la identidad cultural y social de una comunidad, así como de su patrimonio cultural y

c) mantenidas, utilizadas o desarrolladas por esa comunidad o por individuos que tienen el derecho o la responsabilidad de hacerlo de conformidad con las leyes y las prácticas consuetudinarias de dicha comunidad»³.

¹ Así se explica en el *Folleto*, núm. 1, de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore, pág. 2.

² Proyecto de Disposiciones Revisadas para la Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore, Objetivos políticos y Principios fundamentales (WIPO/GRTKF/9/4 y WIPO/GRTKF/10/4).

³ Artículo 1 de las Disposiciones Revisadas para la Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore, Objetivos políticos y Principios fundamentales (WIPO/GRTF/IC/9/4).

De este concepto se irán analizando sus elementos para estudiar las características esenciales del folclore. Primero interesa fijarse en su comienzo cuando señala que el folclore es la forma en que se manifiestan los conocimientos y la cultura tradicionales, y en su última parte que también refleja el origen remoto de las expresiones culturales tradicionales al decir que se mantienen, utilizan o desarrollan conforme a las normas y prácticas consuetudinarias de una comunidad. Con ello se habla de una realidad viva, gestada en un momento anterior, que además, obedece a una tradición. Esta misma parte de la definición refleja que el folclore tiene una componente popular. Ciertamente las expresiones culturales tradicionales pueden considerarse populares porque proceden del pueblo y además, es el pueblo quien normalmente las desarrolla y transmite, pero hay que señalar que no todo lo popular es folclore. En efecto, si populares son las obras o manifestaciones culturales producidas por el pueblo, transmitidas por el pueblo o destinadas a su disfrute por el pueblo⁴, hay que observar que aparte del folclore hay otras obras y creaciones que también se destinan al pueblo. En tal sentido existe música o literatura creada en el presente que no siendo tradicional se destinada al consumo masivo y que, por tanto, es cultura popular.

Estas precisiones sirven para constatar que el folclore forma parte de una realidad más vasta, integrada por todas las expresiones que conforman la diversidad cultural de la humanidad, pero que no abarca todas ellas. La riqueza cultural de los pueblos se conforma con las expresiones tradicionales y también con otras que no reúnen las características del folclore⁵. Así pues, la diversidad cultural se integra por manifestaciones y obras antiguas o recientes, populares o que están destinadas a sectores concretos de población⁶.

Además, sobre concepto y caracteres del folclore, *vid.* D. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, Buenos Aires, 1993, págs. 93-96; R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2003, pág. 72; I. ESPÍN ALBA, «Flamenco, folclore y dominio público», M. CASTILLA (coord.), *El flamenco y los derechos de autor*, Reus, Madrid, 2010, págs. 39-75; A. MARTÍN VILLAREJO, «Integridad e identidad de las obras procedentes de la cultura popular. Derechos morales sobre las obras del dominio público. Legitimación para el ejercicio de los derechos morales», C. VALDÉS y C. ROGEL (dirs.), *Cultura popular y propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2011, págs. 68-71; H. AYLLÓN SANTIAGO, *El derecho de comunicación pública directa*, Reus, 2011, pág. 320, y el *Folleto*, núm. 1, de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore, pág. 6.

⁴ E. MARINAS, «Lo popular: Música y literatura, voz de autor, cultura de masas», *Culturas populares*, núm. 3, 2006, pág. 2.

⁵ Se tratan cuestiones relativas a la delimitación de conceptos, aunque no con el mismo alcance que en este trabajo en R. DE ROMÁN PÉREZ, «Manifestaciones de la cultura popular relevantes como obras del espíritu. Artesanía. Folclore. Cuentos y tradiciones populares», C. VALDÉS y C. ROGEL (dirs.), *Cultura popular y propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2011, págs. 29-47.

⁶ Para entender el folclore como una parte más de la diversidad cultural conviene tener presentes las definiciones de los artículos 4, 1 y 3, de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 2005, de la UNESCO. Así «diversidad cultural», se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados; mientras que se considera que «expresiones culturales» son las expresiones resultantes de la creatividad de personas, grupos y sociedades, que poseen un contenido cultural.

2. LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE SON PRODUCTO DE LA ACTIVIDAD INTELLECTUAL CREATIVA, PERO NO INCLUYE LOS CONOCIMIENTOS, TÉCNICAS O MÉTODOS EMPLEADOS

Como dice la definición de la OMPI, las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclore son manifestaciones de los conocimientos y la cultura humanas. En efecto, el folclore está integrado por los productos resultantes de actividades laborales, lúdicas, estéticas o de otro tipo, para cuya obtención los sujetos ponen en funcionamiento su capacidad intelectual y creativa. Las expresiones del folclore son las manifestaciones de esa actividad; es decir, las obras, los instrumentos, artesanías y otros objetos resultantes, pero no los conocimientos empleados. Las técnicas tradicionales para resolver problemas de ingeniería como los de riego, los métodos ancestrales para curar enfermedades, los modos de interpretar las obras o de hacer artesanía, etc., forman parte de otra realidad que recibe el nombre de *conocimientos tradicionales*⁷. Por tanto, debe quedar claro que el folclore se origina al poner en marcha el intelecto y la creatividad humanos y se integra por sus productos tangibles o intangibles, pero no por las técnicas, métodos, reglas, etc., que se han podido utilizar para llegar al resultado.

3. LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE SON CARACTERÍSTICAS DE LA IDENTIDAD CULTURAL Y SOCIAL DE UNA COMUNIDAD

En el proceso de creación, obtención y desarrollo de las manifestaciones del folclore intervienen los individuos que forman parte de una comunidad o de un grupo social sin que se conozca el tiempo que se lleva desarrollando ese proceso creativo en la mayoría de los casos. Los individuos que participan de un grupo que viene desarrollando un saber tradicional durante un tiempo, se identifican con esa forma de cultura y sienten que les pertenece. El tamaño de las comunidades que participan en la gestación, desarrollo y utilización de unas determinadas expresiones culturales puede ser muy variado. Puede tratarse de una comunidad concreta perteneciente a un país o puede abarcar una nación por entero. Otras veces habrá que decir que el folclore escapa a las fronteras de un país y así se puede hablar del *folclore andino*⁸ o *kurdo*⁹.

⁷ En la OMPI, aun cuando se admite que las expresiones del folclore y los conocimientos tradicionales, junto con los recursos genéticos, a veces están interrelacionados o van asociados, se diferencian y separan claramente como realidades diversas que generan distintas problemáticas y que, por tanto, precisan de herramientas jurídicas de protección diferentes. En el *Folleto*, núm. 2, de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales, págs. 4-5, se explica que una única definición no haría plenamente justicia a las diversas formas de conocimiento que poseen las comunidades tradicionales. Por su parte se identifican los conocimientos tradicionales con «el saber adquirido como los conocimientos técnicos tradicionales o los conocimientos ecológicos, científicos y médicos tradicionales. Y abarca el contenido o la sustancia de esos conocimientos técnicos tradicionales, las innovaciones, la información, las prácticas, la experiencia y el aprendizaje de los sistemas de conocimientos tradicionales, por ejemplo, las técnicas agrícolas tradicionales o los conocimientos sobre el medio ambiente o en la medicina».

⁸ La música andina, con antecedentes en la cultura del pueblo inca, se desarrolla en Ecuador, Perú, Bolivia, Chile y Argentina. En relación con este tipo de folclore puede señalarse un conflicto surgido a propósito de la célebre canción de *El cóndor pasa*. Esta fue elaborada por autores peruanos (nació como

Desde otro punto de vista, conviene observar que en la creación y desarrollo del folclore la comunidad puede llevar consigo o tomar obras y elementos de otros entornos geográficos. Por ejemplo el *Tango* de Argentina y Uruguay o el *Son cubano* tienen antecedentes africanos, latinoamericanos y europeos¹⁰. Con esto se pone de relieve que es sobre todo la conciencia del grupo la que determina lo que es una expresión cultural tradicional que pertenece a su comunidad. No se trata tanto de que determinadas manifestaciones tengan su origen en el territorio en que está asentado un grupo, sino de que éste asuma como propias de su identidad ciertas expresiones, con independencia de la procedencia de sus elementos o las influencias de otros entornos.

4. LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD PARTICIPAN EN EL PROCESO DE GESTACIÓN, DESARROLLO Y DIFUSIÓN DE SUS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

El modo en que los individuos van incorporándose a los procesos, actividades o tareas que llevan a la generación de las expresiones del folclore es la observación directa, o el aprendizaje a partir de las enseñanzas de quienes ya desarrollan esa técnica o arte en sus espacios habituales de convivencia, trabajo, etc. No obstante y aunque la tradición oral y el adiestramiento en la propia comunidad es la primera vía de generación y desarrollo del folclore, hay que señalar que a veces entran en juego otros mecanismos; así, por ejemplo, se estudia *Flamenco* en determinados conservatorios de música¹¹, y han alcanzado reconocimiento artistas que no pertenecen a las comunidades donde se genera habitualmente este arte¹². En estos casos, para saber si lo que se obtiene es o no parte del folclore, habrá que estudiar si se ha producido siguiendo las mismas pautas, métodos y técnicas empleados para ese tipo de expresiones y si, finalmente, el resultado reúne los elementos que exigiría la comunidad de origen.

5. LOS MÉTODOS Y TÉCNICAS TRADICIONALES QUE DAN LUGAR AL FOLCLORE TIENEN UN ORIGEN REMOTO

Las comunidades que utilizan las expresiones del folclore, por lo general, saben que el origen de esa forma de crear está lejos en el tiempo, aunque

zarzuela peruana en 1913, con música de Daniel ALAMIA ROBLES y letra de Julio BAUDOUIN) pero tomaron para su creación el folclore andino y en parte se confunde con él. Por tal razón, a pesar de que se declaró patrimonio cultural de Perú en 1933, ha llegado a ser objeto de litigio diplomático entre este país y Ecuador. Vid. en E. MARINAS, *Lo popular...*, op. cit., pág. 5.

⁹ Como es conocido la comunidad kurda habita en la cordillera del Kurdistán, que tiene su enclave en tres países distintos: Turquía, Irán e Irak.

¹⁰ Los dibujos y diseños tradicionales de Nigeria, que resultan del teñido de los tejidos con el método del *Batik*, son consecuencia de una adaptación de la técnica indonesia cuando los holandeses la introdujeron en aquel país. En S. CASTONGUAY, «Una fabula moderna: los tejidos nigerianos teñidos a la cera», *Revista de la OMPI*, 4/2004.

¹¹ En el Conservatorio Superior de Música de Madrid se puede estudiar guitarra flamenca o flamencología. También se estudia guitarra flamenca en algún conservatorio de Holanda.

¹² Mayte MARTÍN es una reconocida cantaora de flamenco que no pertenece a la etnia gitana, ni al entorno geográfico de radicación habitual del flamenco (Andalucía, Extremadura y Murcia en España).

por lo general no conocen la fecha en la que apareció, y a partir de la cual comenzó a desarrollarse¹³. De ahí que se diga que pertenecen a la tradición del pueblo que las usa o que son tradicionales. Ahora bien, conviene señalar que hay otra parte de la cultura cuyas manifestaciones son también antiguas. Se trata, por ejemplo, de las novelas, sinfonías o pinturas de los grandes creadores clásicos. La diferencia entre estas manifestaciones culturales y las del folclore reside en que las últimas se asumen por el pueblo como propias, usándolas y manteniéndolas vivas durante largos periodos de tiempo, mientras que las obras clásicas no se incluyen en la dinámica vital de la comunidad, aunque sus miembros puedan disfrutar de ellas ocasionalmente. Hay que señalar, no obstante, que no se puede predecir lo que el pueblo va a integrar en su tradición. A veces se trata de obras o partes de obras de autores que no son creadores de cultura popular. Por ejemplo, la canción *Guantanamera* incorpora parte de los *Versos Sencillos* de José MARTÍ, sin que pueda decirse que su autor quisiera su popularización como parte de una canción¹⁴.

Partiendo de estas características y precisiones, a continuación se estudian las expresiones del folclore en el marco de las leyes sobre propiedad intelectual. En su esquema habitual se regulan los requisitos que debe reunir una creación humana para que pueda considerarse obra del espíritu y en función de eso se señala un derecho de propiedad intelectual al autor o a los autores de la misma. Luego se reconocen derechos a otros sujetos que participen en el proceso de interpretación de la obra (artistas intérpretes o ejecutantes) o a quienes ponen los medios y desarrollan una actividad que permite su acceso y difusión al público, como son los productores de fonogramas, audiovisuales, entidades de radiodifusión, etcétera¹⁵.

II. REQUISITOS DE LAS EXPRESIONES DEL FOLCLORE COMO OBRAS

1. CREACIONES LITERARIAS O ARTÍSTICAS Y SUS ELEMENTOS DE EXPRESIÓN

En las Leyes de propiedad intelectual, para referirse a las obras del espíritu como objeto protegido, normalmente se hace referencia a dos o tres campos creativos: el literario, el artístico y a veces el científico, pero mantiene la doctrina que con independencia de que el ámbito de creación sea uno de estos tres campos, el resultado es siempre una obra literaria o artística. Esta naturaleza depende de los elementos de expresión utilizados¹⁶. Por ello, primero hay que

¹³ A. O. AMEGATCHER, «Protección del folclore mediante el derecho de autor: una contradicción intrínseca», *Boletín de derecho de autor*, núm. 2, vol. XXXVI, 2002, págs. 37-38, apunta que la palabra folclore se acuñó en Europa en el año 1846 con el fin de sustituir el término «antigüedades populares», que denota su origen remoto.

¹⁴ Realiza un interesante estudio en torno a la obra «Guantanamera» y los conflictos generados por la misma, M. SOTO GRANADO, «El derecho de autor en Cuba», M. BECERRA (coord.), *Textos de la nueva Cultura de la Propiedad Intelectual*, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 2009, págs. 95-99, en el que comenta que la obra de *Los Versos Sencillos* de José MARTÍ nunca ha sido considerada en ninguno de los estudios sobre estos conflictos como si fuera de la cultura popular tradicional (pág. 98).

¹⁵ Llama la atención la Ley de Derecho de Autor, de 28 de diciembre de 1977, de la República de Cuba, que únicamente reconoce un derecho de propiedad intelectual para el autor y no regula lo que se conoce como derechos conexos o afines.

¹⁶ Se puede deducir de las palabras de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al art. 10», *Co-*

estudiar cuáles de las manifestaciones del folclore se expresan con el lenguaje propio de las obras artísticas o literarias, que son las únicas posibles, salvo que la Ley contemple expresamente otra realidad como obra¹⁷.

Partiendo del elenco de expresiones culturales tradicionales que ofrece la definición que se maneja en este trabajo, cabe distinguir tres tipos de creaciones: las manifestaciones que se expresan a través de los medios que le son propios a las obras, las que en principio se exteriorizan de manera diversa pero pueden incorporar obras o reunir sus requisitos de forma ocasional (la artesanía) y finalmente las que no se expresan como las obras del intelecto ni las incorporan. Comenzando por las primeras, resulta que la música instrumental, las canciones, los dibujos, las pinturas, los cuentos, las fábulas, las leyendas, etc., desde un punto de vista objetivo son manifestaciones idénticas a las creaciones intelectuales que no pertenecen a la tradición o al folclore. Los medios expresivos de unas y otras son los mismos (el sonido, la palabra, las líneas, los colores, etc.)¹⁸.

Por su parte, las artesanías son resultado de la manufactura que realizan los miembros de una comunidad, cuya característica esencial es su sentido práctico¹⁹. Por esta razón los medios por los que se exteriorizan no suelen ser los propios de las obras del intelecto. El lenguaje literario, el musical, etc., no se emplea para realizar tejidos, recipientes de barro de uso cotidiano o instrumentos musicales. No obstante, es frecuente que el artesano otorgue al objeto un acabado decorativo y en ocasiones una técnica artesanal puede tener la exclusiva función de generar un objeto ornamental. En consecuencia entre la artesanía habrá elementos que nada tengan que ver con las obras del intelecto, como los cestos de mimbre y habrá objetos que de forma individual puedan reconocerse como obras²⁰. No obstante lo anterior, la mayoría de las veces habrá que hablar de un objeto eminentemente práctico que incorpora dibujos, diseños o elementos que separados del mismo pueden calificarse de obras. Por ejemplo, en Colombia los indígenas *Zenúes*, después de tratar la fibra natural de caña de flecha que utilizan para sombreros, cestos, etc., la tejen formando dibujos que representan elementos totémicos y tienen nombres tradicionales como *El corazón del abanico* o *La flor del cocodrilo*²¹. Estos dibujos se expresan igual que el resto de obras plásticas.

mentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 3.^a ed., coordinados por él mismo, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 160, cuando apunta que «en la obra científica lo que se protege es precisamente lo que no tiene de carácter científico, lo que en algún grado puede ser calificado de literario (o artístico)».

¹⁷ Como señala R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario...*, op. cit., pág. 158, además, de las obras que se generan dentro de los tres campos mencionados, la Ley puede atribuir la condición de objeto protegido a otro producto tal como hace con los programas de ordenador, al que considera obra tecnológica.

¹⁸ La música tradicional se expresa a través del sonido y por ir dirigido directamente a impresionar los sentidos el resultado se considera obra artística. Los cuentos, fábulas, acertijos o leyendas, utilizan las palabras y por eso deben calificarse como obras literarias. Los dibujos y las pinturas tradicionales utilizan el lenguaje visual de los colores y las formas, por lo que el resultado son obras plásticas artísticas.

¹⁹ En relación con las artesanías, se ocupa del análisis de los requisitos exigidos a las obras en el Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual de 12 de abril de 1996, I. ESPÍN ALBA, «Las obras procedentes de la cultura popular y el derecho de autor en España. El art. 10 y concordantes de la Ley de propiedad intelectual». Las obras de arte aplicadas, *Cultura popular y propiedad intelectual*, C. VALDÉS y C. ROGEL (dirs.), Reus, Madrid, 2011, págs. 120-124.

²⁰ Las piezas de cerámica Chamba de Colombia son pequeñas esculturas que se crean con técnicas de alfarería tradicionales («Artesanías de Colombia», *Revista de la OMPI*, 6/2006).

²¹ Vid. en «Artesanías de Colombia», *Revista de la OMPI*, 6/2006.

Por último, hay una serie de expresiones culturales tradicionales que ni se expresan del mismo modo que las obras del intelecto, ni tampoco incorporan obras de esta naturaleza como se ha visto que sucede con la artesanía. Se trataría por ejemplo de los nombres, juegos tradicionales como la rayuela o las ceremonias religiosas. En principio no encuentran lugar en las normas sobre propiedad intelectual, a no ser que se incorporen en una obra o en otro objeto protegido, como puede ser un fonograma o un audiovisual.

2. EXPRESIONES RESULTANTES DE LA ACTIVIDAD HUMANA CREATIVA

Otro de los requisitos que se les exige a las obras del espíritu en las leyes sobre propiedad intelectual es la procedencia humana²². Tratándose de las expresiones del folclore y atendiendo a su forma de gestación y evolución, se observa que son productos que proceden de la inteligencia y creatividad de las persona de una comunidad o país y se utilizan y desarrollan por ellas. En la definición que ofrece la OMPI de folclore ya se ha visto que entre sus elementos característicos se dice que es un «producto de la actividad intelectual creativa, en particular la creatividad del individuo y la de la comunidad». Se hace referencia a la creatividad individual y a la del grupo porque las obras del folclore en su origen suelen generarse por un solo sujeto, y luego los miembros de la comunidad las utilizan de diversos modos. En esa utilización van realizando aportaciones creativas, que dan lugar a diferentes versiones de una obra o expresión cultural tradicional. Un cuento, por ejemplo, se va contando de diversos modos y en cada ocasión se van añadiendo nuevos elementos. Con la música pasa algo semejante y en las sucesivas interpretaciones se suelen cambiar partes en la letra o en la música. El resultado después de que una obra tradicional ha pasado por varios sujetos es la suma de la intervención de todos y es lo que permite hablar de la creatividad de toda la comunidad. En cualquier caso, está claro que el requisito de creatividad humana para las expresiones del folclore se cumple y que la forma en que participan las personas físicas en el proceso de creación encaja en el modelo de las leyes de propiedad intelectual cuando uno solo de los miembros de la comunidad crea enteramente una obra, y también cuando una pluralidad de sujetos interviene en su desarrollo y recreación. En tal sentido hay que recordar que en las normas sobre propiedad intelectual se protegen las obras plurales en que hay aportaciones de varios sujetos (obras en colaboración, compuestas y colectivas), incluso cuando el número de los mismos puede llegar a ser muy elevado y la aportación de cada uno por separado no siempre tiene la consideración de obra (obras colectivas).

3. ORIGINALIDAD DEL FOLCLORE

Para las obras del espíritu la originalidad es un elemento clave. Se considera el aspecto más importante de todo lo que ha de reunir una obra para

²² Sobre esto entre otros R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 153, y J. M. RODRÍGUEZ TÁPIA, «Comentario al art. 10», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, coordinados por él mismo, Civitas, Pamplona, 2009, pág. 122.

que se reconozca como objeto de propiedad intelectual. Pues bien, con independencia de la postura doctrinal que se adopte para explicar lo que es la originalidad²³, para comprender el requisito en relación con las expresiones del folclore y examinar si se puede predicar de ellas conviene atender al enfoque que se da desde la práctica. Es decir, se trata de analizar si lo que se aporta con una expresión cultural tradicional llega o no a representar una contribución suficiente desde el punto de vista de la originalidad, como para que pueda hablarse de obra intelectual nueva, y por otro lado, se trata de poner en comparación las expresiones del folclore con otras creaciones intelectuales, como se hace para comprobar si hay o no copia, intentando detectar similitudes esenciales entre unas y otras.

Trasladando este esquema al ámbito del folclore, primeramente se estudia cuándo las expresiones culturales tradicionales en sí mismas representan una aportación creativa suficientemente original como para que se reconozcan como obras. Al respecto, ya se ha observado que no todas las expresiones del folclore se configuran a partir de los elementos expresivos de las obras intelectuales. No se utiliza el lenguaje artístico o literario para elaborar un instrumento musical tradicional, como puede ser una *pipa china* o un *laúd árabe*. Tampoco se crean a partir de los elementos expresivos de las obras algunas labores de artesanía como los cestos de mimbre. En relación con estas manifestaciones no hay duda de que no existe una aportación creativa mínima que permita su calificación como obras y no hay problema en comprender que caen fuera de las leyes de propiedad intelectual²⁴. La cuestión se plantea respecto de las expresiones culturales tradicionales que utilizan el mismo tipo de elementos expresivos que las obras; es decir, el sonido, la palabra, etc. Las expresiones de este tipo deben analizarse detenidamente para ver si representan una aportación suficiente al mundo de las creaciones intelectuales. Realizado dicho análisis habrá expresiones del folclore que cumplan tal requisito y otras que no lo satisfagan. Normalmente se admitirán como obras las leyendas, los cuentos, las fábulas, las canciones o los dibujos de todo tipo, mientras que no tendrán aquella consideración los nombres en sí mismos, los silbos o los disparos rituales. Por ejemplo, no representan una aportación creativa suficiente, aunque utilicen el lenguaje de las obras literarias, los nombres totémicos que dan los *Zenues* a los dibujos tradicionales que incorporan sus artesanías.

Pues bien, descartando aquellos casos en los que las expresiones del folclore no constituyen una aportación creativa suficiente como obras del intelecto y teniendo en cuenta tan sólo las que tienen entidad como tales, habrá que analizar el requisito de originalidad en el folclore, comparando las expresiones culturales tradicionales con las obras preexistentes. Cuando se trate de obras de reciente creación, un *Fado* nuevo por ejemplo, su origina-

²³ Sobre este requisito *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario...*, *op. cit.*, págs. 156-158; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentario...*, *op. cit.*, págs. 123-127; J. C. ERDOZAIN LÓPEZ, «El concepto de originalidad en el derecho de autor», *Revista de propiedad intelectual, Pe. i.*, págs. 55-94, y C. SAIZ GARCÍA, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 106-144.

²⁴ Aunque este estudio se refiere a leyes de propiedad intelectual en general, hay que precisar que alguna de estas normas incluye explícitamente las expresiones del folclore sin hacer distinción alguna. En concreto, la Ley Federal de Derecho de Autor de Méjico, de 5 de diciembre de 1996, establece un régimen propio y diferente para todo tipo de expresiones culturales tradicionales (arts. 158-160).

lidad se constará si al comparar con las obras anteriores no se detectan similitudes esenciales. Si se trata de obras de origen remoto y autor desconocido habrá que entender siempre que son originales, pues si se atiende al momento mismo en el que aparecieron queda claro que entonces no existían otras obras iguales. Además, aunque las obras del folclore en el proceso normal de desarrollo y utilización van sufriendo modificaciones, no por eso pierden el requisito de originalidad, como tampoco sucede con el resto de obras protegidas en el marco de la propiedad intelectual²⁵.

Por otra parte, conviene señalar que las obras del folclore normalmente se reproducen y modifican de forma continua, pero esa circunstancia no hace que pierdan su originalidad ni su carácter de obras del espíritu. Interesa apuntar esto porque en ocasiones de manera totalmente inexacta se ha llegado a afirmar que una vez popularizada una obra pasa a ser pública y en ese sentido podría usarse libremente como si hubiera perdido su carácter de obra original²⁶. Sin embargo, una obra conserva su originalidad con independencia del número de veces que se reproduzca o utilice. En concreto las obras antiguas del folclore surgieron en su día como originales y mantienen su carácter, igual que sucede con las obras clásicas, como por ejemplo, *El enfermo imaginario* de MOLIÈRE, que ha sido representada y reproducida en multiplicidad de ocasiones.

III. EXPRESIONES DEL FOLCLORE ANTIGUAS Y CONTEMPORANEAS EN LAS LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Una vez que se ha comprobado que una parte relevante de las expresiones culturales tradicionales reúne las características exigidas a las obras del espíritu en las leyes sobre propiedad intelectual, se examina cómo encajan dentro de estas normas y las reglas que en cada caso son de aplicación a las mismas²⁷. No antes sin apuntar que hay algunos países que han establecido un marco de protección para el folclore fuera de las normas de propiedad intelectual²⁸.

²⁵ R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras musicales...*, *op. cit.*, pág. 74.

²⁶ Puede recordarse un conflicto surgido en torno a la utilización de la obra fotográfica, *El Guerrillero heroico*, del artista cubano Alberto DÍAZ GUTIÉRREZ (Korda). Se ha usado incontables veces en todo tipo de soportes y medios sin pedir el consentimiento a su autor, que no ha perseguido estos actos, mas que en casos concretos como aquél en que se utiliza la fotografía en anuncios de bebidas alcohólicas. Las agencias demandadas argumentaban que la obra «no tenía derechos de autor por ser pública», pero la Alta Corte de Casación de Londres falló a favor de los herederos del fotógrafo dejando claro que el autor es el único que puede autorizar la utilización. En torno a este caso y otros conflictos generados por la utilización de la fotografía de *El Che*, M. SOTO GRANADO, *El derecho...*, *op. cit.*, págs. 99-102.

²⁷ Tal y como puede verse en el Informe WIPO/GRTKF/IC/3/10, págs. 40-41, al menos 23 países, de los 64 que responden a un cuestionario sobre la materia, conceden protección jurídica a las expresiones del folclore en el marco de su legislación nacional sobre derecho de autor.

²⁸ Aunque gran número de países ha decidido proteger las expresiones culturales tradicionales en el marco de su legislación en materia de derecho de autor, otros han preferido establecer normas y sistemas independientes asimilables a los de propiedad intelectual. Así sucede, por ejemplo, con la Ley sobre Derechos de los Pueblos indígenas de 1997, de Filipinas; el Acuerdo de Bagui por el que se crea la Organización Africana de la Propiedad Intelectual (OAPI), revisado en 1999; el Marco Regional para el Pacífico relativo a la protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones de la Cultura de 2002; y el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, para la

1. LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES COMO PARTE DEL DOMINIO PÚBLICO

Ya se ha visto que las expresiones del folclore en principio tienen un origen remoto y que muchas veces no se conoce la fecha de gestación ni se sabe quienes son sus autores. Normalmente cuando se habla de expresiones culturales tradicionales o del folclore sin hacer ninguna precisión se está aludiendo a éstas y no a las de nueva creación. Se entiende que desde su aparición ha transcurrido un periodo largo de tiempo, que será superior al plazo de protección que las leyes de propiedad intelectual conceden al autor. Este suele oscilar entre cincuenta y cien años una vez superada la vida del creador²⁹. De manera que habrá que entender que las expresiones del folclore antiguas, igual que el resto de obras que superan el plazo señalado, forman parte del dominio público³⁰ y se aplicarán a ellas las reglas de utilización procedentes. Es decir, por lo general se permitirá el libre uso³¹ siempre que se indique adecuadamente el origen de la obra y no se produzca atentado a su integridad³². De hecho muchas de las normas sobre propiedad intelectual que de forma expresa conceden protección a las creaciones tradicionales incluyen el folclore en el dominio público. Así lo hacen explícito, por ejemplo, las Leyes de Chile, Perú o Colombia. Otras normas, como las Leyes española y francesa, no lo dicen expresamente pero se entiende que las obras del folclore reciben el mismo trato que las demás, y por eso siempre que tengan una antigüedad superior al plazo de protección que se concede a los autores se considera que forman parte del dominio público³³.

Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales de 2000, de Panamá (del *Folleto*, núm. 1, de la OMPI sobre Propiedad intelectual, Conocimientos Tradicionales o del Folclore, págs. 19-20).

²⁹ Como es conocido, los derechos patrimoniales de los autores tienen una duración limitada. En un número muy elevado de normas nacionales la vigencia de explotación se prolonga hasta setenta años después de la vida del creador. Así sucede en la Unión Europea, Brasil o Perú. En otros países la duración de los derechos patrimoniales de los autores es más breve, como ocurre en Cuba, Chile o Uruguay que llega hasta cincuenta años después del deceso del creador. En Méjico la duración es más larga pues se extiende hasta cien años *post mortem*. En todo caso una vez que ha transcurrido este tiempo, la obra pasa al dominio público.

³⁰ A propósito de las obras populares en el dominio público *vid.* C. ROGEL VIDE, «Autoría y titularidad de las obras integradas en la cultura popular», C. VALDÉS y C. ROGEL (dirs.), *Cultura popular y propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2011, págs. 59-62.

³¹ En la mayoría de países la utilización de las obras de cualquier género que pertenecen al dominio público es gratuita. Como excepción alguno exige una remuneración. De estos se puede destacar Uruguay o Bolivia. En otros casos como el de Ghana, su ley de propiedad intelectual incluye una disposición específica para el folclore en la que a parte de exigir una remuneración, se obliga a recabar una autorización para poder hacer uso del mismo (*vid.* A. O. AMEGATCHER, «Protección del folclore mediante el derecho de autor: una contradicción intrínseca», *Boletín de derecho de autor*, núm. 2, vol. XXXVI, 2002).

³² Sobre el significado del dominio público en la Ley de propiedad intelectual española, *vid.* J. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario al art. 41», R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 717-741, y J. M. VENTURA VENTURA, «Comentario al art. 41», J. M. RODRÍGUEZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Civitas, Pamplona, 2009, págs. 395-399. A propósito del respeto a los derechos morales cuando la obra pertenece al dominio público, R. DE ROMÁN PÉREZ, «Comparación entre el sistema del dominio público y el modelo del Proyecto de Disposiciones para la Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore», *RIDA*, núm. 212, 2007, págs. 81-85.

³³ Al respecto conviene consultar los autores siguientes: P. CÁMARA ÁGUILA, «A vueltas con los miserables: la legitimidad para intervenir ante un atentado a la integridad de una obra que se encuentra en el dominio público», *Revista de propiedad intelectual*, *Pe. i.*, núm. 9, de 2001, pág. 7; B. D'ORMESSON-KERSAINT, «La protection des oeuvres du domaine public», *RIDA*, 1983, págs. 137-139; P. Y. GAUTIER, «La protection

Pues bien, parte de las normas de propiedad intelectual que de forma explícita incluyen las expresiones del folclore en el dominio público no inciden en el aspecto fundamental, que es señalar que desde la creación de las obras debe haber transcurrido el plazo de protección que corresponde a los derechos de los autores. En efecto, se refieren a las expresiones culturales tradicionales que pertenecen al dominio público sin hacer más precisiones, o se limitan a especificar que se trata de expresiones de autor desconocido porque se supone que son las realmente antiguas, sin embargo, no dicen que debe de haber transcurrido el plazo de protección que se otorga a los creadores³⁴. Tal puntualización se hace necesaria para evitar confusiones, porque no todas las obras del folclore son antiguas. Muchas de ellas son de nueva creación y no debe interpretarse que por estar enraizadas en una tradición pertenecen al dominio público. Al contrario, al autor le corresponde la misma protección que a cualquier otro creador, con independencia de que se quiera identificar o no. De manera que la obra solo podrá verse con su autorización.

Así pues, conviene destacar que lo que realmente define cuándo la obra del folclore pertenece al dominio público es su antigüedad. De modo que siempre que haya transcurrido el plazo de protección que señalan las leyes de propiedad intelectual para la obra, se entenderá que la expresión del folclore que satisfaga los requisitos correspondientes forma parte del dominio público, tanto si se desconoce su autor como si este es conocido³⁵.

2. OBRAS DEL FOLCLORE CONTEMPORÁNEAS

Ya se ha visto que el folclore es una realidad que permanece viva en las comunidades por largos periodos de tiempo. Los miembros de aquéllas utilizan obras preexistentes, que reproducen, interpretan, etc. Pero otras veces ellos mismos crean enteramente alguna de las expresiones del folclore. Las primeras, las obras de cierta antigüedad, son las que se incluyen dentro de dominio público. Las que se elaboran en el momento actual, siguiendo las técnicas o las reglas estéticas por las que se rige un tipo de creación tradicional, reciben la misma protección que dispensan las leyes sobre propiedad intelectual a cualquier obra con independencia de su origen o de la categoría en que se pueda encuadrar. Fácilmente se encuentran ejemplos de este tipo de creaciones cuando se piensa en formas de folclore que permanecen vivas en la actualidad, como pasa con el *Flamenco*, el *Son cubano*, el *Tango*, el *Fado*, la *artesanía Chamba*, etc. En estos supuestos en los que los sujetos

du folklore par le droit de la propriété industrielle et celui des obligations», *Colloque UNESCO/OMPI*, Pukhet, 1997, y en «Protection par le droit de propriété intellectuelle et contre le parasitisme», *Symposium sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions des cultures traditionnelles et populaires autochtones dans les îles du Pacifique*, UNESCO, Nouméa, 1999. También S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, Paris, 2002, págs. 162-163.

³⁴ Por ejemplo, la Ley chilena habla de «obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folclórico», la Ley colombiana de «obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos», o la Ley peruana señala que «también forman parte del dominio público las expresiones del folclore».

³⁵ El autor y cantautor flamenco Antonio CHACÓN falleció en 1929, por lo que cualquier obra flamenca creada por él forma parte del dominio público. Sirve de ejemplo para comprender que lo realmente importante para catalogar una expresión cultural tradicional como del dominio público no es que se desconozca su autor sino que tenga suficiente antigüedad.

elaboran en el presente obras con las características propias de determinadas expresiones culturales, hay que aplicar las reglas generales sobre el derecho de autor³⁶. Éstas reconocen al creador los derechos patrimoniales y morales con los que obtiene el monopolio exclusivo de utilización de la obra del folclore. Por tanto, es el autor el que decide si quiere o no explotar su obra y en qué modo, de tal manera que nadie puede llevar a cabo ninguna actuación de aprovechamiento económico sin su autorización³⁷. Todo ello durante el tiempo de protección que le dispensa la legislación sobre propiedad intelectual; que como ya se ha visto viene a durar más o menos la vida del creador y otro periodo adicional que oscila entre cincuenta y cien años. En lo que se refiere a los derechos morales, el núcleo fundamental de los mismos se configura por el derecho de paternidad y el derecho de integridad. Es decir, el creador de una concreta obra del folclore tiene derecho a figurar como autor de la misma en todo momento, o si lo prefiere puede ocultar su identidad. Además, tiene derecho a exigir respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación o modificación de la misma en contra de sus intereses.

3. OBRAS DERIVADAS DE EXPRESIONES DEL FOLCLORE Y OBRAS INSPIRADAS

En las normas sobre propiedad intelectual se otorga protección además, de a los autores de obras creadas íntegramente por ellos, a quienes elaboran obras derivadas. Se llama así al tipo de obras que se crea a partir de otra u otras preexistentes, de las que se dice que las primeras derivan porque en las obras nuevas se pueden identificar las anteriores que se han utilizado e incorporado. Si una de esas obras o partes de obras precedentes perteneciera al patrimonio tradicional se estaría realizando una obra que deriva de otra del folclore. Esto supondría, en principio, que al nuevo autor se le reconocería un derecho de propiedad intelectual con el mismo contenido y duración que al creador de una obra enteramente original. Tal forma de crear puede tener lugar tanto dentro del espacio propio de un arte tradicional, como fuera de él, y tomando obras del folclore del dominio público o haciendo uso de obras del folclore contemporáneas. Sin olvidar que los propios autores de expresiones culturales tradicionales pueden usar obras preexistentes que no pertenecen a la cultura tradicional para incorporar a una creación propia. En el *Flamenco* resulta frecuente que los propios autores y artistas elaboren obras derivadas. Suelen tomar melodías antiguas sobre las que hacen arreglos y crean letras nuevas que añaden a músicas anteriores³⁸. También modifican las letras de las canciones y crean nuevas músicas para letras del dominio público³⁹. Otras veces, los creadores toman poemas de autores que en principio no pertenecen al mundo del *Flamenco*, para los que componen

³⁶ R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras...*, *op. cit.*, pág. 122.

³⁷ En el *Folleto*, núm. 1, de la OMPI, sobre Propiedad intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore, se cita un caso en el que una artista indígena (*Banduk Marika*) ganó una demanda por violación del derecho de autor al creador de la alfombra que había copiado un dibujo suyo inspirado en relatos tradicionales sobre la creación.

³⁸ A. MURCIANO es un conocido autor de letras que los artistas flamencos suelen usar para sus propias músicas.

³⁹ En el *Flamenco*, se hacen muchas versiones musicales diferentes de conocidos romances y canciones como *El Romance de la Molinera* o *El Vito*.

o arreglan una música⁴⁰. Se trata de ejemplos de creación de obras derivadas dentro de la propia comunidad de origen de las expresiones del folclore, pero pueden citarse otros muchos. Así, en Ghana la melodía popular más famosa de autor desconocido, *Ya Amponsah*, constituye una composición a la que por tradición se pueden añadir muchas letras diferentes⁴¹, con lo que se generan numerosas obras derivadas. También creó obras derivadas en su día Charles PERRAULT al transcribir cuentos tradicionales eliminando la crudeza de las versiones orales. Asimismo, como se ha observado, cabe la creación de obras derivadas a partir de expresiones del folclore fuera de los espacios que le son propios. Como ejemplo puede citarse una concreta utilización del tema del folclore andino *El cóndor pasa*. Su letra fue adaptada y traducida al inglés y su melodía fue arreglada por SIMÓN y GARFUNKEL. La pieza se sacó de su espacio habitual, llegándose al extremo de que muchos de los oyentes norteamericanos pensaban que el tema pertenecía enteramente a SIMÓN y GARFUNKEL⁴².

Señalado lo anterior, lo que realmente interesa en el marco de las normas de propiedad intelectual es sí el autor de la obra derivada ha tomado para su composición una creación con derechos vigentes o si ésta pertenece al dominio público. En el primer caso para poder utilizar y explotar la obra derivada resultante precisará el consentimiento del autor de la obra preexistente. Sería el supuesto en el que el autor flamenco quiere incorporar a unos *tanguillos* o a unas *bulerías* del dominio público un poema del conocido letrista Antonio MURCIANO. Otra cosa sucede cuando la obra que se toma para incorporar a una nueva creación pertenece al dominio público, ya que el autor de la creación resultante puede utilizarla libremente y sin pedir autorización⁴³. Si bien debe hacer uso de las obras del dominio público respetando el derecho de paternidad y el de integridad de las creaciones. Puede entenderse que tales derechos quedan a salvo siempre que el público al que se dirija la obra derivada cuente con información que le permita saber qué parte de la obra resultante pertenece al nuevo creador, en qué medida se ha tomado una obra del patrimonio cultural tradicional y los datos de identificación de la misma, evitando cualquier confusión⁴⁴.

Por su parte el autor de la obra derivada resultante goza de un derecho de propiedad intelectual sobre la obra nueva, de modo que es el único que puede autorizar o prohibir su explotación en sus distintas modalidades por el tiempo que señala la ley. Aunque no puede impedir que otras personas

⁴⁰ Enrique MORENTE interpretaba canciones flamencas creadas a partir de poemas de autores como Miguel HERNÁNDEZ, Antonio MACHADO o Federico GARCÍA LORCA. Uno de sus últimos trabajos consistía precisamente en poner música y voz a dos de las cuatro partes de la obra de Federico GARCÍA LORCA, *Llanto por la muerte de Ignacio Sánchez Mejías*.

⁴¹ Citada por A. O. AMEGATCHER, *Protección...*, op. cit., pág. 38.

⁴² Vid. el comentario en E. MARINAS, *Lo popular...*, pág. 5.

⁴³ En algunos países como Ghana no cabe el uso libre de las expresiones del folclore del dominio público. Los ciudadanos del país deben pedir autorización y remunerar por el uso siempre que vayan a sacar provecho económico y los no nacionales deben pedir autorización para cualquier utilización (vid. A. O. AMEGATCHER, *Protección...*, págs. 38 y sigs.). En otros lugares el uso es libre y, por tanto, no hace falta conseguir una autorización, pero se obliga a remunerar por la utilización de obras del dominio público. Así sucede en Bolivia (art. 60 de la Ley de 13 de abril de 1992, de Derecho de Autor, de Bolivia), o en Cuba (art. 49 de la Ley de 28 de diciembre de 1977, de Derecho de Autor, de Cuba).

⁴⁴ Sobre esto R. DE ROMÁN PÉREZ, *Comparación...*, op. cit., pág. 85.

utilicen la misma obra o las mismas obras que él tomó del dominio público, porque siguen siendo de libre disposición. De este tipo de creaciones conviene dar importancia a las transcripciones como las que en su día hiciera Charles PERRAULT y a las obras de colección, por el relieve que tienen para la preservación de las expresiones culturales tradicionales.

Otro tipo de supuestos se produce cuando los creadores de una obra únicamente se han inspirado en el folclore. Lo que hacen es tomar algunos elementos característicos de determinadas expresiones culturales tradicionales que permiten al público apreciar esa influencia, pero no incorporan en sus creaciones obras enteras o partes de obras con suficiente entidad como para que se pueda decir que han generado obras derivadas a partir de creaciones preexistentes del folclore. El resultado de esta forma de crear son obras enteramente originales y por tal razón es una forma de uso totalmente libre. No hace falta ningún tipo de autorización, ni tampoco reflejar en el resultado dato alguno sobre el origen de la inspiración. Se pueden dar muchos ejemplos de este tipo de creaciones. De entre ellos son conocidos el drama musical *Peer Gynt* compuesto por Edvard GRIEG que se inspira en temas populares noruegos, o la *Sinfonía núm. 9 del Nuevo Mundo* de Antonín DVOŘÁK inspirada en las melodías de los nativos de Norteamérica.

4. DERECHOS CONEXOS SOBRE PRESTACIONES QUE INCORPORAN EXPRESIONES DEL FOLCLORE

Los derechos conexos se reconocen en la mayoría de leyes de propiedad intelectual⁴⁵ y son parecidos al derecho de autor, en tanto que se integran por facultades semejantes⁴⁶, aunque se les otorga una duración menor, que se aproxima a unos cincuenta años desde que se obtiene la prestación sobre la que recaen⁴⁷. Con ellos se tutela a los sujetos que actúan de mediadores entre el autor que crea una obra y el público: Se ampara a los artistas intérpretes o ejecutantes, por la aportación creativa con la que facilitan o permiten la percepción de la obra, y al resto (productores de fonogramas, productores de audiovisuales, entidades de radiodifusión, etc.), por su actividad empresarial que garantiza que la obra llegue a gran número de personas⁴⁸. De manera que todos intervienen decisivamente en la difusión de las obras del intelecto⁴⁹.

⁴⁵ No sucede con la Ley cubana, en que no hay espacio para derechos originarios de propiedad intelectual para intérpretes, productores de fonogramas, productores de audiovisuales, etcétera.

⁴⁶ Esta idea, referida a los productores de fonogramas, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al Libro II - Título II», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., coordinados por él mismo, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 1532-1533.

⁴⁷ Hay que decir que dentro de cada ley no todos los derechos conexos gozan de una protección de igual duración, ni tampoco todas las normas protegen por el mismo tiempo a los titulares de derechos afines. Aunque sí puede afirmarse que en gran número de leyes, los derechos conexos más representativos tienen una duración aproximada de cincuenta años. Así sucede por ejemplo en los países de la Unión Europea desde la incorporación a sus ordenamientos de la Directiva 93/98/CEE, en México (arts. 122, 127, 134 o 138 de la Ley Federal del Derecho de Autor) o en Chile (art. 70 de la Ley 17336 de Propiedad Intelectual). Esta protección por cincuenta años no se extiende a todos los derechos conexos. En Europa se otorga una duración más breve (veinticinco años), a las meras fotografías o determinados productos editoriales.

⁴⁸ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario al Título I», R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1528.

⁴⁹ A propósito de estas ideas, entre otros, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario al Libro segundo-Título primero»; R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid,

Tanto es así que en la mayoría de ocasiones el objeto sobre el que recae el derecho conexo incorpora la obra de manera inseparable, y a veces de modo necesario.

Comenzando por los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes⁵⁰ hay que observar que normas, como las Leyes francesa y española, restringen la protección que se dispensa a los artistas a los casos en los que se ejecutan obras⁵¹. Esto quiere decir que se reconocen derechos a los sujetos que interpretan obras, pero no a quienes exterioricen otro tipo de expresiones diferentes. Llevado al terreno del folclore, supone que se protegerá a los artistas cuando interpreten obras musicales, como por ejemplo hacen los músicos que tocan y cantan temas de *música tradicional bretona* o del *folclore kurdo*. Sin embargo, no recibirán protección como artistas quienes desplieguen su destreza para exteriorizar realidades que no son obras, como pasa con *El Silbo* a través del que se comunican los habitantes de la isla de la Gomera (Canarias). Estos efectúan sonidos, pero el resultado sonoro no se puede calificar como obra musical ni de otro tipo. Tampoco los toreros están interpretando una obra cuando ejecutan una faena en una plaza de Toros. Por eso no se consideran artistas intérpretes o ejecutantes ni a los ciudadanos de la Gomera que se comunican con *El Silbo*, ni a los toreros que desarrollan su labor de toreo⁵². Pero no sólo es necesario que los artistas exterioricen obras para que reciban protección, sino que además, se exige de manera implícita que esa forma de comunicar obras a los demás esté admitida socialmente como una labor artística⁵³. Así puede decirse que los profesores cuando dan sus clases o los periodistas cuando dan las noticias por la radio comunican obras, pero su labor no es artística. Por tanto, para que un sujeto reciba la consideración de artista intérprete o ejecutante, además, de exteriorizar obras, debe utilizar su pericia de manera artística.

Hay otras normas, como las Leyes suiza o alemana de derechos de autor, que siguiendo el Tratado de la OMPI de 1996, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, consideran artistas intérpretes o ejecutantes a quienes interpretan obras, pero también a quienes realizan expresiones del folclore. En concreto el artículo 2 (a) del Tratado de la OMPI dice que son «“artistas intérpretes o ejecutantes”», todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u

1997, pág. 1528; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección de los productores de fonogramas en España», *Libro Homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pág. 1984; C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde*, Litec, Paris, 1990, pág. 115; R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras...*, *op. cit.*, pág. 173, y A. LUCAS y H. J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 2006, pág. 758.

⁵⁰ Sobre los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes en España *vid.* R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al Libro II -Título I», R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 1409-1504, y A. MARTÍN VILLAREJO, «Comentario al Título I», J. M. RODRÍGUEZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Civitas, Pamplona, 2009, págs. 615-700.

⁵¹ R. DE ROMÁN PÉREZ, *Obras...*, *op. cit.*, pág. 95; F. POLLAUD-DULIAN, *Le Droit d'auteur*, Economica, Paris, 2005, pág. 919; A. LUCAS y H. J. LUCAS, *Traité...*, *op. cit.*, pág. 702, y C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, Paris, 2006, pág. 435.

⁵² Obsérvese que en la definición de expresiones culturales tradicionales o del folclore que ofrece la OMPI incluye expresiones corporales, tales como las ceremonias, los rituales, etcétera.

⁵³ En la Ley española se considera artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra (primera frase del art. 105 del Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual, de 12 de abril de 1996). Por el tipo de verbos que utiliza cabe entender que se refiere a las actuaciones que tienen la consideración de artísticas a ojos de la sociedad.

otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore». La pregunta que surge inmediatamente es si, a efectos de estas normas habría que proteger junto a los intérpretes de obras de todo tipo, a quienes exterioricen expresiones del folclore que no son obras. ¿Habría que considerar artistas a los habitantes de la Isla de la Gomera cuando se comunican mediante *El Silbo canario* o a los toreros?

Es cierto que las expresiones del folclore están integradas por diversas realidades, todas ellas dignas de protección, pero no tiene mucho sentido aplicar las reglas propias del derecho de propiedad intelectual de los artistas a todas las personas que participan en los procesos de difusión de expresiones del folclore cuando no son obras. Ni tampoco parece que sea esa la intención del legislador. En la definición del Tratado que se ha transcrito se citan ejemplos de profesionales que normalmente ejecutan obras y no otro tipo de realidades y después se describe su actuación mediante verbos que expresan las formas en que se suelen exteriorizar las obras y no otras manifestaciones culturales. En concreto el Tratado menciona a los actores, cantantes, músicos y bailarines y se refiere a las acciones de representar, cantar, recitar, declamara, interpretar o ejecutar. Entiendo que con ello se trata de incluir únicamente a las personas que interpretan obras, cuando además, su forma de actuar se admite por la sociedad como artística. Por tanto, se estaría dando protección a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras de cualquier tipo incluidas las que pertenecen al folclore, dejando para otros marcos jurídicos de protección las expresiones culturales tradicionales que no reúnen los requisitos exigidos a las obras.

No obstante lo visto para los artistas, en las normas sobre propiedad intelectual por lo general otros titulares de derechos conexos, como los productores de fonogramas⁵⁴, los productores de audiovisuales⁵⁵, o las entidades de radiodifusión⁵⁶, encuentran protegida su inversión mediante derechos de propiedad intelectual no sólo cuando su prestación incorpora obras, sino también cuando se efectúa a partir de no obras. En efecto, se suele proteger el fonograma que consiste en una primera fijación de sonidos, con independencia de que esos sonidos constituyan una creación intelectual o no. Se protege el audiovisual por ser la primera fijación de imágenes con o sin sonido y no es necesario que se trate de una obra. De igual modo se reconocen derechos de propiedad intelectual a las entidades de radiodifusión sobre sus emisiones o transmisiones con independencia del contenido⁵⁷.

⁵⁴ Sobre los derechos de los productores en España, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario..., op. cit.*, págs. 1529-1567, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al Título II», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, coordinados por él mismo, Civitas, Pamplona, 2009, págs. 701-722.

⁵⁵ En relación con los derechos de los productores de audiovisuales, *vid.* A. GONZÁLEZ GONZALO, «Comentario al Título III», R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 1571-1590, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al Título III», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, coordinados por él mismo, Civitas, Pamplona, 2009, págs. 723-738.

⁵⁶ Para un estudio de los derechos de las entidades de radiodifusión, J. C. ERDOZAIN LÓPEZ, «Comentario al Título IV», R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 1593-1612, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al Título IV», *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, coordinados por él mismo, Civitas, Pamplona, 2009, págs. 738-746.

⁵⁷ C. CARON, *Droit..., op. cit.*, págs. 457 y sigs. *Vid.* esta idea, también, en los autores citados en las notas precedentes.

En todos estos casos, en que se interpreten obras, o bien el fonograma, el audiovisual, o en general cualquiera de las prestaciones que se protegen por los derechos conexos, incorporen una obra del folclore, o una expresión cultural tradicional que no reúna los requisitos que se exigen a las obras, su titular gozará de un derecho de propiedad intelectual semejante al del autor, aunque de menor duración. Por lo que le corresponderá a él decidir sobre el destino de su prestación, incluyendo aquella parte del patrimonio tradicional que integre. Por ejemplo, serán los intérpretes de una obra musical del folclore los que podrán autorizar o prohibir la explotación del resultado. Lo mismo que sucederá con el productor de fonogramas que efectúe la primera fijación de una obra musical o que grabe a los habitantes de la Gomera comunicándose mediante *El Silbo*⁵⁸, con el productor audiovisual que haga un registro de un ritual religioso tradicional, con la entidad de radiodifusión que emita una corrida de toros, etc. Sobre la explotación de estas prestaciones (interpretación, fonograma, audiovisual o programa de televisión) deciden los titulares de los derechos conexos, y son ellos quienes pueden autorizar o prohibir su uso.

Sobre estos objetos interesa señalar que en el caso de que integren obras con derechos vigentes, como puede ser la música flamenca contemporánea, para su utilización se requiere el consentimiento de los autores. Cuando incorporen obras que pertenecen al dominio público por ser antiguas, no hace falta pedir ningún consentimiento aunque sea conocido el autor. Hay que señalar también que los artistas y el resto de titulares de derechos conexos pueden impedir que se use su prestación (interpretación, fonograma, audiovisual, etc.), pero no la obra del dominio público que incluye. Esta última podrá usarse libremente por cualquiera: Otros músicos podrán interpretar la misma canción, un productor de fonogramas podrá efectuar otro registro sonoro, etcétera.

Cuando la prestación que es objeto del derecho conexo ha incorporado una expresión del folclore que no reúne los requisitos de las obras, normalmente no hay disposiciones en el marco de las leyes de propiedad intelectual que impidan su uso libremente. Sin embargo, con ese tipo de utilización se pueden ver afectados otros derechos, como los de imagen, honor y fama, y en ese caso otras normas pueden impedir determinadas utilizaciones de las expresiones citadas.

⁵⁸ En relación con las grabaciones de obras del folclore *vid.* J. J. MARÍN LÓPEZ, «Los derechos de los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales tras las reformas de la Ley de propiedad intelectual de 2006», *Anuario de Propiedad Intelectual*, 2007, Reus, Madrid, 2008, págs. 432-433.