

LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES EN LAS NORMAS SOBRE DERECHO DE AUTOR

Raquel de ROMÁN PÉREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Delimitación del objeto*. III. *Las expresiones culturales tradicionales como parte del dominio público*. IV. *Otros supuestos de protección fuera del ámbito del dominio público*. V. *Conclusiones y reflexión final*.

I. INTRODUCCIÓN

La creatividad tradicional y las expresiones culturales resultantes, tales como cuentos, canciones, danzas, etcétera, forman parte de la riqueza cultural de los pueblos. Por su gran importancia la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) junto a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) han trabajado intensamente durante los últimos treinta años, en el estudio de medidas que garanticen la protección y conservación de las expresiones culturales tradicionales. Esta labor se ha plasmado, por ejemplo, en las Disposiciones Tipo de 1982, que ofrecían un modelo *sui generis* de protección de las expresiones del folclore por parte de la propiedad intelectual. Después se han sucedido otras actuaciones, pero la problemática que presenta el patrimonio tradicional es tan compleja que continuamente demanda nuevos esfuerzos. Actualmente se busca un tratamiento armonizado para toda la comunidad internacional. Para ello existen propuestas como la aprobación

* Doctora en derecho, profesora de Derecho civil de la Universidad de Burgos.

La realización de este estudio ha sido posible gracias a la ayuda concedida por la Consejería de Educación, de la Junta de Castilla y León, al proyecto de investigación BU003B05.

de tratados o la adopción de otros instrumentos de derecho destinados a promover la convergencia en las normas nacionales.¹ Ahora bien, mientras que estas propuestas se materializan, los países cuentan con su ordenamiento interno para proteger el patrimonio cultural. La gama de normas que pueden aplicarse es amplia e incluye leyes sobre el derecho de autor, competencia desleal, protección de consumidores, marcas, etcétera.² En el presente trabajo se estudiará la protección que se dispensa al patrimonio tradicional a través de las normas sobre derecho de autor.

Estas normas en principio protegen a los autores de obras que reúnen determinados requisitos, por lo que en primer lugar se procederá a distinguir en qué casos las expresiones culturales tradicionales quedan al amparo de estas leyes y cuándo salen fuera de su ámbito, al mismo tiempo que se efectuarán algunas precisiones terminológicas. Después se estudiará el régimen de protección que se dispensa a las creaciones pertenecientes al dominio público, dado que las expresiones culturales tradicionales suelen considerarse parte del mismo. En él habría que incluir todas aquellas creaciones tradicionales que, reuniendo los requisitos exigidos a las obras intelectuales tuvieran un origen remoto y las obras creadas en el seno de una comunidad tradicional por autores conocidos, una vez transcurrido el plazo de protección señalado por la norma correspondiente. Pero también puede hablarse de obras creadas por miembros de una comunidad concreta, según las reglas tradicionales, en el momento vigente; en cuyo caso el supuesto de hecho sería otro y la protección dispensada a este creador y a su obra sería la que con carácter general se otorga a

¹ En el folleto núm. 1 de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore, p. 22, se apunta que el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, tras la enorme cantidad de análisis jurídicos, ponencias nacionales e internacionales, informes y otros materiales que ha promovido y desarrollado, ha asumido la tarea de extraer la mejor interpretación práctica para proteger las expresiones tradicionales mediante la adaptación o ampliación de los sistemas convencionales de propiedad intelectual o mediante sistemas *sui generis* independientes. Cosa que se intenta plasmar en una base común de principios fundamentales y de objetivos compartidos. El proyecto actual de Disposiciones Revisadas para la Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore, Objetivos políticos y Principios fundamentales figura como anexo al documento WIPO/GRTF/IC/9/4 del 9 de enero de 2006.

² Véase Informe Final sobre las Experiencias Nacionales en Materia de Protección Jurídica de las Expresiones del Folclore, resultante de la tercera sesión (junio de 2002) del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (WIPO/GTKF/IC/3/10/).

cualquier autor. En otro caso cabe la posibilidad de reelaboración de una creación preexistente hasta obtener una obra derivada. Quien realiza esta labor es considerado autor de la misma y, por lo tanto, también queda protegido por las normas sobre derecho de autor. Aparte existe la posibilidad de otras utilizaciones de las expresiones culturales tradicionales que dan lugar a nuevos objetos de propiedad intelectual, con lo que se abre una nueva vía de protección para las mismas. Se trata de las interpretaciones y ejecuciones llevadas a cabo por los artistas, intérpretes o ejecutantes, grabaciones audiovisuales, fotografías y fonogramas, etcétera. Todos estos supuestos serán abordados sucesivamente, para finalmente llegar a las conclusiones.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO

1. *Concepto de expresiones culturales tradicionales*

Actualmente se denomina con esta terminología lo que en otros tiempos o contextos se ha llamado expresiones del folclore o tan solo folclore. La OMPI adopta este nuevo vocablo, sin dejar de utilizar los otros dos señalados, por la reserva que algunas comunidades han mostrado ante las connotaciones negativas que para ellas podría tener la palabra *folclore*.³

Hecha esta precisión terminológica, puede señalarse que las expresiones culturales tradicionales, o el folclore,⁴ 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;

³ Así se explica en el Folleto número 1 de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore, p. 2.

⁴ En nuestro trabajo se utilizarán indistintamente los términos folclore, patrimonio tradicional, expresiones culturales tradicionales, creaciones populares, etcétera, queriendo darles el mismo significado, con la pretensión de que la lectura del mismo resulte más ágil.

iii) las expresiones corporales, tales como las dazas, las representaciones escénicas, las ceremonias, los rituales y otras interpretaciones o ejecuciones,

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:

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

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

cc) 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.⁵

2. *Requisitos del objeto a efectos de las normas sobre derecho de autor*

Como se puede ver en la lista de ejemplos ofrecida por la definición anterior, las expresiones culturales tradicionales en unos casos son iguales a las obras del intelecto protegidas por el derecho de autor (canciones, cuentos, etcétera.) y en otras ocasiones constituyen otro tipo de productos que no cabe calificar como obras (palabras, ceremonias, rituales...). Pues bien, aunque en algún momento se ha dudado que las expresiones que son iguales a cualquier obra intelectual protegida por el derecho de autor pudieran tener la misma consideración que ellas, debido a su diferente origen,⁶ hoy en día parece algo ya superado, como lo demuestra

⁵ Así se definen en el artículo 1o. de las Disposiciones Revisadas para la Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore, Objetivos políticos y Principios fundamentales (anexo al documento WIPO/GRTF/IC/9/4). Aparte sobre el concepto y caracteres del folclore puede véase Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, 1993, pp. 93-96, Román Pérez, Raquel de, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Madrid, Reus, 2003, Colección de Propiedad Intelectual, p. 72 y el Folleto núm. 1 de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o Folclore, p. 6.

⁶ Véase los Comentarios a las Disposiciones Tipo para Leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, elaboradas por un Comité de Expertos gubernamentales de la OMPI y la UNESCO,

el hecho de que numerosos países concedan protección al folclore en el marco de su legislación sobre derecho de autor.⁷ Se trata de creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas en alguno de los diversos medios tangibles y no tangibles existentes.⁸ De estos requisitos, que son los que se exigen en las normas sobre derecho de autor, hay que destacar el de la originalidad, que también presentan, pues si se tiene en cuenta el momento mismo en el que nacen las obras del folclore, no puede decirse que hubiera otras anteriores iguales o parecidas. Además no pierden el requisito de originalidad porque sufran transformaciones, igual que sucede con el resto de obras intelectuales.

En relación con esto, hay que tener en cuenta que la mayoría de las normas nacionales sobre derecho de autor se aplican sólo a aquella parte de las expresiones populares o tradicionales que pueden calificarse de obras.⁹ Es decir, las normas sobre derecho de autor protegen una canción popular porque reúne los requisitos que se exigen a las obras, pero no

en el año 1982, y la opinión de Gameiro Drummond, Víctor, *A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais*, tesis de maestrado en Ciencias Jurídicas, dirigida por el profesor Oliveira Ascensão, Josén de, Facultad de Derecho de Lisboa, 2001.

⁷ Tal y como puede verse en el Informe WIPO/GTKF/IC/3/10, pp. 40 y 41, al menos 23 países, de los 64 que responden a un cuestionario sobre la materia, conceden protección jurídica específica a las expresiones del folclore como propiedad intelectual. De estos Estados la gran mayoría conceden protección en el marco de su legislación nacional sobre derecho de autor.

⁸ En relación con los requisitos exigidos a las obras en las normas sobre derecho de autor, entre otros Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “Comentario al artículo 10”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1997, Rogel Vide, Carlos, *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 54 y ss., Vattier Fuenzalida, Carlos, “La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)”, *ADC*, julio-septiembre, 1993, pp. 1075 y ss., y Gautier, Pierre-Yves, *Propriété littéraire et artistique*, 3a. ed., París, Puf, 1999, pp. 47 y ss.

⁹ Algunas normas sobre derecho de autor admiten junto a las expresiones culturales tradicionales, que además son obras, otro tipo de elementos del folclore. En este sentido la Ley Federal del Derecho de Autor de México, del 5 de diciembre de 1996, en el artículo 157 establece lo siguiente: La presente ley protege las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, así como todas las manifestaciones primigenias en sus propias lenguas, y los usos, costumbres y tradiciones de la composición pluricultural que conforman al Estado Mexicano, que no cuenten con autor identificable. La redacción es tan amplia que permite entender que la Ley ha incluido cualquier tipo de expresiones culturales tradicionales y no sólo aquellas que reúnen los requisitos exigidos a las obras en la mayoría de las normas sobre derecho de autor. Lo mismo sucede con la Ley sobre el Derecho de Autor de Perú del 23 de abril de 1996 (véase artículo 57).

permiten perseguir la grabación y difusión de un ritual porque éste no tiene la consideración de obra.¹⁰

A continuación se aborda el régimen que establecen las normas sobre derecho de autor a propósito de las expresiones tradicionales que pueden calificarse de obras. Salvo excepciones,¹¹ el resto de expresiones del folclore salen fuera de su ámbito, aunque pueden recibir protección a través de otras vías tales como la legislación sobre derechos de imagen e intimidad, marcas, competencia desleal, etcétera.

III. LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES COMO PARTE DEL DOMINIO PÚBLICO

En la mayoría de las normas sobre derecho de autor que conceden protección a las creaciones tradicionales se da un tratamiento semejante a esta cuestión: Las obras populares o del folclore son consideradas parte del dominio público. Así lo señalan de forma expresa por ejemplo el artículo 11 b) de la Ley de Chile,¹² el artículo 57 de la Ley de Perú¹³ o el artículo 187 b) de la Ley de Colombia.¹⁴ Otras normas como la Ley espa-

¹⁰ A propósito de esta cuestión Berruero García, Adriana, “Arte indígena y derecho de autor”, *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, año IV, núm. 14, octubre/diciembre, 2004, pp. 14 y 15.

¹¹ Véase nota 9 referida a las leyes de México y Perú.

¹² Según dice el artículo 11 de la Ley 17336 de Propiedad Intelectual de Chile “pertenecen al patrimonio cultural común: a) Las obras cuyo plazo de protección se haya extinguido; b) La obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folclórico; c) Las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley; d) Las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior, que no estén protegidos en la forma establecida en el artículo 2o., y e) Las obras que fueren expropiadas por el Estado, salvo que la ley especifique un beneficiario.

Las obras del patrimonio cultural común podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra”.

¹³ El artículo 57 de la Ley sobre el Derecho de Autor de Perú, del 23 de abril de 1996, establece que “el vencimiento de los plazos previstos en esta ley implica la extinción del derecho patrimonial y determina el pase de la obra al dominio público y, en consecuencia, al patrimonio cultural común. También forman parte del dominio público las expresiones del folclore”.

¹⁴ Según el artículo 187 de la Ley sobre Derechos de Autor, del 28 de enero de 1982, de Colombia, “pertenecen al dominio público; 1) Las obras cuyo período de protección esté agotado; 2) Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos, 3) Las

ñola¹⁵ o la francesa¹⁶ no lo dicen expresamente, pero son interpretadas de igual manera por la doctrina y la jurisprudencia. En algún caso particular, como sucede con la Ley Federal del Derecho de Autor de México (artícu-

obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos, y 4) Las obras extranjeras que no gocen de protección en la República”.

¹⁵ Ciertamente, en España el Real Decreto Legislativo del 12 de abril de 1996, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, no contiene un precepto que reconozca explícitamente la pertenencia de las obras tradicionales al dominio público, sin embargo esta cuestión queda resuelta de forma positiva a través de la disposición transitoria 6a. (anterior disposición transitoria 4a. de la ley de 1987). Para un desarrollo de esta cuestión puede verse Cámara Águila, Pilar, “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”, *pe. i., Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 9, 2001, pp. 72 y 73. Véase también Sánchez Aristi, Rafael, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2a. ed., Granada, Comares, 2005, p. 288 y Román Pérez, Raquel de, *op. cit.*, nota 5, p. 498.

¹⁶ Hay que observar que en Francia la doctrina y la jurisprudencia en algún momento encontraban dificultades para integrar obras antiguas en la protección dispensada en las Leyes sobre derecho de autor. El problema surgía porque su norma sobre derecho de autor no contenía ninguna previsión que determinara la aplicación de la misma a obras y otras creaciones anteriores a la aprobación de la propia Ley, cosa que sí hace por ejemplo la Ley española de Propiedad Intelectual (véase nota anterior). No obstante, dichos problemas quedaron superados, y así lo demostraron resoluciones tales como la sentencia del 15 de abril de 1964, del Tribunal de Grande Instance de París, en relación con un atentado a la integridad de la obra *Los Miserables* de Víctor Hugo. En esta sentencia se entendía que estaban legitimados para actuar los herederos vivos y conocido del escritor, como resultado de la aplicación del artículo 6o. de la Ley 1957, actual L 121-1 del Código de Propiedad Intelectual francés. Como se puede constatar se estaba aplicando una Ley que entró en vigor mucho tiempo después de la Muerte de Víctor Hugo en el año 1885. En relación con esta cuestión puede verse D’Ormesson-Kersaint, Blanche, “La protection des oeuvres du domaine public”, *RIDA*, 1983, pp. 137-139, y Cámara Águila, Pilar, *op. cit.*, nota 15, p. 70. La doctrina francesa más reciente no deja lugar a la duda: según opinan Gautier, Pierre-Yves, “La protection 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 parasitismo”, *Symposium sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions des cultures traditionnelles et populaires autochtones dans les îles du Pacifique*, UNESCO, Nouméa, 1999 o Choisy, Stéphanie, *Le domaine public en droit d’auteur*, París, Litec, 2002, pp. 162 y 163, en Francia y en toda la Unión Europea las obras del folclore reciben la protección establecida para las obras del dominio público cuando quepa pensar que han transcurrido más de setenta años desde su creación. Todo ello sobre la base del artículo 15, 4) del Convenio de Berna y de la adaptación que han sufrido las legislaciones europeas a consecuencia de la Directiva 93/98/CEE.

los 157 a 161) no se dice que las obras populares pertenezcan al dominio público, pero se aplican las reglas del mismo.¹⁷

1. *Significado del dominio público en las normas sobre derecho de autor*

Los derechos patrimoniales de los autores tienen una duración limitada. En un número muy elevado de normas nacionales la vigencia de los derechos de explotación se prolonga hasta 70 años después de la vida del creador. Así sucede en la Unión Europea,¹⁸ Brasil¹⁹ o Perú.²⁰ En otros países la duración de los derechos patrimoniales de los autores es algo más breve, como ocurre en Chile o Uruguay que llega hasta 50 años después del fallecimiento del autor,²¹ y en otros como México la duración es algo más larga (100 años *post mortem*).²² En todo caso una vez que ha

¹⁷ Como seguidamente se comprueba, en el ámbito del derecho de autor, el régimen del dominio público queda determinado por el libre uso de los objetos que pertenecen al mismo, limitado por el respeto a su paternidad e integridad. El artículo 159 de la ley mexicana se refiere al libre uso de las obras tradicionales, y los artículos 158 y 160 a los límites de esa utilización libre. En efecto, el art. 159 señala que *es libre la utilización de las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal; protegidas por el presente capítulo, siempre que no se contravengan las disposiciones del mismo*. En relación con la paternidad del objeto protegido, el artículo 160 apunta que “en toda fijación, representación, publicación, comunicación o utilización en cualquier forma, de una obra literaria, artística, de arte popular o artesanal; protegida conforme al presente capítulo, deberá mencionarse la comunidad o etnia, o en su caso la región de la República Mexicana de la que es propia, mientras que sobre la integridad, el artículo 158 especifica que las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal; desarrolladas y perpetuadas en una comunidad o etnia originaria o arraigada en la República Mexicana, estarán protegidas por la presente Ley contra su deformación, hecha con objeto de causar demérito a la misma o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o etnia a la cual pertenecen”.

¹⁸ En su día los países integrantes de la Unión Europea modificaron sus normas sobre derecho de autor para incorporar la Directiva 93/98/CEE del Consejo, del 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del periodo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

¹⁹ Artículo 41 de la Ley de Brasil sobre Derechos de Autor, del 19 de febrero de 1998.

²⁰ Artículo 52 de la Ley sobre el Derecho de Autor, del 23 de abril de 1996, de Perú.

²¹ Artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual de Chile, del 17 de septiembre de 1992.

²² Artículo 29. 1 de la Ley Federal de Derecho de Autor de México, del 5 de diciembre de 1996.

transcurrido este tiempo, la obra pasa al dominio público.²³ Esto significa que la obra puede ser utilizada libremente por cualquiera, siempre que se respeten los derechos morales y en concreto el derecho de paternidad y el derecho de integridad de las creaciones.²⁴ Esto es lo mismo que sucede respecto de las expresiones culturales tradicionales que reúnen los requisitos de las obras, pues como ya se ha observado estas creaciones se entienden incluidas en el dominio público.²⁵

A continuación interesa averiguar cuál es el significado de aquéllos derechos morales, y en concreto saber qué tipos de actuaciones están permitidas o prohibidas para quienes utilizan libremente las obras del dominio público, con el fin último de aclarar cómo se protegen las obras del patrimonio tradicional dentro de este sistema. Para ello conviene precisar que el contenido de los derechos morales, que se mantienen tras la muerte del autor, cambia precisamente con su fallecimiento, debido a que a partir de ese momento ya no se defienden los intereses del creador, sino que se defiende en primer término el interés general de acceso a la cultura.²⁶ Por lo tanto, para comprender el significado de los derechos morales de paternidad e integridad de las creaciones, hay que estudiar dos supuestos: por un lado el caso en el que el creador está vivo y por otra parte la hipótesis en la que el autor ha fallecido, o bien nos encontramos ante expresiones culturales tradicionales del dominio público.²⁷

²³ Artículo 187 de la Ley sobre Derechos de Autor, del 28 de enero de 1982, de Colombia; artículo 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor México; artículo 41 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, del 12 de abril de 1996, de España.

²⁴ Artículo 30 de la Ley sobre Derechos de Autor, del 28 de enero de 1982, de Colombia; artículo 41 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, del 12 de abril de 1996, de España; art. 11, apartado 2o. de la Ley 17336 de Propiedad Intelectual de Chile; artículo 152 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, del 5 de diciembre de 1996.

²⁵ En la mayoría de los países, la utilización de las obras del dominio público es gratuita, aunque como excepción cierto número de ellos exige una remuneración. De estos se puede destacar Uruguay (artículo 42 de la Ley del 17 de diciembre de 1937, reformada en 2003) y Bolivia (artículo 60 de la Ley del 13 de abril de 1992, de Derechos de Autor).

²⁶ En relación con esta cuestión Cámara Águila, Pilar, *El derecho moral de autor, con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Granada, Comares, 1998, pp. 110 y ss., D'Ormesson-Kersaint, Blanche, *La protection...*, cit., p. 77, Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, *Derecho de Autor; la facultad de decidir la divulgación*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 392 y 393, y Román Pérez, Raquel de, *Obras...*, cit., pp. 473, 474 y 500.

²⁷ Hay que tener en cuenta aquí que existen obras y otras prestaciones que pueden pertenecer al folclore pero ser de reciente creación, como sucede, por ejemplo, cuando el

2. Paternidad e integridad de las obras de autores vivos

En cuanto al primero de los derechos cabe señalar que mientras el autor vive es a él a quien incumbe exigir que figure en la obra su nombre o el modo de identificación que ha elegido, o en su caso puede obligar a que se respete su anonimato. También está legitimado para perseguir judicialmente a las personas que se atribuyen la autoría de una obra que le pertenece.²⁸

Por su parte, en relación con el segundo de los derechos, hay que observar que es también al autor a quien corresponde perseguir cualquier atentado a la integridad de la obra que perjudique sus intereses legítimos o su fama. Esto quiere decir, por un lado que el autor puede exigir que no se introduzcan cambios en la obra si no han sido autorizados por él personalmente, y de otra parte que en los supuestos en los que haya consentido alguna modificación, ésta debe ser respetuosa con sus intereses.

A propósito de la última hipótesis conviene saber que el consentimiento del autor para modificar la obra no sólo se obtiene cuando cede su derecho patrimonial de transformación (para traducir la obra a otro idioma, efectuar un arreglo musical o realizar un guión de película, por ejemplo), sino que también lo estaría otorgando implícitamente con la cesión de otros derechos patrimoniales, como puede ser el de reproducción o comunicación pública, siempre que para su ejercicio necesariamente hubiera que introducir algún cambio en la obra.

Pues bien, en cualquiera de estos casos en los que el autor ha cedido alguno de sus derechos de explotación, y con ello ha dado su consentimiento para realizar los cambios necesarios, las personas autorizadas para explotar la obra deberán hacerlo conforme a las directrices que expresó el creador en el momento de la cesión, y si no hay ninguna prescripción del autor deberá respetarse siempre la esencia de su creación, dado que las únicas alteraciones permitidas serán aquellas que resulten imprescindibles. Por ejemplo, estaría permitido recortar algunas partes de una novela que sirviera de guión de una película, por resultar imprescindible a

músico flamenco crea una obra nueva con los elementos propios de este arte tradicional. En tal supuesto estas obras no pertenecen al dominio público y se les aplica el régimen general que disponen las leyes sobre derecho de autor.

²⁸ Para un estudio más amplio sobre estas cuestiones Martínez Espín, Pascual, *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 90 y ss., y Román Pérez, Raquel de, *op. cit.*, nota 5, pp. 213-229. Véase también la bibliografía que se cita en las obras anteriores.

esta forma de explotación. Sin embargo no estaría permitido cambiar el título, suprimir el prólogo o la introducción de la novela cuando lo que se hubiera autorizado fuera su edición.²⁹

3. *Paternalidad e integridad de las obras de autores fallecidos y de las expresiones culturales tradicionales del dominio público*

Igual que en el supuesto examinado anteriormente, cuando los autores de las obras fallecen, y también cuando se trata de obras tradicionales, las personas que explotan estas creaciones tienen la obligación de respeto hacia su paternidad e integridad. Como ya sabemos, en este caso no se trata de defender los intereses del autor, puesto que no vive, sino de garantizar el derecho de acceso a la cultura que tenemos todos y, consecuentemente, de salvaguardar el acervo cultural de comportamientos dañinos.³⁰ Por esta razón, las conductas que deben observar las personas que utilizan estas obras no coinciden exactamente con las que puede exigirles el autor vivo.³¹

Pues bien, atendiendo a la finalidad señalada, cabe entender que en el caso de obras de autores fallecidos o tratándose de obras del folclore pertenecientes al dominio público, el respeto al derecho de paternidad obliga a que los ejemplares de dichas creaciones reflejen el nombre de su creador siempre que sea posible. Tratándose de una obra de autor desconocido deberá aportarse otra información que permita identificar adecuadamente esa creación ante el público, lo que obligaría a hacer constar datos como los señalados en la Ley mexicana, que exige que se mencione en la obra la comunidad o etnia a la que pertenece y la región de la que es propia.³²

²⁹ Para un desarrollo del derecho moral de integridad véase Martínez Espín, Pascual, *ibidem*, pp. 101 y ss.

³⁰ Cámara Águila, Pilar, *El derecho...*, *cit.*, pp. 110 y ss.; D'Ormesson-Kersaint, Blanche, *La protection...*, *cit.*, pp. 77 y ss.; Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, *Derecho...*, *cit.*, 392 y 393, y Román Pérez, Raquel de, *op. cit.*, nota 5, pp. 473, 474 y 500.

³¹ Román Pérez, Raquel de, "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 de la OMPI", *RIDA*, 212, abril de 2007, pp. 83 y 84.

³² Cabe recordar aquí que el artículo 160 de la Ley Federal de Derecho de Autor de México, del 5 de diciembre de 1996, señala que "en toda fijación, representación, publicación, comunicación o utilización en cualquier forma, de una obra literaria, artística, de arte popular o artesanal; protegida conforme al presente capítulo, deberá mencionarse la comunidad o etnia, o en su caso la región de la República Mexicana de la que es propia".

En cuanto a las modificaciones que puede sufrir la obra, lógicamente quedará prohibida toda alteración que suponga una pérdida para el acervo cultural y las que produzcan confusión ante el público.

Conforme a lo anterior, un creador podría transcribir unas leyendas populares o las letras de unas canciones tradicionales en una edición literaria, pero quedaría obligado a reflejar el grupo étnico al que pertenecen, y siempre que fuera posible la región geográfica de procedencia. También podría realizarse una película basada en un cuento popular, toda vez que se informara al público de ello. En cualquiera de estos ejemplos, si no se diera la información que se ha señalado, los destinatarios de las creaciones podrían llegar a pensar que la obra popular fue creada enteramente por la persona que la transformó, o podrían caer en errores sobre otros aspectos, tales como la autoría de las partes preexistentes o las de nueva creación. Es por estas razones que el utilizador debería ofrecer al público los datos necesarios sobre la procedencia de la obra tradicional utilizada y las transformaciones o utilidades concretas a las que fue sometida.³³

4. Sujetos legitimados para perseguir atentados contra las obras del patrimonio tradicional

Cuando tiene lugar un atentado contra la obra, porque figura como autor quien no lo es, o se ha eliminado una parte importante de la misma generando en el público la idea de que ésta es la creación íntegra, debe existir alguna persona que pueda actuar para perseguir estos comportamientos u otros semejantes. Si se trata de obras de autor conocido y éste ha fallecido, normalmente las leyes sobre derecho de autor señalan que corresponde la legitimación para actuar a la persona que designó el autor antes de su muerte o a sus herederos.³⁴ En caso de no existir estas personas o ignorarse su paradero, la legitimación se suele atribuir a las institu-

³³ Además de las leyes sobre derecho de autor interpretadas tal y como se propone, hay otras normas que obligan en el mismo sentido. De ellas cabe destacar las normas que protegen a los consumidores y las que se refieren a la competencia desleal (entre otros, Perea González, Teresa, “La protección de las obras de dominio público”, *Congreso Ibero-Americano de Derecho de Autor*, 1992, p. 270).

³⁴ Véase, por ejemplo, en España el artículo 15 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996.

ciones públicas de carácter cultural.³⁵ Estos sujetos pueden perseguir los atentados contra los derechos morales de autoría e integridad sin límite de tiempo.³⁶

Tratándose de obras del patrimonio tradicional que pertenecen al dominio público³⁷ se entiende que son las instituciones públicas de carácter cultural o las entidades de gestión las legitimadas para perseguir los atentados que puedan sufrir en relación con su autoría e integridad.³⁸

IV. OTROS SUPUESTOS DE PROTECCIÓN FUERA DEL ÁMBITO DEL DOMINIO PÚBLICO

1. *Obras del folclore enteramente originales*

Como ya se ha señalado al comienzo del presente estudio, cabe distinguir obras tradicionales de origen remoto de las de nueva creación. Las primeras son las que se incluyen dentro de dominio público,³⁹ mientras

³⁵ Véase como referencia el artículo 16 del texto refundido de 1996, de España.

³⁶ A modo de ejemplo, en España, los artículos 15 y 16 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

³⁷ Obsérvese que muchas de las obras del patrimonio tradicional no tienen autor o si los tienen son muy antiguas y no puede conocerse a los herederos.

³⁸ El artículo 161 de la Ley Federal de Derecho del Autor de México de 1996, ubicado en un capítulo que se dedica a la protección de las expresiones de las culturas populares, señala que “corresponde a Instituto (Instituto Mexicano de la Propiedad Intelectual) vigilar el cumplimiento de las disposiciones del presente capítulo y coadyuvar en la protección de las obras amparadas en el mismo”. Asimismo el artículo 20 de esta Ley apunta que “corresponde el ejercicio del derecho moral, al propio creador de la obra y a sus herederos. En ausencia de éstos, o bien en caso de obras del dominio público, anónimas o de las protegidas por el Título VII de la presente Ley, el Estado los ejercerá conforme al artículo siguiente, siempre y cuando se trate de obras de interés para el patrimonio cultural nacional”. La Ley de Colombia sobre Derechos de autor de 1982, en el artículo 30, 3, especifica que “la defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura cuando tales obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales”. El artículo 29 de la Ley sobre el derecho de autor de Perú de 1996 dice que “en resguardo del patrimonio cultural, el ejercicio de los derechos de paternidad e integridad de las obras que pertenezcan o hayan pasado al dominio público corresponderá indistintamente a los herederos del autor, al Estado, a la entidad de gestión colectiva pertinente o a cualquier persona natural o jurídica que acredite un interés legítimo sobre la obra respectiva”.

³⁹ Sobre esto véase Sánchez Aristi, Rafael, *La propiedad..., cit.*, p. 288.

que las segundas son aquellas que se elaboran en el momento actual siguiendo una técnica tradicional, por lo que reciben la misma protección que dispensan las leyes sobre derecho de autor a cualquier obra con independencia de su género. Un ejemplo de este tipo de creación podría ser la obra creada por un compositor flamenco siguiendo la técnica y las reglas propias de la música flamenca. En éste, y en el resto de supuestos en los que un sujeto elabora en la actualidad una obra con las características propias de determinadas expresiones culturales, se aplican las reglas generales sobre el derecho de autor. Es decir, se reconoce al creador de estas obras una serie de derechos patrimoniales y morales con los que obtiene el monopolio exclusivo sobre las mismas. Por lo tanto, es el autor el que decide sobre las modalidades de explotación de su aportación creativa, de tal manera que nadie puede llevar a cabo ninguna actuación de aprovechamiento económico sin su autorización (*ius prohibendi*).⁴⁰ Todo ello durante el tiempo de protección que le dispensa la legislación sobre el derecho de autor; que como ya hemos visto viene a durar más o menos la vida del creador y otro periodo que oscila entre 50 y 100 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,⁴¹ cuyo contenido ya se ha explicado en un epígrafe anterior.

2. *Obras derivadas a partir de elementos de obras tradicionales*

En las normas sobre derecho de autor se otorga protección además de a los autores de obras creadas íntegramente por ellos, a quienes elaboren obras derivadas. Se llama así a un tipo de obras que se crea a partir de otra u otras preexistentes, de las que se dice que las primeras derivan

⁴⁰ En el Folleto núm. 1 de la OMPI sobre Propiedad intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore, p. 16, se cita un caso en el que una artista indígena (Banduk Marika) ganó una demanda al creador de la alfombra que había violado sus derechos de autor al copiar un dibujo suyo inspirado en relatos tradicionales sobre la creación.

⁴¹ Sobre unos mínimos comunes en las normas sobre derecho de autor en América Latina resulta muy interesante el estudio de Martín López, Juan José, “Obligaciones internacionales en materia de propiedad intelectual y espacios para diseños de políticas nacionales en América Latina”, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm.24, 2006, pp. 67-74.

porque en las obras nuevas se pueden identificar las obras incorporadas.⁴² En el caso en el que una de esas obras, o partes de obras anteriores, pertenecieran al patrimonio tradicional se estaría realizando una obra que deriva de otra perteneciente al 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. Ahora bien, este autor que pudo tomar libremente y sin pedir autorización la obra del patrimonio tradicional para crear con ella una obra nueva, debe hacer constar la procedencia de la obra de origen. Ya se ha visto antes, que en el caso de utilizations libres de obras del dominio público debe respetarse tanto el derecho de paternidad como el de integridad de las creaciones, y estos quedan a salvo siempre que el público,

⁴² La obra derivada se obtiene gracias a la transformación de la obra o las obras que toma el autor para su creación. Por lo que se entiende que es la facultad exclusiva de transformación del primer autor la que se ejercita. Ahora bien el resultado de toda transformación no siempre es una obra derivada. En relación con ello cabe formular las siguientes observaciones: en primer lugar se dice que se pueden tomar obras preexistentes de forma íntegra o de forma parcial, siempre que se incluyan elementos suficientes que permitan su identificación en la obra derivada, ya que incorporando una parte insuficiente de aquéllas se obtendría una obra diferente, en todo caso inspirada en la anterior (Rivero Hernández, Francisco, “Comentario al artículo 21”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 418 y Marco Molina, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 359). A lo que se añade que las obras preexistentes pueden proceder, a su vez, de obras derivadas anteriores (por ejemplo, puede realizarse una orquestación a partir de la transcripción de una pieza musical anterior). En cuanto a su origen, no se discute que pueda tratarse de obras que han pasado al dominio público, o de obras con derechos de autor vigentes (González García, Agustín, “Las obras derivadas y su problemática jurídica. Planteamiento general. Posiciones doctrinales y jurisprudencia”, *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, t. I: Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, p. 549). En relación con la aportación realizada por el transformador a la obra nueva, se entiende que ha de presentar suficiente originalidad, pues de lo contrario se estaría efectuando una copia. Aunque dicha originalidad no es exigida en el mismo grado que para el resto de obras, dado que la aportación del segundo autor depende de la obra primigenia. Es decir, la obra u obras anteriores que se han incorporado a la obra derivada son el soporte de la misma, sin las que la aportación del segundo autor carece de existencia separada (Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen, *Derecho...*, *cit.*, p. 333). En cuanto al aspecto subjetivo, en principio, en la obra derivada cabe separar la aportación de al menos dos autores; el que realiza la transformación de una obra anterior y el creador de la primera, aunque no se descarta que un autor pueda hacer una obra derivada a partir de una creación propia. En el primer supuesto, que es el normal, resulta imprescindible contar con la autorización del creador de la obra preexistente, siempre que no pertenezca al dominio 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. Puede ponerse aquí el ejemplo de quien traduce unos cuentos populares. En los ejemplares de estos cuentos deberá figurar la comunidad a la que pertenecen, indicando que se trata de una traducción efectuada por el autor de la obra derivada.

A propósito de este tipo de creaciones, conviene destacar que es cierto que el autor goza de un derecho de propiedad intelectual sobre la obra nueva, siendo el único que puede autorizar la explotación en sus distintas modalidades por el tiempo que señala la ley, pero esto no le legitima para prohibir que otras personas utilicen la misma obra o las mismas obras que él tomó del dominio público, porque siguen siendo de libre disposición. Esto quiere decir, continuando con el ejemplo de antes, que el autor de una traducción de cuentos populares al español, no puede evitar que otros traduzcan también al español, o a otras lenguas, los mismos cuentos que él eligió, siempre que no lo hagan a partir de su versión personal.

Una vez apuntadas estas cuestiones básicas en relación con las obras derivadas, cabe preguntarse si, efectivamente, las obras tradicionales reciben algún tipo de protección en las normas sobre derecho de autor cuando se utilizan para crear una obra nueva, porque en primer término a quien están amparando es al autor de la obra derivada. La respuesta puede ser afirmativa, teniendo en cuenta que hasta ahora la experiencia demuestra que quien tiene un interés particular (el autor de la obra derivada) siempre está más dispuesto a actuar persiguiendo atentados a la obra (en este caso la que incorpora otra del dominio público), que las administraciones a las que se atribuye esta competencia una vez que las obras han pasado al dominio público. Así pues, se puede decir que la obra del patrimonio tradicional recibe una protección indirecta cuando el autor de la obra derivada defiende sus intereses particulares. Pensemos, por ejemplo, que los autores de dos adaptaciones de una misma música popular se enfrentan. Uno de ellos pretende atribuirse íntegramente la autoría de la obra derivada generada por él. El otro de los músicos deberá probar que no le ha copiado, porque lo que ha hecho es tomar una obra del folclore que pertenece al dominio público.

3. *Derechos conexos sobre prestaciones que incorporan expresiones culturales tradicionales*

Igual que las obras del folclore pueden recibir una protección indirecta cuando se incorporan a una obra derivada, también quedan amparadas si de alguna manera forman parte de la prestación realizada por los titulares de los derechos conexos.

Los derechos conexos son parecidos al derecho de autor, en tanto que se integran por facultades semejantes,⁴³ aunque se les otorga una duración menor, que se aproxima a unos cincuenta años desde que se obtiene la prestación sobre la que recaen.⁴⁴ 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 intérpretes, porque con su actuación hacen una aportación creativa con la que facilitan la percepción de la obra, y al resto (productores de fonogramas, audiovisuales, etcétera), en principio, porque realizan

⁴³ Debe observarse que los artistas, intérpretes o ejecutantes, igual que el autor, gozan de facultades (o derechos) morales y patrimoniales, mientras que los demás titulares de derechos conexos sólo gozan de facultades de explotación. Diferencia que se debe a que los artistas, como los autores, realizan una aportación creativa al acervo cultural común, mientras que los productores de fonogramas, productores de audiovisuales, entidades de radiodifusión, etc., reciben protección por el desembolso económico que efectúan.

⁴⁴ 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, del Consejo, del 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del periodo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines o en Chile (artículo 70 de la Ley 17336 de Propiedad Intelectual). Esta protección por cincuenta años no se extiende a todos los derechos conexos; por ejemplo se otorga una duración más breve (veinticinco años), a las meras fotografías o determinados productos editoriales en Europa. Tampoco coinciden los plazos en todas las legislaciones; por ejemplo en la Ley sobre el Derecho de Autor de Perú del 23 de abril de 1996, se protege a los titulares de derechos conexos durante 70 años. Por su parte en México, desde la reforma de su Ley Federal en 2003, los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes encuentran protección por 75 años “desde la primera fijación de la interpretación o ejecución en un fonograma, la primera interpretación o ejecución de obras no grabadas en fonogramas, o la transmisión por primera vez a través de la radio, televisión o cualquier medio” (artículo 122); los productores de fonogramas quedan protegidos igualmente durante 75 años desde la primera fijación de sonidos en un soporte (artículo 134), mientras que los editores y los productores de videogramas quedan protegidos por un plazo de 50 años (artículos 127 y 138).

una actividad empresarial que garantiza que la obra llegue a gran número de personas; de manera que todos intervienen decisivamente en la difusión de las obras del intelecto.⁴⁵ 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. Algunas normas, como la española, restringen la protección que se dispensa a los artistas a los casos en los que se ejecutan únicamente obras.⁴⁶ No obstante otros titulares de derechos conexos, como los productores de fonogramas o de audiovisuales, 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, normalmente se considera fonograma protegido por el derecho conexo la primera fijación de sonidos, con independencia de que esos sonidos constituyan una obra,⁴⁷ y audiovisual a la primera fijación de imágenes con o sin sonido, no siendo necesario tampoco que se trate de una obra.⁴⁸

Pues bien, en el supuesto en el que la interpretación, el fonograma, el audiovisual, o en general cualquiera de las prestaciones que se protegen por los derechos conexos, incorpore una obra del folclore, o en su caso una expresión cultural tradicional que no reúna los requisitos que se exigen a las obras, su titular gozará de un derecho de propiedad intelectual seme-

⁴⁵ A propósito de estas ideas, entre otros, véase Cabanillas Sánchez, Antonio, “Comentario al Libro segundo-Título primero”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 1528, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “La protección de los productores de fonogramas en España”, *Libro Homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, p. 1984. Colombet, Claude, *Grands principes du droit d’auteur et des droits voisins dans le monde*, París, Litec, 1990, p. 115, y Román Pérez, Raquel de, *Obras... cit.*, p. 173.

⁴⁶ El artículo 105 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 tiene su origen en el artículo 3, a) de la Convención de Roma del año 1961, que deja bien claro que la condición de artista, intérprete o ejecutante, recae sobre quien interpreta o ejecuta una obra literaria o artística y no otro tipo de realidad, y aunque permite, en el artículo 9o., a los Estados contratantes “mediante su legislación nacional, extender la protección a artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas”, no por ello cambia la noción de intérprete del artículo 3o., a), pues al decir que puede extenderse tal protección a quienes no ejecutan obras literarias o artísticas reconoce que estos últimos sujetos no son artistas, intérpretes o ejecutantes en sentido estricto y sólo reciben protección si se prevé de forma explícita.

⁴⁷ Artículo 114 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española o artículo 129 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México.

⁴⁸ Artículo 135 de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, artículo 120 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española, o artículo 143 de la Ley sobre el Derecho de Autor de Perú.

jante 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 prohibir o autorizar que la música ejecutada por ellos sea fijada o no en un soporte tangible.⁴⁹

En este caso, igual que sucedía con las obras derivadas, el titular del derecho afín que incorpore una obra del dominio público a su prestación deberá respetar los derechos morales de paternidad e integridad, y su derecho no le permite impedir que la misma obra utilizada por él sea empleada por otros. Por lo tanto el intérprete que ejecute obras musicales populares podrá exigir la protección que le dispensan las normas sobre el derecho de autor en relación con su actuación, pero no podrá prohibir que otros músicos interpreten esas mismas piezas musicales.

Ahora bien, estas obligaciones que se acaban de señalar, que son las propias del régimen del dominio público en el marco del derecho de autor, en la mayoría de países únicamente se aplican a aquella parte del patrimonio tradicional que está constituido por obras. Por lo que, en el supuesto de derechos afines que recaen sobre objetos que integran expresiones culturales tradicionales sin las características de las obras, no entran en juego las reglas anteriores. De modo que las leyes sobre derecho de autor conceden un derecho de monopolio exclusivo al productor de audiovisuales que grabar un ritual, pero no le exigen, por ejemplo, identificar adecuadamente la procedencia del objeto grabado.⁵⁰

V. CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN FINAL

Las normas sobre derecho de autor, salvo en algún caso,⁵¹ amparan sólo las creaciones que reúnen los requisitos exigidos a las obras, tales como canciones, cuentos etcétera, pero no despliegan sus efectos sobre otras expresiones del folclore, como pueden ser palabras sueltas o los rituales.

⁴⁹ Artículo 118 II de la Ley Federal del Derecho de Autor de México, artículo 132 b) de la Ley sobre el Derecho de Autor de Perú, artículo 166 b) de la Ley sobre Derechos de Autor de Colombia, o artículo 65 de la Ley 17336 de Propiedad Intelectual de Chile.

⁵⁰ Esta obligación podría derivar de otras normas, como pueden ser las propias del derecho constitucional o del derecho del consumo.

⁵¹ Ya hemos puesto de manifiesto antes que la Ley Federal de México o la de Perú podrían admitir una interpretación según la cual estarían extendiendo el régimen del dominio público a cualquiera de las expresiones culturales tradicionales.

Cuando se trata de expresiones culturales tradicionales de origen remoto, se entiende que forman parte del dominio público, y se aplica su régimen de acuerdo con el significado que le es propio a efectos de las normas sobre derechos de autor. Por lo tanto, cabe su libre utilización y explotación, siempre que se haga con respeto a los derechos de paternidad e integridad. Esto supone que el sujeto que utilice las obras tradicionales deberá ofrecer al público toda la información necesaria en relación con la obra y su origen, evitando en todo momento cualquier confusión sobre sus aspectos objetivos y subjetivos. Cuando las obras del folclore son de reciente creación reciben una protección más fuerte: Se aplica a sus creadores el régimen general del derecho de autor, por lo que cuentan con un monopolio exclusivo sobre su creación, que les permite decidir cuándo y cómo se explota y perseguir todo tipo de lesión a sus intereses morales.

Por otro lado, cuando la expresión del patrimonio tradicional forma parte de una obra derivada, o de la prestación que es objeto de un derecho conexo, puede recibir una protección indirecta a través de la actuación del propietario de la obra derivada o el titular del derecho conexo que persigue conductas contrarias a su interés particular.

Puede decirse, entonces, que la normativa sobre derecho de autor sí otorga cierta protección a las expresiones culturales tradicionales, aunque en principio sólo ampararía las creaciones que pudieran considerarse obras. Se trata tan solo de una más de las vías por las que cabe proteger al folclore, que no soluciona todos los problemas a los que se enfrenta el mismo. En efecto, la legislación sobre derecho de autor no puede evitar, por ejemplo, que se utilicen determinadas expresiones culturales de origen remoto cuando el grupo étnico al que pertenecen las considera sagradas e intocables.⁵² Otro gran problema consiste en proteger las expresiones culturales tradicionales que no pueden calificarse de obras frente a utilizaciones lesivas.

Para solucionar éstas y otras cuestiones pueden buscarse las respuestas en diferentes normas, tales como las relativas al patrimonio histórico, normas sobre derechos fundamentales, competencia desleal, consumo, etcétera.⁵³ Muchos de los Estados cuentan con legislación que podría remediar esta problemática, sin embargo no sirve de nada si no se aplica. Por

⁵² Problema que pone de relieve Berrueco García, Adriana, *op. cit.*, nota 10, p. 15.

⁵³ Perea González, Teresa, *op. cit.*, nota 33, p. 270 y Folleto núm. 1 de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore, pp. 7 y 13.

ejemplo, sabemos que en muchos de los países corresponde a la Administración perseguir los atentados a las obras del dominio público, pero ésta se mantiene inactiva. Los particulares tampoco actúan cuando desconocen sus derechos. Por ello conviene tener en cuenta, como señala la OMPI, que debe darse a conocer la legislación, para que las comunidades y personas que supuestamente deben beneficiarse de ésta puedan canalizar y ejercer con relativa facilidad los derechos que contempla. Además, resulta imprescindible que los servicios públicos estén capacitados para prestar asistencia práctica a los ciudadanos, al igual que los asesores jurídicos.⁵⁴

Por otra parte, hay países y organizaciones que han adoptado un sistema *sui generis* de protección siguiendo en gran medida las Disposiciones Tipo de 1982, o han optado por establecer un sistema propio, como es el caso del Marco Regional para el Pacífico, relativo a la protección de los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones de la Cultura de 2002. De acuerdo con tal reglamentación, en algunos casos habría que pedir autorización para poder utilizar las expresiones culturales tradicionales, e incluso remunerar por ello. Se trata de un sistema en el que ya no entran en juego las reglas del dominio público libre, a partir del cual se enfrentan dos puntos de vista distintos.⁵⁵ El de aquéllos que ven en él la posibilidad de controlar las utilizaciones que se hacen de las expresiones del folclore, para evitar los atentados a las mismas y obtener unos fondos para la comunidad donde se originan,⁵⁶ y el de aquellos otros que ven más inconvenientes que beneficios, porque se entorpece la circulación de la cultura con las autorizaciones y el encarecimiento de la misma incluso en los propios países de origen.⁵⁷

⁵⁴ Folleto núm. 1 de la OMPI sobre Propiedad Intelectual y Expresiones Culturales Tradicionales o del Folclore, p. 16.

⁵⁵ Como ya se ha visto la utilización de las obras del dominio público, incluidas las expresiones del folclore, no requiere ninguna autorización. Además su uso es gratuito, aunque existe la excepción de un número no muy elevado de países (por ejemplo Bolivia o Uruguay) que prevén la obligación de remunerar por la utilización de estas creaciones.

⁵⁶ Se orientan en este sentido, por ejemplo, Espín Alba, Isabel, *Contrato de edición literaria*, Granada, Comares, 1994, pp. 106-111 o Berrueco García, Adriana, *Arte...*, *cit.*, p. 15.

⁵⁷ En esta línea, la posición doctrinal de Román Pérez, Raquel de, *Obras...*, *cit.*, pp. 514-519; también en *Expresiones culturales...*, *cit.*, p. 95 y Oliveira Ascensão, José de, “En torno al dominio público de pago y a la actividad de control de la administración en la experiencia portuguesa”, *La duración de la propiedad intelectual y las obras en el dominio público*, Madrid, REUS, 2005, 285-287.