



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Comercial

EL SAMPLE MUSICAL NO AUTORIZADO: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO
ESTADOUNIDENSE Y LA UNIÓN EUROPEA

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

PEDRO PABLO TORRES SANHUEZA

Profesor Guía:

SANTIAGO SCHUSTER VERGARA

Santiago, Chile.

2022

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: LA ESTÉTICA DEL SAMPLE MUSICAL.....	8
1.1 QUÉ ES UN SAMPLE MUSICAL.....	8
1.2 HISTORIA DEL SAMPLING.....	11
1.3 PRODUCTOS MUSICALES DEL SAMPLING.....	14
1.3.1 REMIX.....	15
1.3.2 MIX O MIXTAPE.....	16
1.3.3 COMPOSICIÓN DISTINTA.....	17
CAPÍTULO II: EL SAMPLE EN EL COPYRIGHT ESTADOUNIDENSE.....	18
2.1 DUALIDAD DEL COPYRIGHT ESTADOUNIDENSE: COMPOSICIÓN MUSICAL Y GRABACIÓN SONORA.....	19
2.2 EL DILEMA JURÍDICO DEL SAMPLE NO AUTORIZADO.....	26
2.3 LICENCIA PARA SAMPLEAR: CONTRATO DE SAMPLE CLEARANCE.....	27
2. DAÑOS OCASIONADOS PRODUCTO DEL SAMPLING NO AUTORIZADO.....	31
CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE.....	33
3.1 ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE EXISTA INFRACCIÓN AL COPYRIGHT.....	33
3.1.1 Prueba de la similaridad sustancial.....	35
3.1.2 Fair Use.....	38
3.2 JURISPRUDENCIA.....	43
Grand Upright Music v. Warner Brothers Inc.	43
Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.	44
Williams v. Broadus.....	47
Newton v. Diamond.....	50
Bridgeport Music Inc. V. Dimension Films.....	53
VMG Salsoul, LLC v. Ciccone.....	57
3.3 CONCLUSIÓN GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA.....	61
CAPÍTULO IV: LA CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN PELHAM V. HUTTER.....	64
4.1 MARCO NORMATIVO.....	64
4.2 EL PRIMER FALLO EUROPEO SOBRE SAMPLES: PELHAM V. HUTTER.....	69
4.2.1 Antecedentes procesales de la causa.....	70
4.2.2 La Decisión de la Corte de Justicia de la Unión.....	72
4.2.3 Conclusión.....	76

CAPÍTULO V: EL SAMPLE EN EL DERECHO NACIONAL.....	79
5.1 DERECHO DE AUTOR SOBRE LA COMPOSICIÓN MUSICAL.....	80
5.2 DERECHOS CONEXOS DEL PRODUCTOR DE FONOGRAMAS SOBRE SUS FONOGRAMAS.....	81
5.3 ANÁLISIS DE LEGISLACION ESTADOUNIDENSE Y CHILENA EN LO RELATIVO A SUJETOS DE DERECHO SOBRE EL FONOGRAMA O GRABACIÓN SONORA	84
5.4 AUTORIZACIÓN, OBRA ORIGINARIA Y DERIVATIVA	85
5.5 DERECHOS MORALES DEL AUTOR.....	88
5.6 EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR: ¿FAIR USE EN CHILE?	91
5.8.1 Derecho de Cita.....	92
5.8.2 Uso incidental.....	95
5.7 RESPONSABILIDAD POR USO NO AUTORIZADO DE SAMPLES.....	97
5.7.1 PLAGIO.....	98
5.7.2 PIRATERÍA.....	101
5.7.3 TIPO PENAL ABIERTO.....	103
5.7.4 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	103
CONCLUSIÓN	105
BIBLIOGRAFÍA.....	108
LEGISLACIÓN	113
JURISPRUDENCIA.....	114
OTROS ENLACES DE INTERÉS.....	116

RESUMEN Los rápidos avances tecnológicos y la masificación del internet han provocado grandes desafíos para los derechos de autor. Esta memoria tiene por objeto explorar las implicancias legales del uso no autorizado de samples musicales digitales, una técnica de producción musical, devenida en forma de arte, que ha encontrado terreno fértil en el mercado mundial en todos los géneros más populares. Así, se explorarán las normas y jurisprudencia del Copyright Estadounidense y del derecho de la Unión Europea, para poder finalmente abordar el tema desde la óptica del derecho chileno. La dificultad de abordar este tema deriva de la compleja relación de intereses en juego: por un lado, la exclusividad del autor para explotar su obra, y, por otro, la flexibilización de las normas que regulan la materia, con el fin de estimular el desarrollo de nuevas creaciones, a la luz del rápido desarrollo tecnológico y cultural en la época de la información.

PALABRAS CLAVE Derecho de autor, *samples*, Copyright, reproducción, excepciones y limitaciones al derecho de autor.

INTRODUCCIÓN

Es probable que muchos ávidos consumidores de música nunca hayan escuchado el extranjerismo “*sample*” musical, sin embargo, la sociedad ha estado expuesta a esta técnica de producción artística en forma masiva desde la década de 1980. Desde el hip-hop a la música electrónica, pasando por el R&B, reggaetón y pop, todos estos géneros han sido terreno fértil para la proliferación de esta forma de expresión en la música.

El sample o muestreo musical se ubica dentro de una larga tradición de piezas que utilizan obras previas para crear nuevas obras originales (*musical borrowing* o reciclaje musical), y ha crecido en forma exponencial gracias a los avances tecnológicos que se tradujeron en la aparición y abaratamiento de softwares de edición musical completamente digitales¹, masificación del acceso a internet y democratización de la industria de producción musical.

El proceso de creación musical, como el de todo arte, es uno altamente complejo en el cual siempre está presente la influencia de otros músicos. El surgimiento del sample musical es una muestra patente de los intereses jurídicos que se contraponen a la hora de crear arte. Por un lado, encontramos el derecho de propiedad de los autores sobre sus obras, que les permite excluir cualquier uso no autorizado de terceras personas, y, por otro, el interés de la sociedad en estimular el progreso de las ciencias y artes, el cual se asienta sobre las creaciones previas que forman parte de una cultura determinada.

Dicho juego de intereses es de tal complejidad que es imposible optar por uno y desechar el otro. Los rápidos cambios que se producen en la industria musical y las artes en general, demuestran que es insostenible mantener una concepción decimonónica e individualista de la autoría donde se concibe al artista como un genio creativo del cual emanan obras en forma completamente autónoma. A través de este proceder, se desconoce que en realidad la producción artística es un producto de canalización que realiza un equipo de personas respecto del imaginario colectivo que compone a una sociedad determinada. Es por esto, que las nociones clásicas de autoría han

¹ También conocidos como DAW por sus siglas en inglés.

entrado en tensión con el proceso de evolución musical desde fines del siglo XX, donde se ha vuelto cada vez más frecuente el uso de obras previas, o de referencias interconectadas entre las nuevas obras con respecto a otras anteriores, lo que ha resultado en una proliferación de litigios en la materia.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI) reconoce como misión el *“llevar la iniciativa en el desarrollo de un sistema internacional de P.I. equilibrado y eficaz, que permita la innovación y la creatividad en beneficio de todos.”*² Mientras que, el mensaje de la ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, ya en 1968 nos adelantaba las problemáticas que comenzaron a surgir para los autores en relación a sus expresiones artísticas con el desarrollo de nuevas tecnologías:

*“El actual desarrollo de la técnica en el mundo y el empleo que de ella se hace en la divulgación de las obras artísticas, literarias y científicas, al crear nuevos sistemas y procesos de divulgación, obliga al Estado a revisar las normas vigentes de protección a los creadores intelectuales y subsanar las lagunas de que adolecen. El advenimiento de la televisión, de las cintas magnetofónicas y de la comunicación por satélites artificiales, crea problemas nuevos que el legislador no puede ignorar, abandonando a la buena o mala fe de los usuarios la utilización del producto del ingenio de los creadores intelectuales.”*³

Es así como el ordenamiento jurídico debe llegar a soluciones adecuadas que encuentren un balance entre estos dos bienes jurídicamente relevantes en el campo de la propiedad intelectual: el derecho exclusivo y excluyente de los autores sobre sus expresiones artísticas, y, por otra parte, el adecuado estímulo que se debe entregar a los artistas para que creen libremente y así lograr el desarrollo y progreso de las artes y la cultura en su conjunto.

² <https://www.wipo.int/about-wipo/es/>

³ Historia de la ley N° 17.336, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/135/HLD_135_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

El presente trabajo de investigación tiene por objeto abordar las implicancias jurídicas para el derecho de autor derivadas del uso no autorizado de samples musicales, una práctica común en la industria musical desde la década de 1980. El primer capítulo abordará la estética del sample musical, para lo cual se revisará su historia y los productos artísticos que origina. El segundo capítulo tiene por objeto analizar la normativa del copyright estadounidense en lo referente a obras musicales, distinguiendo los diversos derechos y titulares que convergen en estas creaciones. Además, se revisará cómo la industria musical aborda este tema de forma extrajudicial. En el capítulo III se repasará la jurisprudencia estadounidense más relevante para la materia, dado que los tribunales de este país han afrontado desde sus orígenes los conflictos judiciales que se derivan de esta práctica. Así, buscaremos cuál es el modelo que se ha asentado en las Cortes para determinar los límites entre lo lícito y lo ilícito cuando hablamos de esta forma de arte. El capítulo IV plantea la perspectiva europea continental en relación al sampling, y se revisa el primer fallo de la Corte de Justicia de la Unión Europea donde la controversia tiene como eje central un uso de sample no autorizado. Por último, luego del análisis comparado, el capítulo V abordará el sample bajo la óptica del derecho nacional, donde buscaremos encausar esta forma de arte según la normativa vigente, siempre teniendo en consideración la experiencia del derecho comparado.

CAPÍTULO I: LA ESTÉTICA DEL SAMPLE MUSICAL

1.1 QUÉ ES UN SAMPLE MUSICAL

El digital sampling o muestreo musical es definido como una técnica de composición mediante la cual un compositor selecciona un extracto de una pieza sonora ya fijada en un fonograma y la incluye en una nueva composición, distinta a la original¹¹. En otras palabras, existe un sample cuando un artista toma una porción pequeña de una canción y la incluye en otra. Esta pequeña porción de canción es lo que se conoce como sample o muestra, y puede corresponder con alguna vocal, riff instrumental, sonido genérico, entre otros. El sample musical se ubica dentro de una larga tradición de técnicas musicales que utilizan el “reciclaje musical” (*musical borrowing*), tales como, por ejemplo, las citas musicales, alusiones, homenajes, recomposiciones, parafraseos y muchos otros¹². Así, en esta metodología se incorporan conceptos artísticos de colaboración, referenciación y collage, los cuales, sin perjuicio de haberse masificado en el arte de la posguerra, siempre se han encontrado presentes en el proceso de creación artística en general, y musical en específico¹³.

Un artista suele utilizar la técnica del sample por varias razones. En primer lugar, puede ser que busca utilizar un sonido determinado sin incurrir en los gastos propios que conllevan emular el sonido y grabarlo, los cuales pueden no ser menores si tenemos en cuenta que se

¹¹ HOULE, Jeffrey. Digital Audio Sampling, Copyright Law and the American Music Industry: Piracy or just a bad “Rap”? *Loyola Law Review*, vol. 37, p. 879 (1992). Traducción libre.

¹² OLUFUNMILAYO B. Arewa: From J.C. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context, 84 *N.C. L. REV.* (2006), p. 602.

¹³ CUSSEN, Felipe. Samplings musicales versus samplings literarios. *Resonancias* vol. 19, n°36, enero-junio 2015, P.12. En línea: <http://resonancias.uc.cl/es/n%C2%BA-36/samplings-musicales-versus-samples-literarios.html> Consultado 12/06/2021.

debe pagar un artista intérprete, horas de estudio, y a un productor para que grabe y masterice el sonido. Incluso, es posible que el artista no cuente con los conocimientos musicales que le permitan imitar el sonido deseado, por lo que samplear es la única forma que tiene para reproducir aquel fragmento de canción. De la misma forma, es posible que el productor o artista no cuente con el presupuesto para, por ejemplo, comprar una tuba o un cuerno francés, por lo que samplear el sonido es la única vía de incorporar dicho instrumento a su creación. La segunda razón que puede existir detrás de un sample es una estética: se busca tomar una narrativa preexistente en una obra anterior para asociarla a una propia con el objetivo de hacer un juego de recontextualización de fragmentos¹⁴. En este caso, la fuente de donde se extrae la sample debiese ser al menos potencialmente identificable¹⁵. Para algunos musicólogos, cuando el sample ha sido distorsionado en tal medida que se vuelve irreconocible el objeto de donde fue extraído, se le llama “falso sampleo”¹⁶.

El diccionario de Cambridge define la palabra *sample* como “una pequeña cantidad o fragmento de algo que demuestra cómo es o cómo debe ser el resto de ese algo.”¹⁷ A la técnica musical se le conoce como “*musical sampling*”, para diferenciarla de cualquier otro tipo de muestreos en otras áreas del conocimiento o del arte, y al fragmento tomado e insertado en la nueva obra se le llama “*sample*”. Luego, podemos distinguir 3 elementos esenciales cuando nos encontramos frente a esta técnica:

1. Un sonido previo fijado en un fonograma (obra originaria).

Cabe señalar que este sonido previo puede o no constituir una obra protegida por el derecho de autor. Es perfectamente factible que un artista salga a la calle y grabe sonidos ambientales, que los fije en un fonograma y luego seleccione ciertos fragmentos y los introduzca a su nueva obra musical. No obstante, como se trata de un sonido previo que es

¹⁴ ANDROUTSOPOULOS, Jannis y Scholz, Arno. Spaghetti Funk: Appropriations of Hip-Hop Culture and Rap Music in Europe. *Popular Music and Society*, Vol. 26, No. 4, 2003, p. 496-497.

¹⁵ GRECO, María y LÓPEZ-CANO, Rubén. Evita, el Che, Gardel y el gol de Victorino: Funciones y significados del sampleo en el tango electrónico. *Latin American Music Review / Revista de Música Latinoamericana*, FALL / WINTER 2014, Vol. 35, No. 2 (FALL / WINTER 2014), P.232.

¹⁶ *Ibíd*, p. 233.

¹⁷ <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/sample>. Consultado: 23/04/2021.

de su propiedad, deja de ser relevante para el derecho y para nuestro estudio. La técnica adquiere relevancia jurídica cuando el artista samplea un sonido previo que constituye una obra protegida por el derecho de autor, y ese derecho sobre la obra originaria pertenece a un sujeto distinto al artista sampleante.

2. Un fragmento del sonido previo que se incorpora a una obra nueva (sample).

Este fragmento del fonograma es lo que se denomina sample. El artista que samplea selecciona qué porción incorpora, y suele realizar variadas modificaciones a la pista. Por ejemplo, debe acomodar el tempo al de la canción que pretende crear, armonizar los agudos y graves con los de su propia creación, acomodarla al tono de su canción, entre otros. En fin, dependiendo de las modificaciones realizadas puede incluso ocurrir que el sample original no sea reconocible una vez terminado el proceso.

3. Una obra nueva

Una vez que se incorpora el sample a la obra del artista, resulta una nueva, distinta a aquella de donde se extrajo el sample (obra originaria). Esta obra es una expresión original de creatividad por lo que es protegida por el derecho de autor. Ello, sin perjuicio de los conflictos jurídicos que pueden derivar del uso no autorizado de la pista originaria, los cuales serán abordados con posterioridad.

Al hablar de las samples en la música, podemos afirmar que éstos cumplen 3 funciones principalmente: intramusicales, intermusicales y extramusicales.

En relación a la primera función, la musicóloga Amanda Sewell señala que las se pueden subclasificar en 3 tipos según el rol que cumplen en la obra: estructurales, superficiales y líricas. Las samples estructurales son aquellas que funcionan como la principal fuente de sonido para los cimientos rítmicos de la pista. Es una práctica usual que se tomen fragmentos y se repitan consecutivamente a lo largo de toda la canción (en repetición), lo que se conoce como *loop*. Las samples superficiales se utilizan como sonidos extra que añade el productor para darle mayor “textura” al track, “decorando” la base estructural.

Por último, están las samples líricas, que como su nombre lo dice, apoyan las vocales de un tema aportando palabras o frases de texto¹⁸.

La función intermusical consiste en las relaciones intertextuales que se establecen a través de la incorporación de un fragmento de una obra previa en una posterior. Se establece una especie de “puente” entre una canción, poema, discurso o sonoridad genérica y la nueva obra resultante. Esta incorporación de un sample produce una cita musical, donde se incorporan significados y narrativas a otra obra.

Por último, la función extramusical que cumple el uso de samples dice relación con las evocaciones al mundo exterior que provoca al oyente¹⁹. Esta función es eminentemente subjetiva y varía según la experiencia del receptor. Por ejemplo, una sample de un discurso político introducido en una canción puede evocar un momento histórico específico, envolver una crítica social, etc.

1.2 HISTORIA DEL SAMPLING

Al referirse a la controversial historia del *musical borrowing* -reciclaje musical- muy acertadamente Wayne Cox señala que es altamente probable que la única creación realmente original que ha producido la humanidad haya sido el fuego. Incluso, si vamos más allá, el descubrimiento del fuego fue probablemente inspirado en acontecimientos naturales que los produjeron- muy probablemente los relámpagos-, y el ser humano sólo se encargó de copiar o de reproducir las condiciones que permitieron su aparición en un determinado momento. De esta forma, concluye, todas las creaciones en el mundo involucran en cierta medida el uso de creaciones previas, principio que aplica especialmente al dominio de las artes²².

¹⁸ Sewell, Amanda: A Typology of Sampling in Hip Hop. Tesis para optar al grado de doctor en musicología de la Universidad de Indiana. P. 6 (2013).

¹⁹ GRECO, María y LÓPEZ-CANO, Rubén. Ob. Cit. P. 234.

²² COX, Wayne. Rhymin' and Stealin: The History of Sampling in the Hip-Hop and Dance Music World and How U.S. Copyright Law & Judicial Precedent Serves to Shackle Art, 14 VA. Sports & ENT. L.J. 219 (2015), p. 219.

Sin ir más lejos, la música clásica occidental de la época moderna es un fiel ejemplo de esta práctica de usos de obras ajenas. Uno de sus más tempranos exponentes, G.F. Händel, ha sido profusamente analizado en la musicología para determinar si se podrían considerar ciertas obras como plagio²³ (oratorio “Israel en Egipto” y la serenata “Acis y Galatea”). De la misma forma, se ha abordado la práctica de los usos no autorizados de J.S. Bach en relación a obras de los compositores Telemann, Frescobaldi y Albinoni. Siguiendo con los ejemplos, Mozart transformó las sonatas de J.S. Bach a *concertos*. Luego está la ópera “Pelleas et Melissandre” de Debussy, que presenta fuertes influencias de la ópera “Tristan und Isolde” de Wagner²⁴. En fin, la lista suma y sigue, pero algo permanece intacto: el aporte de estos compositores al desarrollo de la música como un vaivén de influencias, transformaciones y reinterpretaciones que permiten tocar el espíritu de sus oyentes a través de las décadas.

Las primeras formas de sampling musical se remontan a los 60’s y 70’s en Jamaica, donde los DJ tomaban piezas musicales ya creadas y fijadas en fonogramas, que luego mezclaban en tornamesas análogas y así producían sus propias composiciones musicales completamente nuevas²⁵. En esta época, el sampling era un proceso eminentemente mecánico: se extraía una pieza de cinta magnética de una grabación para pegarla a otra, sin posibilidad de modificar el sonido. En otras palabras, era una especie de “cortar y pegar” físico desde una canción pretérita a otra nueva. Luego, el panorama cambia drásticamente en 1983 con la producción en masa y a precios accesibles del MIDI (Musical Instrument Digital Interface), el cual sentó las bases para la producción de música en forma digital. Los procesadores digitales de audio permitieron transformar las ondas sonoras a códigos binarios de ordenador, lo que hizo posible la modificación del sample original. Esto transformó el proceso en menos “*copy-paste*” y permitió darle mayor creatividad artística.

²³ ROBINSON, Percy: Was Handel a Plagiarist? Musical Times (1939), p. 573, 575-77.

²⁴ Sobre el reciclaje musical en la música clásica occidental léase: MYUNG-JI, Lee. The Art of Borrowing: Quotations and Allusions in Western Music. Tesis para optar al grado de Doctor en Musicología, Universidad de Texas. En línea: https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc849772/m2/1/high_res_d/LEE-DISSERTATION-2016.pdf Consultado el 10/08/2021.

²⁵ LATHAM, Susan. Newton v. Diamond: Measuring the Legitimacy of Unauthorized Compositional Sampling - A Clue Illuminated and Obscured, 26 Hastings Comm. & Ent. L.J., pp. 122-123 (2003).

Por ejemplo, un productor actual puede tomar una sample determinada y a través de los softwares de edición digital modificar el tono, equilibrar graves y agudos (treble and bass gain), el tempo, agregar mil y un efectos digitales predeterminados, todo para acomodar el fragmento a la nueva creación.

Así, esta técnica musical comenzó a ser adoptada en forma masiva por los productores de música electrónica, hip-hop y pop, la cual resultó ser un éxito comercial y mostró gran acogida por las masas. Dentro de los primeros álbumes que adoptaron esta técnica de producción que alcanzaron éxito comercial encontramos “Licensed to Ill” de los Beastie Boys de 1986, el cual contiene samples de Led Zeppelin, Black Sabbath, The Clash, Trouble Funk, Run-DMC, entre otros. También está “3 Feet High and Rising” de De la Soul, el cual cuenta con samples de James Brown, Eddie Murphy (un monólogo de Stand-up), Johnny Cash, Public Enemy, Michael Jackson y muchos otros. Ambos discos fueron muy aclamados por la crítica especializada debido a su habilidad para tomar piezas sonoras (no sólo musicales), provenientes de muy diferentes estilos, y crear un collage musical coherente y atractivo que los llevó a volverse íconos de la cultura popular.

En la escena musical nacional también encontramos samples, los cuales fueron fuertemente utilizados cuando llegó la moda a fines de la década de 1990. Por ejemplo, en el disco *Aerolíneas Makiza* (1999) de Makiza, su track más aclamado por el público y la crítica, *La Rosa de los Vientos* cuenta con a lo menos 3 samples identificables: la base del track se realizó con un fragmento instrumental de 6 segundos de “*The only thing I would wish for*” de Angela Bofill, el cual se repite durante toda la canción (en *loop*) y sienta las bases melódicas y rítmicas de la canción. Además, en la intro, coro y outro de la canción se utiliza un sample de 5 segundos de las vocales del track *Do as De la Does* de De la Soul (pioneros en el sampling). También se samplean 2 segundos de las vocales del sencillo *Bad Boys de Marseille* de Akhenaton. Estas son sólo algunas de las samples que se pueden identificar a simple escucha en el track, por lo que no extrañaría la presencia de otras más.

Otro disco que alcanzó gran popularidad a fines de los 90's es “*Ser Humano!!*” de Tiro de Gracia, el cual cuenta también con un amplio repertorio de samples utilizadas en sus

canciones. La lógica del sample se encuentra completamente incorporada en la estética del álbum y ello se refleja en los 5 interludios diseminados a lo largo del disco, que no son más que samples de diálogos del episodio “*El Planeta Prometido*” (temporada 03 episodio 19) de la serie “*Perdidos en el Espacio*” (1968). Además, la canción más popular del disco, el éxito “*El juego verdadero*”, cuenta con las siguientes samples: la pegajosa base del track está conformada por un fragmento instrumental de 8 segundos que es repetido (en *loop*) del tema “*Just the two of us*” de Grover Washington Jr. y Bill Withers, mientras que la intro de la canción comienza con un sample de un *scratch* 2 segundos extraído de “*Oh my god*” de A Tribe Called Quest.

Si analizamos la técnica del sample desde un punto de vista estético, es posible afirmar que los productores las utilizan para efectos de hacer referencia a otras obras que influyen en la propia, para enriquecerla a través de narrativas presentes en otros autores o géneros. Dependiendo de las experiencias personales del productor y del oyente, las samples de canciones pretéritas permiten evocar recuerdos de otros tiempos o evocar sensibilidades aparentemente olvidadas en el escucha.

Este proceso de samplear puede ser realizado a través de un software procesador digital de audio (Ableton Live, FL Studio, Pro Tools), o a través de una sampler (Akai, Korg, Yamaha). Sin lugar a dudas, la primera opción es mucho más popular debido a su menor costo relativo a la segunda opción (15 versus 690 dólares en promedio).

1.3 PRODUCTOS MUSICALES DEL SAMPLING

Desde una perspectiva amplia, el sample como técnica de producción musical, puede dar origen a distintos subproductos. Desde una perspectiva puramente normativa, todos consisten en expresiones originales que se crean con fragmentos de reproducciones de obras pretéritas. Sin embargo, desde una perspectiva estética, pueden diferenciarse entre ellos en relación a diversos factores. Esto no es baladí, toda vez que cuando se discute una infracción al derecho de autor en estrados, es menester que el tribunal pase a analizar

criterios normativos que lindan en lo estético, como, por ejemplo, la sustancialidad del fragmento de obra pretérita utilizado en la nueva obra: ello sólo podrá ser determinado en atención a criterios propios de la ciencia musical. Los subproductos del sampling que veremos son el remix o remezcla, el mix o mixtape y la composición distinta.

1.3.1 REMIX

Un remix consiste en una nueva versión de una canción ya existente que conserva los elementos de la original para darle otro motivo musical o llevarla a otro género²⁶. En este tipo de composiciones el artista crea una nueva obra, distinta a la original, pero que permite al consumidor reconocer de inmediato el título original.

En el caso del remix, la presencia de la obra pretérita y sus fragmentos es sustancial con respecto a la nueva creación, no se trata de guiños o sutilezas, al contrario, el artista pretende dejar de manifiesto la estampa de la canción originaria. La presencia de samples en este tipo de obras es alta, y todas provienen de la misma canción original sobre la que se realiza el remix.

Los remixes se enmarcan perfectamente dentro de la relación obra originaria – obra derivativa, ya que es evidente que existe un proceso de adaptación de una obra pretérita perfectamente reconocible. Debido al evidente uso que se realiza de la obra pretérita es que es usual que existan licencias para este tipo de canciones. Incluso, es común que las mismas compañías discográficas dueñas de los derechos sobre las canciones originarias, liberen remixes de la misma. Un clásico ejemplo es el de sencillos de baladas o de rock que se liberan con una versión para las pistas de baile en el lado b.

Dentro del género del remix, existen los llamados mashups, que consisten en combinar dos o más canciones (usualmente álbumes completos) de artistas distintos, resultando en nuevos tracks armónicos. Nuevamente, la forma de incorporar ambas piezas es a través de

²⁶ CHRISTIANSEN, Maxwell. Fixing the Sample Music Industry: A Proposal for a Sample Compulsory License, 22 J. TECH. L. & POL'y, Pp 117-118 (2017).

la técnica del sample. Se toman fragmentos y se amalgaman entre ellos creando una obra nueva.

Un ejemplo polémico de mashup es el álbum *The Grey Album* (2004) del artista Danger Mouse, el cual resultó de la mezcla entre *The White Album* (1968) de los Beatles y *The Black Album* (2003) de Jay-Z, dos artistas ubicados en las antípodas del espectro musical en lo que a géneros refiere. Lo más relevante de este acontecimiento gira en torno a que el álbum fue realizado por Danger Mouse sin la autorización de los Beatles ni de Jay-Z, pero una vez que tomaron conocimiento del mismo, los artistas de las obras originarias demostraron explícitamente su aprobación en entrevistas con los medios de comunicación. No obstante, EMI, la compañía discográfica dueña de los derechos de copyright sobre *The White Album* de los Beatles, envió cartas de cese y desistimiento a Danger Mouse, para evitar la distribución de *The Grey Album*. De esta forma, comenzó una guerra entre activistas musicales del internet y el gigante discográfico, donde los primeros iniciaron una campaña denominada “The Grey Tuesday”, donde cualquier página web podía afiliarse y ofrecer descargas gratuitas del álbum a través de internet²⁷.

1.3.2 MIX O MIXTAPE

Esta obra consiste en una pista sonora de larga duración que combina distintas obras musicales en forma sucesiva. Los artistas de mixes suelen llamarse Disc Jockeys (DJ). La creatividad y originalidad del mix radica en: la selección de las canciones, las transiciones entre uno y otro track, efectos sonoros añadidos, e incluso, modificaciones en tiempo real realizadas a los tracks que se mixean, como por ejemplo, disminución de tonos, modificación de tempo para hacer calzar las dos pistas en transición, entre otros.

Como es de esperar, esta técnica musical hace surgir variadas problemáticas en torno al derecho de autor. En el mix, el artista suele incorporar una gran parte de la canción a su nueva obra conjunta, y, no suelen existir mercados de licencias para este propósito, por lo

²⁷ Se estima que ese 24 de febrero de 2004 más de 100.000 copias del álbum fueron descargadas por internet. RIMMER, Matthew: Digital copyright and the consumer revolution. Edward Elgar Publishing, p. 130 (2007).

que el DJ opera fuera de los límites del derecho de autor. Esto se debe a que la mayoría de los DJ trabajan como productores independientes por lo que no cuentan con el presupuesto para licenciar todas y cada una de las canciones que utilizan. Por esto, es usual que la distribución de estas obras se realice a través de plataformas marginalizadas del derecho de autor, y que, rara vez sus creadores puedan lucrar a través de ellas²⁸. Es más usual que estas obras se produzcan por los artistas para efectos de promocionar sus próximas fechas en vivo y para hacerse conocidos por el oyente. Es una práctica usual que, en estos mixes, el artista acompañe una lista de todas las canciones que ha utilizado en su performance, por lo que, al menos el derecho moral de paternidad no es infringido. Es más, sirve como una forma de publicidad activa para las obras originarias utilizadas.

Para efectos de comprensión, podemos hacer una analogía entre el mix musical y la compilación o antología literaria. En primer lugar, ambas expresiones artísticas están conformadas por varias obras originarias que se seleccionan, recopilan y organizan. Luego, en ambas, la protección por el derecho de autor depende de la originalidad o creatividad en la selección, organización y disposición de las obras originarias que contiene. En tercer lugar, en ambas expresiones artísticas resulta necesaria la autorización de los titulares de derechos sobre las obras utilizadas, por lo que podemos concluir su carácter de obras derivativas.

1.3.3 COMPOSICIÓN DISTINTA

Tanto en el remix como en el mix es evidente la presencia sustancial de la obra originaria con respecto a la derivativa que se crea. Sin embargo, puede suceder que las samples que utilice el autor en una determinada obra sean pocas o de mínima importancia para el track, por lo que estéticamente se alejan de las formas anteriormente revisadas. En este caso, no puede establecerse a priori que se trata de una obra derivativa respecto de una originaria.

²⁸ MENELL, Peter. Adapting Copyright for the Mashup Generation. *University of Pennsylvania Law Review*, January 2016, Vol. 164, No. 2 (January 2016), p. 441.

En este tipo de obras, que son las más comunes cuando hablamos de samples, se utilizan pequeños fragmentos de obras previas, que se modifican y se incluyen en una nueva creación completamente distinta y alejada de la anterior. En la presente investigación nos centraremos en este tipo de obras debido a que normativamente son las que ameritan mayor análisis. En la remezcla o remix y mix, es evidente la relación de obra originaria a derivativa que existe, por lo que es posible señalar que, sin licenciar el uso, se trata de una infracción flagrante al copyright o derecho de autor.

Como veremos más adelante, tratándose de las composiciones distintas la discusión se centra en torno a la transgresión al derecho de reproducción. Si éste se transgrede a tal magnitud que la obra posterior se asemeja mucho a la anterior, se considera una copia, no una obra distinta. Los tribunales estadounidenses abordan esta problemática a través de las doctrinas del uso *de minimis*, la similitud sustancial, y en ciertos casos, el *fair use*.

NOTA PARA EL PROFESOR: No estoy convencido de dejar el apartado “productos musicales del sampling” (en rojo), quizás extiende innecesariamente el primer capítulo.

CAPÍTULO II: EL SAMPLE EN EL COPYRIGHT

ESTADOUNIDENSE

En el siguiente capítulo revisaremos las particularidades del copyright en lo que a sample refiere. El lector entenderá cómo se protegen las composiciones musicales y grabaciones sonoras y qué derechos compromete la reproducción no autorizada de fragmentos de canciones bajo la normativa del Copyright Act de 1976. Por último, se le ofrece al lector un breve resumen sobre cómo la industria musical lidia con estas controversias de forma extrajudicial, tanto artistas sampleantes como sampleados.

2.1 DUALIDAD DEL COPYRIGHT ESTADOUNIDENSE: COMPOSICIÓN MUSICAL Y GRABACIÓN SONORA

En el copyright estadounidense, las samples pueden recaer sobre dos tipos de obras protegidas: la composición musical o la grabación sonora (*sound recording* que en Chile llamamos *fonograma*). Habrá una sample sólo sobre la composición musical cuando el artista emula con sus propios medios e instrumentos la canción originaria. En cambio, sobre el *sound recording* cuando el productor utiliza el sonido ya fijado en el fonograma y lo incorpora a la canción. A veces puede incluso sostenerse que al tomar un sonido del fonograma se está infringiendo no solo el copyright sobre el *sound recording*, sino que también sobre la composición musical subyacente cuando el sample contiene muchos elementos melódicos y rítmicos propios de la obra. En ambos casos es necesario obtener la autorización de los titulares del copyright y sus titulares suelen ser los artistas sobre la composición y el sello discográfico sobre el fonograma.

El Copyright Act de 1976 define la grabación sonora de la siguiente forma:

§101 · Definitions

“Sound recordings” are works that result from the fixation of a series of musical, spoken, or other sounds, but not including the sounds accompanying a motion picture or other audiovisual work, regardless of the nature of the material objects, such as disks, tapes, or other phonorecords, in which they are embodied.

“Phonorecords” are material objects in which sounds, other than those accompanying a motion picture or other audiovisual work, are fixed by any method now known or later developed, and from which the sounds can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term “phonorecords” includes the material object in which the sounds are first fixed.

Entonces, Podemos definir las grabaciones sonoras como obras que resultan de la fijación de una serie de sonidos, sean ellos musicales, hablados o de otra índole, sin incluir los

sonidos contenidos en películas cinematográficas u otros trabajos audiovisuales, y sin importar el tipo de soporte en el que se encuentran fijados.

Los fonogramas en cambio, son objetos materiales donde se fijan sonidos por cualquier método, y mediante los cuales los sonidos se pueden percibir, reproducir o comunicar directamente o a través de un dispositivo. Se excluyen los sonidos contenidos en cintas cinematográficas u obras audiovisuales.

De ambas definiciones podemos extraer que la relación entre estos dos elementos es de obra a soporte material.

Por otro lado, el Copyright Act no define qué se puede entender por composición musical, por lo que utilizaremos una definición propia del arte. La composición consiste en la creación de una pieza de música, para lo cual se combinan los elementos musicales resultando una expresión de ideas mediante el uso del sonido.

Al hablar de estos elementos musicales, Castrillón y Ríos señalan que:

De tiempo atrás, la arquitectura musical se ha estructurado con fundamento en cinco ejes o dimensiones: el horizontal (melodía), hoy llamado alturas, o de relaciones sonoras en el orden de sucesión, conforme se desarrollan en el tiempo (ritmo), hoy llamado: duración; el vertical, cuando concurren dos o más sonidos al tiempo (armonía), hoy llamado: densidad, dando lugar a un sonido armónico o disonante a manera de ensamble, organización u orden para que concurren a un mismo fin, un tercero que le concede un efecto tridimensional, de textura, relacionado con las cualidades o características del sonido (timbre), hoy denominado: transcientes, según las fuentes que los emiten. El quinto elemento que interviene en el proceso musical es el viejo denominado formas musicales, que hoy se le conoce con el nombre de: estructuras.³¹

Por tanto, podemos señalar que en la composición musical el sujeto del derecho es el compositor musical, el artista principal que crea la obra compuesta por melodía, ritmo,

³¹ CASTRILLÓN, Hernán; RÍOS, John. La Composición Musical Como Producto Tecnológico. Tecno Lógicas, núm. 14, julio, 2005, p. 163. En línea: <https://www.redalyc.org/pdf/3442/344234270009.pdf> Consultado el 24/05/2021.

armonía y letras principalmente. Cuando esa composición musical se interpreta, se graba, se mezcla y se masteriza, surge lo que se denomina *sound recording* (grabación sonora, o *master recording*). Esta grabación sonora suele ser una ejecución o interpretación de una composición, que debe quedar fijada en un medio mediante el cual pueda ser percibida, reproducida o comunicada³².

Esta dualidad de obras protegidas por el copyright suele causar confusión debido a que muchas veces ambos procesos son realizados en forma simultánea. En la misma línea, la titularidad sobre los derechos de la grabación sonora puede ser confusa debido a que ello dependerá de las estipulaciones contractuales entre las partes. De esta forma, la titularidad puede pertenecer al mismo compositor si es él quien la graba, masteriza y arregla en forma independiente, o a un sello discográfico, o bien a ambos. Sin embargo, en la práctica, cuando se entablan demandas por infracción al copyright ya sea sobre la composición o la grabación sonora, el actor siempre deberá acreditar la titularidad sobre ésta (cuestión que puede ser compleja debido a la falta de una base de datos centralizada).

Tabla comparativa copyright sobre la composición y grabación sonora³³

Criterio	Composición Musical	Grabación Sonora
En qué consiste	Música (melodía, ritmo y/o armonía expresada en escritura musical) y letras	Fijación de una serie de sonidos
Titular	Compositores Liricistas Escritores de canciones	Intérpretes/ejecutantes Productores que financian la grabación Ingenieros en sonido Compositor

³² U.S. Copyright Office: Copyright Registration of Musical Compositions and Sound Recordings. Circular 56^a, p. 1. <https://www.copyright.gov/circs/circ56a.pdf> Consultado 02/05/2021.

³³ *Ibíd*, P. 1.

Fijación	Copia (partitura musical impresa o en medio digital) Fonograma (mp3, CD, LP)	Fonograma (mp3, CD, LP)
----------	---	-------------------------

Tabla comparativa sobre los derechos que goza cada uno³⁴

Derecho	Composición Musical	Grabación
Reproducción	Sí	Sí
Adaptación	Sí	Sí
Distribución al público mediante cualquier forma de transferencia o arrendamiento	Sí	Sí
Ejecutarla públicamente	Sí	Limitado, sólo por medios digitales
Publicación, comunicación al público	Sí	No

El copyright sobre la composición musical cubre la música y letras (si es que existen), pero no protege a su titular respecto de una determinada interpretación de dicha composición que se halla fijada en un fonograma. Viceversa, el copyright sobre el fonograma sólo recae sobre la ejecución fijada, mas no la composición musical subyacente.

Para ejemplificar esta relación entre ambas obras, tomemos el ejemplo de la canción “Yesterday” de los Beatles. Ésta fue escrita y compuesta por Paul McCartney, por lo que es el titular del copyright sobre su composición musical. Luego, en 1965 los Beatles la interpretaron y grabaron con el sello EMI, quien pasó a tener derechos sobre esa determinada ejecución que quedó fijada en un fonograma (*sound recording*). Sobre esta

³⁴ Ibid, p. 2.

grabación son titulares del copyright tanto los artistas intérpretes (los Beatles) y la discográfica (EMI) porque así lo estipulaba el contrato que celebraron.

Ahora, la canción “Yesterday” ha sido objeto de muchos *covers* o versiones musicales (cerca de 3.000), pero vamos al ejemplo de Frank Sinatra. Cuando Sinatra realiza una versión musical de “Yesterday” en 1968, canta las mismas vocales, y la melodía y acordes que utiliza son casi idénticos a los originales, por lo que la canción original “Yesterday” de McCartney es reconocible como composición subyacente, pero la grabación sonora resulta diametralmente distinta. En ella podemos advertir la presencia de otra persona interpretando las vocales, otros instrumentos tocando los acordes y melodías en distinto tempo, etc. Entonces, podemos concluir que cada vez que se versione la canción “Yesterday”, se deberán regalías al titular sobre la composición musical (McCartney), mas no al sello discográfico dueño de la grabación sonora. Al contrario, cada vez que se ejecute al público la versión de 1965 de Yesterday grabada con EMI, el sello discográfico tendrá derecho a percibir regalías por ello.

Ahora bien, puede ocurrir que tanto el copyright sobre la composición musical como sobre la grabación sonora recaigan en la misma persona, como sería el caso de los artistas independientes, quienes suelen realizar todos los procesos de creación, grabación, masterización y demases en forma personal y bajo su propio presupuesto.

Otra gran diferencia que existe entre el copyright sobre la composición musical y el que recae sobre la grabación sonora consiste en que la institución de las licencias obligatorias solo alcanza las composiciones musicales, mas no las grabaciones sonoras. Estas licencias compulsorias (*compulsory license*), permiten a los artistas pagar regalías establecidas por reglamento y versionar las composiciones musicales y grabarlas sin necesidad de obtener la autorización del dueño del copyright sobre la composición original.³⁶ Esto no existe en el caso de las grabaciones sonoras, ya que se prevén las licencias compulsorias con el único fin de reproducir los fonogramas y distribuirlos al público siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos (que no existan otros en circulación). La doctrina ha discutido en relación

³⁶ 17 U.S.C. § 115(a)(1).

a este punto, preguntándose por qué no existe la institución de las licencias compulsorias en las grabaciones sonoras de la misma forma que existe para las composiciones musicales. La respuesta la da el § 114 del Copyright Act de 1976:

§ 114 · Scope of exclusive rights in sound recordings

The exclusive rights of the owner of copyright in a sound recording under clauses (1) and (2) of section 106 do not extend to the making or duplication of another sound recording that consists entirely of an independent fixation of other sounds, even though such sounds imitate or simulate those in the copyrighted sound recording.

Es decir, los derechos exclusivos de reproducción y creación de obras derivativas reservados al dueño del copyright sobre la grabación sonora no lo amparan frente a la creación de una nueva grabación sonora que imite o simule los de la suya, siempre y cuando esta nueva creación provenga de una fijación completamente distinta.

Para ciertos sectores de la doctrina, esto se puede explicar porque la protección a la grabación sonora no es de la misma naturaleza que la protección del copyright sobre las demás obras. Esta corriente caracteriza a las grabaciones sonoras como *entrepreneurial works* (obras de empresarios), y señalan que para ser protegidas por el copyright no requieren de originalidad en su forma de expresión, porque se protege una inversión económica y no artística³⁷. Sin embargo, esta postura no es pacífica, y los tribunales ya han señalado en controversias sobre samples que los fragmentos de grabaciones sonoras también requieren de originalidad en la forma de expresión para merecer tutela jurídica³⁸.

Esta protección que se extendió a las grabaciones sonoras es un fenómeno mundial que ocurrió en la década de 1970 bajo la dirección del Convenio de Ginebra para la Protección de Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas, que tenía como objeto amparar a los productores de fonogramas y sellos discográficos del fenómeno de la piratería. En un comienzo, el Copyright Act de 1909 protegía ciertas obras

³⁷ JACQUES, Sabine. Mash-ups and Mixes: what impact have the recent copyright reforms had on the legality of sampling? Draft for the Entertainment Law Review (Sweet & Maxwell), p.2.

³⁸ Por ejemplo, en *Newton v. Diamond*.

artísticas, dentro de las cuales encontramos las composiciones musicales, obras literarias, mapas, artes visuales, esculturas, entre otras, mas no las grabaciones sonoras. Lo anterior, porque en la época era más relevante proteger el ya consolidado y antiguo mercado de la venta de partituras musicales (*sheet music*), por sobre el de las grabaciones sonoras, simplemente porque los altos precios de los reproductores de fonogramas los hacían inalcanzables para los hogares, y, por ende, no existía un mercado para la piratería. En contraposición, sí existía un mercado de piratería para las partituras musicales, sobre todo por lo fácil y económico que era reproducirlas a gran escala. Las grabaciones sonoras pasaron a ser amparadas por el derecho recién en 1972 como una forma de proteger a los sellos discográficos del fenómeno de la piratería³⁹, el cual ya ocasionaba pérdidas cercanas a los 100 millones de dólares anuales a la gran industria. Esta protección se mantuvo en el Copyright Act de 1976 que es el estatuto vigente hasta hoy en día.

En esta dualidad de objetos protegidos por el copyright, las samples digitales suelen tener como objeto principal la grabación sonora fijada ya en una copia de fonograma y eventualmente pueden comprometer asimismo la composición musical. En este punto es relevante la institución de las licencias compulsorias que sí existe para las composiciones, mas no para las grabaciones sonoras. Por tanto, si el artista sampleante solicita al dueño del copyright sobre la grabación sonora la autorización para utilizar su obra y éste se niega, no hay nada que el artista pueda hacer para realizar la obra de todas formas, salvo imitar la grabación sonora. En cambio, si se trata de artistas intérpretes que quieran versionar una determinada composición musical, pueden pedir autorización al dueño del copyright, y si éste la deniega, se puede solicitar una licencia compulsoria para llevar a cabo la obra. De esta forma, podemos concluir que el control que ejerce el titular del copyright sobre la grabación sonora es mucho mayor en contraste con el que ejerce el artista sobre su composición musical. Esto se explica porque el solicitante a quien se le niega la licencia para samplear una grabación sonora es libre de imitarla en el estudio en virtud del § 114.

³⁹ SOMOANO, Leah: Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films: Has Unlicensed Digital Sampling of Copyrighted Sound Recordings Come to an End? Berkeley Technology Law Journal, 2006, Vol. 21, No. 1, ANNUAL REVIEW OF LAW AND TECHNOLOGY (2006), pp 289-290.

Sin embargo, algunos autores insisten en la necesidad de un sistema de licencias compulsorias para las grabaciones sonoras para poder disminuir los costos de entrada para nuevos artistas que utilicen el sample como una forma de producción musical. Esto sería beneficioso no sólo para los productores independientes, sino que también para los sellos discográficos que obtendrían remuneraciones de artistas que dejarían de optar por samplear sin autorización para disminuir costos⁴⁰.

2.2 EL DILEMA JURÍDICO DEL SAMPLE NO AUTORIZADO

Cuando un artista decide samplear una determinada canción debe licenciar su uso con el dueño del copyright sobre la obra, dependiendo si esta recae sobre la composición o sobre la grabación sonora. Si el artista no licencia el uso, o si el dueño del copyright sobre la canción no otorga la autorización correspondiente y se procede de todas formas, se genera un conflicto jurídicamente relevante donde el artista sampleante ha atentado contra el copyright del artista sampleado.

Ahora bien ¿por qué es necesario licenciar el uso? Porque un sample puede involucrar el ejercicio de dos derechos que se reconocen exclusivamente tanto al autor de la composición como al productor de fonogramas sobre sus fonogramas: el derecho de reproducción y/o el derecho a realizar adaptaciones, transformaciones u obras derivativas. Señalamos ambos derechos porque la jurisprudencia y doctrina no es clara al respecto, algunos se inclinan por transgresiones al derecho de reproducción⁴¹ y otros al derecho de adaptación⁴².

Sin embargo, si analizamos la práctica jurisprudencial del common law, puede suceder que los tribunales estimen tan pequeña la reproducción (es un fragmento) o el aporte de la obra

⁴⁰ NOREK, Josh. You Can't Sing without the Bling: The Toll of Excessive Sample License Fees on Creativity in Hip-Hop Music and the Need for a Compulsory Sound Recording Sample License System, 11 UCLA ENT. L. REV. (2004), p. 84.

⁴¹ JACQUES, Sabine. Ob. Cit. p.2.

⁴² Como por ejemplo, se determinó en Campbell v. Acuff-Rose (el sample como herramienta para crear parodias musicales, véase apartado 3.2).

originaria, que no se considere como una obra derivativa o que estime el uso como jurídicamente irrelevante (*de minimis*). El simple establecimiento de la existencia de una copia o reproducción no basta para acreditar una infracción al copyright por sí misma, es necesario además que esta apropiación sea sustancial⁴³.

Incluso, si el uso no autorizado es catalogado como relevante por los tribunales por lo que se desecha una defensa por uso mínimo, aún es posible que caiga dentro de las causales del *fair use*, por lo que deja de ser necesaria la autorización del dueño de copyright al configurarse una excepción a su monopolio sobre el uso de la obra. Entonces, como podemos ver, el proceso del sample se vuelve complejo porque no es factible determinar a priori si la nueva obra consistirá en una reproducción de una obra, una derivativa u originaria, si se podrá catalogar como un uso *de minimis*, o dentro de las causales del *fair use*.

Las causas por infracción de copyright se fallan según su propio mérito, caso a caso. Es por ello que no existe una regla de oro que permita asegurar que cierto uso no autorizado sea permitido por el ordenamiento jurídico, por lo que siempre se recomienda licenciar debidamente los usos. Si por tema de presupuesto no es posible respecto de todas las obras, al menos obtener la autorización para aquellas pistas sampleadas que son las más reconocibles.

2.3 LICENCIA PARA SAMPLEAR: CONTRATO DE SAMPLE CLEARANCE

Como señalamos en el apartado anterior, el uso de samples involucra el ejercicio de los derechos de reproducción y/o a realizar obras derivativas que son entregados por el legislador exclusiva y excluyentemente al dueño del copyright sobre sus obras. Es por esto, que es necesario que el artista sampleante obtenga autorización expresa de quien pretende samplear, preferentemente en forma escrita, para así evitar todo conflicto derivado de

⁴³ STEELE, Adam. Circuit Split: The Resurrection Of The De Minimis Exception To Actionable Copyright Infringement For Copyrighted Sound Recordings. Ohio State Business Law Journal Vol. 11.1 (2017) P. 44

copyright sobre una pieza musical. Esto es de magna importancia, sobre todo cuando el artista que samplea el track pretende comercializar su nueva creación y lucrar con ella. En el derecho comparado a este proceso se le denomina “*sample clearance*” y en los sellos más grandes es llevado a cabo por equipos de abogados dedicados al tema, llamados “*clearing houses*”.

Estas licencias se deben obtener no sólo del dueño de la grabación sonora o fonograma, sino que también del dueño del copyright sobre la composición musical.

Cabe señalar que encontrar el dueño de derechos no siempre es tarea fácil, debido a que no existe una base de datos unificada que registre derechos de copyright y sus transferencias. Actualmente en la industria se suele acudir a las bases de datos de entidades como la American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP) y Broadcast Music, Inc. (BMI), pero no existe garantía de que sus datos sobre copyright se encuentren actualizados. Sin ir más lejos, el año 2016 Spotify fue objeto de un sinnúmero de demandas por regalías no pagadas, lo cual el gigante del streaming no atribuyó a mala fe, sino que a la falta de certeza sobre quiénes eran los dueños de los derechos sobre composiciones y fonogramas, y por ende, desconocimiento sobre a quién se le debían las regalías⁴⁴. Es por ello que el Gobierno de Estados Unidos se encuentra actualmente desarrollando una base de datos unificada en fase piloto, que busca subsanar las complejidades anteriormente señaladas⁴⁵.

Por otro lado, podemos señalar que no existe una modalidad de contrato de licencia estandarizado debido a que ello es negociado caso a caso por las partes interesadas. Sin embargo, las modalidades más utilizadas consisten en: un pago único anticipado; un sistema de regalías basado en la cantidad de copias de fonogramas vendidas o *streameadas*; o, la cesión de parte de los derechos sobre la composición musical en el caso de estas obras.

⁴⁴ MASSAGLI, Angelo. The sample solution: How blockchain technology can clarify a divided copyright doctrine on music sampling, 27(1) U. Miami Bus. L. Rev. (2018), p. 136-137.

⁴⁵ <https://publicrecords.copyright.gov/>

Es usual que en la práctica estas modalidades sean fusionadas para acomodarse a los intereses de las partes.⁴⁶

De la misma manera, no existen precios estandarizados para licenciar samples, pero los pagos únicos dados en avance pueden ir desde los \$250 a \$5.000 dólares, mientras que las regalías por reproducción pueden ir desde el 15% al 50% de las ganancias totales⁴⁷. Incluso, el pago único en avance dado por una sample de más de tres segundos que se loopea a lo largo de la nueva canción puede ascender a más de \$10.000 dólares⁴⁸. En una entrevista telefónica con Tom Sarig, vicepresidente de A&R, de MCA Records, este señala que tratándose de grandes artistas del hip-hop, los presupuestos para grabación de nuevos álbumes bordean los \$300.000 dólares, y de ese monto, \$60.000 se suelen reservar sólo para licenciar samples. Si el artista se excede del presupuesto, el costo debe salir de su propio patrimonio⁴⁹.

Tomando en cuenta lo que pueden ascender los montos para licenciar samples, son claras las problemáticas que se generan para nuevos artistas o artistas independientes, para quienes el costo de licenciar una sample puede exceder el presupuesto total para la producción de un álbum. Es por ello que muchas veces estos optan por samplear sin autorización.

2.4 SOLUCIONES PRÁCTICAS AL DILEMA DEL SAMPLING

Tal como reseñamos en el apartado anterior, el sistema estadounidense de licencias para samplear muchas veces se encuentra apartado de la realidad de los jóvenes productores independientes que no cuentan con el presupuesto necesario para pagar por los altos montos que pueden llegar a fijar los grandes sellos. No obstante, los artistas y productores siguen sampleando, con o sin licencia, ello es una realidad y debemos reconocerlo. Es por

⁴⁶ SZYMANSKI, Robert. Audio Pastiche: Digital Sampling, Intermediate Copying, Fair Use, 3 UCLA Ent. L. Rev. (1996) p. 292-294.

⁴⁷ <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/permission-sampled-music-sample-clearance-30165.html>. Consultado el 22/06/2021.

⁴⁸ NOREK, Josh. Ob. Cit. p. 89.

⁴⁹ *Ibíd*, p. 90.

ello, que existen ciertas prácticas en el sampling que tienen como finalidad minimizar el riesgo de litigios al momento de samplear sin autorización. Dentro de ellas encontramos:

1. Samplear grabaciones sonoras previas al Sound Recording Act de 1971. Estas no se encuentran protegidas por el copyright y pueden ser copiadas libremente. Inconveniente: composición musical subyacente sí está protegida.
2. Samplear tracks poco conocidos de catálogos de sellos independientes. En la actualidad los sellos discográficos más grandes cuentan con equipos de profesionales que buscan usos de samples no autorizadas en los lanzamientos de música para efectos de entablar demandas a través de sus equipos de abogados. Sin embargo, ella no es la realidad de los sellos independientes que pueden no contar con los recursos o el tiempo para tomar aquella vía.
3. Tratándose de samples sobre las grabaciones sonoras, una solución simple es imitar los sonidos en el estudio y realizar una grabación nueva e independiente. Esto, porque el § 114 del Copyright Act lo permite expresamente. Ahora, esto no obsta a que en ciertos casos se deba también licenciar la composición musical subyacente. Incluso, si se desea evadir el licenciamiento de la composición musical, se pueden alterar elementos compositivos para que al menos aquel uso sea debatible y desincentivar la inclinación a litigar de los dueños del copyright.
4. Por último, existe una especie de regla *de facto* popular en la industria donde los productores buscan samplear fragmentos menores a 3 segundos en la creencia errónea de que ello es permitido. Sin embargo, como veremos más adelante en el análisis de la jurisprudencia, ello no es cierto, ya que en ciertos casos se han establecido infracciones al copyright por samples de sólo 2 segundos⁵⁰.

⁵⁰ Véase *Bridgeport Music, Inc v. Dimension Films* 410 F. 3d 792 (6th Cir. 2005).

2.5 DAÑOS OCASIONADOS PRODUCTO DEL SAMPLING NO

AUTORIZADO

El § 504 del Copyright Act de 1976 establece que, una vez acreditada la infracción al copyright, el infractor responderá por el daño efectivamente producido, o por los daños estatuarios establecidos en el mismo cuerpo normativo.

Tratándose del daño efectivamente producido, éste comprende todos los daños que son directa consecuencia del uso no autorizado de la obra y el provecho económico recibido por el infractor, lo que se traduce en pagos por concepto de licencia y regalías no percibidas⁵¹. La cuantía de estos daños debe ser probada por el actor, por lo que recae sobre el demandante la carga de acreditar la existencia de una relación causal entre la infracción del demandado y el perjuicio sufrido y alegado en la demanda⁵².

Sin embargo, existen los daños estatuarios que cuentan con la ventaja que no requiere ser probada su cuantía. Ellos fluctúan entre \$750 y \$30.000 dólares, suma que debe ser determinada por el tribunal en prudencia. Sin embargo, la misma norma establece que si el actor logra probar que el infractor actuó a sabiendas copiando de mala fe la obra (*willful infringer*), se pueden conceder daños estatuarios que asciendan a la suma de \$150.000 dólares como una forma de daño punitivo. Al contrario, si el juez determina que la infracción ocurrió de manera casual y que el infractor no tenía forma de prever la conducta dañosa, se puede reducir la cuantía de daños estatuarios a no menos de \$200 dólares.

El tipo de infracciones que se ocasionan producto del uso de samples no autorizadas se pueden aproximar a la figura de actos de competencia desleal, toda vez que se da entre dos artistas potencialmente competidores en el mercado.

⁵¹ GOOLD, Patrick. Unbuilding the “Tort” of Copyright Infringement. Virginia Law Review, December 2016, Vol. 102, No. 8 (December 2016) p. 1860.

⁵² Key West Hand Print Fabrics, Inc. v. Serbin, Inc., 269 F. Supp. 605, 613 (S.D.Fla. 1965).

En relación al daño alegado en causas de copyright, la jurisprudencia estadounidense ha señalado:

En *Campbell v. Acuff-Rose Music*⁵³ la corte señaló que no fue suficientemente acreditado por los demandantes que la creación de la parodia de 2 Live Crew haya provocado una desviación de consumidores de la obra original a la derivativa, por lo que el uso fue finalmente calificado como un *fair use*, no dando lugar a pagos indemnizatorios.

De la misma forma se razona en *Author's Guild v. Google inc*⁵⁴. Tomando en consideración que la vista previa ofrecida por la plataforma de Google no funcionaba como una sustitución de mercado, sino que actuaba más bien como un incentivo para la compra de obras originales, el uso fue catalogado como *fair use* por no existir un verdadero daño que se traduzca en detrimento económico para el actor.

En *Jarvis v. A&M Records*, la Corte sostuvo que no existió daño o menoscabo al derecho a crear obras derivativas cuando el demandado sampleó sin autorización el año 1990 una canción de 1982. Lo anterior, porque ya había pasado un tiempo razonable para que el autor originario hiciera una remezcla de la obra originaria, por lo que no dio a lugar a daños por pérdida de un beneficio económico esperable de haber realizado la obra derivada⁵⁵.

⁵³ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994) 593-94.

⁵⁴ *195 Authors Guild v. Google Inc.*, 954 F. Supp. 2d 282, 286-87 (S.D.N.Y. 2013), *aff d*, 804 F.3d 202 (2d Cir 2015).

⁵⁵ *Jarvis v. A&M Records*, 827 F. Supp. 282 (D.N.J. 1993).

CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

La masificación de la técnica del sampling en la década de 1990 provocó un alza exponencial de juicios en la materia, donde los dueños del copyright sobre la grabación sonora y/o composición musical subyacente sostienen que su uso no autorizado por parte de terceras personas constituye un atentado a sus derechos.

En este capítulo revisaremos cómo proceden los tribunales para determinar si un uso no autorizado infringe o no el copyright ajeno, para luego revisar las sentencias más relevantes de las Cortes norteamericanas.

3.1 ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE EXISTA INFRACCIÓN AL COPYRIGHT

La principal pregunta que se debe hacer cuando se discute sobre la infracción al copyright por incluir samples sin autorización en una nueva obra es: ¿Cuándo una nueva obra transforma una pretérita, y cuándo se trata simplemente de una copia?⁵⁶. El sólo hecho de

⁵⁶ LEWIS, Nicholas. *Shades of Grey: Can the Copyright Fair Use Defense Adapt to New Re-Contextualized Forms of Music and Art?*, 55 AM. U. L. REV. 267, 269 (2005).

utilizar una obra no constituye per sé una infracción digna de tutela judicial. Ello ocurre solamente cuando la utilización es lo suficientemente cualitativa o cuantitativamente relevante como para atentar contra los derechos del autor⁵⁷. Como se puede avizorar, el uso de samples en la producción musical linda entre la reproducción y la adaptación, porque si bien se copia un fragmento reducido de obra, ella es transformada en una nueva expresión que, si cuenta con originalidad, en ciertos casos es digna de tutela.

Si se trata de reproducción, el titular del copyright deberá probar a grandes rasgos que: (1) el demandado efectivamente copió una obra protegida y (2) la extensión de la copia es cualitativa y cuantitativamente relevante, presentando una “similitud sustancial” con la obra del demandante, porque de lo contrario se podría calificar como un uso *de minimis* o no relevante jurídicamente. Aún probándose ambos elementos, en el derecho comparado, el demandado cuenta con una excepción: el *fair use* o justo uso.

Si el tribunal estima que el aporte de la canción sampleada a la nueva canción es sustancial, se ha transgredido el derecho a reproducción exclusivo del autor o productor de fonogramas. De la misma forma, si del uso no autorizado resulta una obra derivativa, el derecho de reproducción necesariamente ha sido igualmente transgredido. En ambos casos, el tribunal deberá establecer un monto indemnizatorio para resarcir los daños patrimoniales sufridos por el dueño del copyright.

Lo complejo de la materia es consecuencia de que el sampling musical consiste en una literal copia de un fragmento de obra que se incluye en una nueva. Esto, sin embargo, no significa que en el proceso no exista creatividad, originalidad y modificaciones al fragmento copiado, por ello es que se sostiene reiteradamente por la doctrina comparada que sí se trata de una expresión artística legítima que merece ser reconocida y asegurada por el copyright. Al contrario, esto de ninguna forma significa una carta blanca para que todo quien lo desee se apropie de expresiones artísticas ajenas sin que existan consecuencias ulteriores.

⁵⁷ Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (1946), 473.

Esta pugna de intereses contradictorios entre los dueños de copyright sobre sus obras, y, por otro lado, el interés de la sociedad en estimular la creación de obras transformativas para lograr el progreso de las artes, es lo que vuelve estos conflictos en causas complejas donde se deben abordar no solo perspectivas jurídicas, sino que también estéticas, sociales y económicas que entran en juego entre sí.

3.1.1 Prueba de la similitud sustancial

Tal como lo señala el nombre de este “test”, las Cortes han establecido que existirá infracción al copyright toda vez que los elementos principales de ambas composiciones sean sustancialmente similares. A contrario sensu, si la apropiación es considerada por la Corte como mínima (*de minimis*⁵⁸), trivial, o insignificante, este acto de copia no constituye una infracción al derecho de autor⁵⁹. Sin embargo, no existe un parámetro claro para determinar cuándo el acto de apropiación es mínimo, trivial o insignificante, por lo que se debe analizar por el tribunal caso a caso.

La finalidad del sistema de la similitud sustancial es encontrar el equilibrio justo entre brindar protección al autor de la obra originaria, y estimular la creación de nuevas obras originales que son realizadas tomando pequeños fragmentos de obras previas.

El test de la similitud sustancial se suele utilizar para infracciones al copyright en todo tipo de obras protegidas. Al analizar las similitudes que pueden resultar entre ambas obras, estas pueden ser similitudes comprensivas no literales o similitudes fragmento-literales⁶⁰. Tratándose de samples, las similitudes siempre serán fragmento-literales, porque el trabajo “copiado” es una copia exacta o muy similar del trabajo original. Entonces,

⁵⁸ *De minimis non curat lex*, expresión en latín que significa que la ley no se ocupa de asuntos intrascendentes. En el derecho anglosajón es una máxima utilizada por los jueces, según criterios particulares de la causa que se conoce, para desecharla por no tratarse de una controversia que amerite tutela jurisdiccional por intrascendencia. Para más información véase Veech, Max y Moon, Charles. *De Minimis Non Curat Lex*, Michigan Law Review, Vol. 45, No. 5 (Mar., 1947), pp. 537-570. En línea <https://www.jstor.org/stable/1283494>

⁵⁹ BALDWIN, Adam. Music Sampling and the De Minimis Defense: A Copyright Law Standard, 19 UIC REV. Intell. Prop. L. (2020) P.313.

⁶⁰ NIMMER, Melville & NIMMER, David. Nimmer on Copyright § 13.03[A]; (2003)

la cuestión gira en torno a un análisis cualitativo y cuantitativo. El cualitativo consiste en determinar qué tan esencial es la porción copiada o sampleada en el nuevo track: por ejemplo, si es el estribillo principal de la canción, si forma parte principal del coro, si el consumidor promedio la puede reconocer y relacionar de inmediato con la obra original, entre otras. El análisis cuantitativo en cambio, consiste en determinar si la duración del fragmento copiado e incorporado a la nueva obra es excesivo o ínfimo en relación a la duración total de la nueva obra. Como se puede apreciar, para realizar este análisis se deben considerar no solo criterios normativos, sino que también estético-musicales, por lo que es usual que se acompañen peritajes de musicólogos expertos en la materia⁶¹.

Sin embargo, no debemos olvidar que para que exista infracción al copyright, es menester que se haya copiado una expresión original. En materia de samples, para que el titular de derechos sobre la grabación sonora o la composición vea satisfecha su pretensión, es necesario que el fragmento copiado por el demandado sea una expresión lo suficientemente original como para merecer protección. A contrario sensu, frases clichés y progresiones simples de acordes que son utilizadas masivamente en la industria no se encuentran amparadas⁶². Sin embargo, no todos los tribunales están de acuerdo con esta postura, ya que, por ejemplo, en *Brigeport Music v. Dimension Films*, la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito estableció que los fonogramas son protegidos como un todo y en cada una de sus partes individualmente consideradas, sin importar si el fragmento tomado cuenta con originalidad o no. Como veremos más adelante, el tribunal adopta esta postura en razón de que lo que protege el copyright sobre el fonograma es la inversión económica realizada por el productor de fonogramas para poder dar origen a esta obra, la cual se encuentra presente en el todo y en cada segundo de la grabación (postura muy criticada por la doctrina y demás Cortes de Circuito, como veremos más adelante).

⁶¹ BRUCE, Jenna. *Sampling & New Independent Dance Labels: The Importance of Understanding Copyright Law*, p. 2. <http://www.musiclawupdates.com/?p=223>. Consultado el 14/07/2021.

⁶² *Jarvis v. A & M Records*, 827 F. Supp. 282 (D.N.J 1993).

En *Newton v. Diamond*, el tribunal estableció que el uso será *de minimis* si un oyente promedio no puede reconocer la apropiación alegada⁶³, parámetro que se ha seguido por otros tribunales. Un problema que podemos identificar en este test es que como se trata de una construcción jurisprudencial que depende del caso a caso, no sabemos a priori para quién debe existir similitud sustancial entre las obras. En ciertos casos, se utiliza el parámetro del oyente a quien va dirigida la obra (*intended audience/consumer*), en otros el hombre razonable (*ordinary observer*), y, por último, el experto en la materia⁶⁴. Para Patrick Goold, bajo un análisis económico, el test de la similitud sustancial debiese ser realizado bajo el parámetro del consumidor a quien va dirigida la obra (*intended audience/consumer*). Ello, porque la controversia gira en torno a dos artistas competidores, donde uno de ellos (el sampleante) puede potencialmente interferir en el interés del otro (el sampleado) a obtener ganancias por transacciones con los consumidores de su obra. El daño patrimonial se verifica cuando la nueva obra es tan similar a la anterior sampleada, que se produce una sustitución en la oferta del mercado, donde la canción que contiene el sample satisface la misma demanda⁶⁵.

En definitiva, el fundamento detrás de este análisis de similaridad estriba en que la constitución de Estados Unidos establece que la principal función del copyright es promover el progreso de las ciencias y artes⁶⁶, por lo que la preocupación de los tribunales no debiese ser la de proteger en forma absoluta las creaciones ya existentes, porque ello desincentivaría la creación de nuevas obras. Más bien, se busca que a través de apropiaciones ínfimas se estimule la creación de nuevas obras y así se eleve el número total de ellas con el paso del tiempo.

Dentro de un litigio por uso no autorizado de samples, la estrategia empleada por los demandados suele ser alegar en lo principal un uso *de minimis*, el que quedará a criterio del tribunal luego de realizado el análisis de la similitud sustancial. Sin embargo, aún cuando el

⁶³ "Copying has occurred to such a trivial extent as to fall below the quantitative threshold of substantial similarity." Nimmer on Copyright § 13.03(A) 13-27 (2017).

⁶⁴ GOOLD, Patrick. Ob. Cit. pp. 1846-1846.

⁶⁵ *Ibíd.* P. 1879.

⁶⁶ U.S. CONST. art. I, § 8, ci. 8.

tribunal ha determinado que existe una infracción debido al nivel de similaridad entre las obras, aún queda una excepción que puede hacer valer el demandado: el *fair use* o uso justo.

3.1.2 Fair Use

El fair use se puede definir como “*el uso razonable y limitado de una obra sin la autorización de su autor.*”⁶⁷ Su naturaleza jurídica es muy discutida en la doctrina, señalando algunos autores que éste es un principio del ordenamiento jurídico que deriva de la Constitución (el ya citado art. I sección 8, cláusula 8) y que ha sido positivizado en leyes⁶⁸. Otros, señalan que se trataría más bien de un mecanismo de defensa, y, por último, hay quienes señalan que se trata de un privilegio⁶⁹.

Esta doctrina, principio, privilegio o derecho, se suele invocar por la demandada como una defensa en el respectivo litigio sobre uso no autorizado de una obra, para evitar una sentencia desfavorable que catalogue el uso como una infracción a los derechos del titular legítimo. Si el juez estima concurrente una causal de *fair use* según los parámetros legales y jurisprudenciales, entonces el demandado no se encontraba en la obligación legal de solicitar la autorización para utilizarla, por lo que sólo queda desechar la demanda.

Si bien en Chile no existe un sistema normativo de *fair use*, en Estados Unidos existe reconocimiento normativo explícito en el Copyright Act de 1976, además de una nutrida jurisprudencia que ha interpretado los preceptos en diversos litigios, incluidos algunos iniciados por usos de samples no autorizadas. Así el apartado 107 señala en forma no taxativa los casos en que existe *fair use*, y los requisitos que debe ponderar el juez para estimarlo procedente:

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means

⁶⁷ Black's Law Dictionary, (8th ed. 2004), p. 634.

⁶⁸ Sección 107 del Copyright Act de 1976.

⁶⁹ CÓRDOBA, Juan. Jura in Opere Aliena: una revisión a la naturaleza de las excepciones y limitaciones al Derecho de Autor. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Año 8 - No. 15 - enero/junio de 2015. P. 26-27.

specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

Este artículo dispone que, sin perjuicio de los derechos que le pertenecen exclusivamente al autor, a reproducir, realizar obras derivativas, distribuirla, a comunicarla al público, entre otros, su justa utilización por un tercero con fines de crítica, comentario, reportajes noticiosos, educativos, o de investigación, no se considerará como una infracción a los derechos de autor. Luego, la norma prevé los factores que debe ponderar el juez para determinar en el caso concreto si un determinado uso ha sido justo (constitutivo de *fair use*). Estos factores son 4:

1) El motivo que subyace al uso no autorizado. Se debe tener en especial consideración si se ha realizado con fines lucrativos o no lucrativos.

Generalmente, si se trata de un uso comercial, este factor va a ponderar en contra del demandado⁷⁰. En el caso típico de uso no autorizado de samples, lo más probable es que el artista sampleante comercialice su canción, razón por la cual el tribunal ponderará el criterio en su contra. Distinto sería si no se comercializa el track, o si se distribuye en forma gratuita para fines educativos, por ejemplo.

⁷⁰ Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 449 (1984). El tribunal señala que se puede presumir un uso injusto cuando existen fines comerciales o lucrativos detrás de éste.

2) La naturaleza de la obra utilizada.

Este criterio se pondera en contra del uso justo cuando la obra originaria utilizada es una que implica destreza creativa e imaginativa por parte del autor, en oposición a una obra meramente informativa. El alcance del *fair use* será mayor si se trata de obras que compilan información o datos. Tratándose de samples musicales, el factor se ponderará en contra del demandado que samplea porque se suelen tomar fragmentos de composiciones musicales, o de las grabaciones de estas obras cuando son interpretadas, ambos trabajos esencialmente creativos.

3) La magnitud y sustancialidad del fragmento utilizado en relación a la totalidad de la obra protegida.

Este criterio suele ser similar al que se analiza en las defensas *de minimis*, ponderando el tribunal si el fragmento de la sample utilizada es importante tanto cuantitativamente como cualitativamente. Esto dependerá de las circunstancias concretas de cada controversia, pero tratándose de samples es usual que el fragmento utilizado sea cuantitativamente bajo. Ahora bien, la importancia cualitativa del fragmento puede ser relevante o no, dependiendo de si forma parte de sus melodías principales o si, al contrario, es difícilmente reconocible por un escucha promedio. Este será uno de los criterios más importantes en este tipo de defensas y gran parte de la discusión girará en torno a este elemento que linda en lo estético.

4) El impacto que tiene el uso no autorizado en relación al mercado en el que se inserta la obra protegida y utilizada.

Este factor es uno de orden económico y suele ser favorable para el demandado sampleante. El uso de una sample pretérita difícilmente va a sustituir a la obra originaria en el mercado, si tenemos en consideración que usualmente los fragmentos se adaptan a otros géneros que apuntan a un público distinto. Es más, incluso podría afirmarse que cuando la sample es fácilmente reconocible, cumple una función de estímulo para el mercado de la canción originaria, debido a que amplía el espectro de consumidores a un público que no era el usual y que conoce la canción a través de esta sample adaptada.

De la misma forma han fallado los tribunales en *Authors Guild v. Google inc*⁷¹, donde el gremio de autores estadounidenses demanda a Google por usos no autorizados de obras literarias a través de la plataforma Google Books. La plataforma consiste en un proyecto que digitaliza obras literarias y las almacena en bases de datos, permitiendo a los usuarios de internet acceso limitado y gratuito a una muestra (*sample*) de las obras. El tribunal de primera instancia y segunda instancia razonó que se configuraba un uso justo debido a que el acceso gratuito a las muestras digitales de las obras literarias no menoscababa el mercado de las obras, sino más bien, actuaba como un estímulo para el consumo de las mismas⁷².

Sin ir más lejos, tomemos un ejemplo concreto en la música latina actual. La canción “*Callaíta*” del artista de Reggaetón Bad Bunny cuenta con una sample de 24 segundos de duración de la canción “*Alócate*” del reggaetonero Zion. El sample está ubicado en el *outro* de la canción y consiste en las vocales del tema original, a las cuales se les aplicó un filtro de tonos para hacerla sonar distorsionada y más calmada. Sin perjuicio de las modificaciones, es claro de qué canción se trata: en una entrevista⁷³ el productor de “*Callaíta*”, Tainy, deja claro que el sample es un homenaje a una de sus canciones favoritas del Reggaetón de antaño, un guiño a una canción que marcó su adolescencia. “*Callaíta*” fue estrenada el 31 de mayo de 2019, y si consultamos la plataforma Google Trends⁷⁴, podemos constatar que la popularidad y búsqueda de Youtube de la canción original, “*Alócate*” de Zion, experimentó un aumento abrumador tras la publicación de “*Callaíta*”, la cual alcanzó 100 puntos en el índice de búsquedas durante junio del 2019: todo gracias a la reconocible sample utilizada por el nuevo artista.

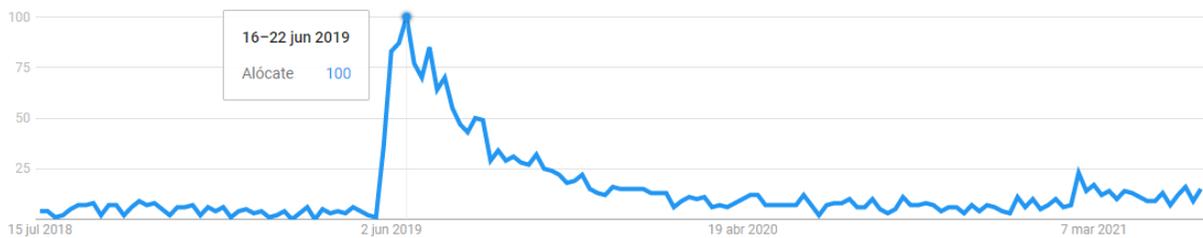
⁷¹ *Authors Guild v. Google Inc.*, 954 F. Supp. 2d 282, 286-87 (S.D.N.Y. 2013), *aff d*, 804 F.3d 202 (2d Cir 2015).

⁷² GOOLD, Patrick. Ob. cit. p. 1861.

⁷³ Genius Deconstructed: “The Making of Bad Bunny & Tainy’s *Callaíta* with Tainy”. En youtube: https://www.youtube.com/watch?v=0cHXwZr_wL8. Consultado el 21/06/2021.

⁷⁴ <https://trends.google.es/trends/explore?cat=35&date=2018-07-10%202021-06-21&gprop=youtube&q=%2Fg%2F11b67d7ylf>. Consultado el 21/06/2021.

Interés a lo largo del tiempo ?



El mismo fenómeno ha sido identificado con el álbum de 1993 *“Hand on the Torch”* de los británicos US3. Esta banda de nu-jazz/hip-hop firmó con el mítico sello de jazz Blue Note Records, quienes autorizaron a US3 para samplear todo su catálogo de artistas para liberar el álbum. El resultado fue un LP de 13 canciones que cuenta con samples de Herbie Hancock, Art Blakey, Thelonius Monk, Donald Byrd, entre otros. En una entrevista telefónica, Tom Evered, consultor de Marketing de EMI Music Nueva York, señala que luego del éxito de *“Hand on the Torch”* de US3, Blue Note fue rápida en capitalizar las ganancias y produjo compilaciones de los artistas sampleados que fueron liberadas al año siguiente. En 1994, la compilación *Cantaloupe Island* de Herbie Hancock pasó de vender 15.000 copias anuales a 60.000, es decir, un 300% de aumento en ventas. El entrevistado asegura que ello ocurrió gracias al nuevo público (más joven) que accedió a la música de Hancock luego de escuchar el álbum de US3⁷⁵.

⁷⁵ NOREK, Josh. You can't sing without the bling: The toll of excessive sample license fees on creativity in hip-hop music and the need for a compulsory sound recording sample license system, 11(1) UCLA Ent. L. Rev. (2004), p. 97-98.

3.2 JURISPRUDENCIA

Grand Upright Music v. Warner Brothers Inc.⁷⁶

Esta sentencia es conocida por ser la primera en abordar explícitamente una controversia por sample musical y por comenzar con la frase “no has de robar”⁷⁷ del séptimo mandamiento, por lo que no sorprende el fuerte contenido cristiano-moral que permea el fallo.

Esta gira en torno a una sample utilizada por el rapero Biz Markie, quien tomó un fragmento de 3 palabras de la composición de Raymond Sullivan “*Alone Again (Naturally)*”, y la tituló “*Alone Again*”. Previo a la demanda, los demandados intentaron obtener una licencia sobre la composición, la cual fue denegada por el dueño, frente a lo cual decidieron samplear de todas formas.

El problema de este fallo es que no cuenta con un análisis sustancial sobre el dilema del sample musical, toda vez que el tribunal sólo se encarga de determinar quién es el dueño de la composición, y una vez acreditado, estima configurada la infracción en forma automática. El hecho que los demandados hayan optado por reconocer el uso del sample no debiese ser considerado como un allanamiento, ni obsta a que el tribunal pueda hacer un análisis de similaridad sustancial para catalogarlo como *de minimis* o realizar un análisis de *fair use*.

El juez Kevin Duffy estima que los demandados demostraron una reprochable indiferencia hacia las normas establecidas, por lo que ordena que todos los álbumes que contienen la sample no autorizada sean retirados del mercado, y no siendo ello suficiente, ordena que la fiscalía de Nueva York investigue las eventuales responsabilidades penales derivadas del acto⁷⁸.

⁷⁶ Grand Upright Music v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991). En línea <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/780/182/1445286/> Consultado el 01/08/2021.

⁷⁷ Thou Shalt Not Steal.

⁷⁸ Grand Upright, 780 F. Supp., 185.

La doctrina norteamericana critica fuertemente la sentencia no sólo por su poco contenido jurídico, sino que también por el trato despectivo que se hace del hip-hop como género, asimilando la técnica del sample con el hurto. La terminología utilizada para describir la técnica es propia de los delitos contra la propiedad material, siendo que se trata de un contexto de producción de bienes inmateriales, música en específico⁷⁹.

Por otro lado, podemos señalar que en esta época era común que los demandantes sólo alegaran una infracción al copyright sobre la composición musical subyacente, mas no sobre la grabación sonora, razón por la que dicha discusión tuvo que esperar años para ser abordada por las Cortes en *Newton v. Diamond*.

La importancia de este fallo radica en que dio término a la “época dorada del sample”, periodo comprendido entre los fines de los 80’s a 1991, y, en cambio, se abrió en forma masiva el mercado de licenciamiento para el uso de composiciones y grabaciones sonoras⁸⁰. No obstante, como el sample era una expresión artística novedosa y en ascenso en varios géneros musicales, los litigios en la materia escalaron en vez de disminuir.

Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.⁸¹

Este es un fallo que emana de la Corte Suprema de Estados Unidos y que establece un importante precedente en materia de sample. En él se sostiene que la naturaleza comercial de una parodia no impide que se pueda calificar el uso no autorizado de una obra previa como un *fair use*. Mas bien, el carácter lucrativo de la parodia sólo es uno de los 4 factores que debe ponderar el juez al momento de catalogar el uso como justo o injusto.

La causa comienza por una demanda de Acuff-Rose Music Inc. en contra de la banda “2 Live Crew” y su sello discográfico, alegando que la canción “*Pretty Woman*” del disco *As Clean*

⁷⁹ Schur, Richard. *Critical Race Theory, Signifyin’, and Cultural Ownership, Parodies of Ownership*, University of Michigan Press; Digitalculturebooks. P. 38 En línea <http://www.jstor.com/stable/j.ctv65sx2s.6> Consultado el 11/11/2022.

⁸⁰ SHULTZ, Brooke. *Sound Recordings: Get a License or Do Not Sample*, 7 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 327 (2005) P. 329.

⁸¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994). En línea <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1994%20Campbell%20Abridged.pdf> Consultado el 01/08/2021.

as *They Wanna Be* infringe el copyright sobre la canción “*Oh, Pretty Woman*” de Roy Orbison. El tribunal de primera instancia falla a favor de los demandados sosteniendo que la canción constituía una parodia por lo que caía dentro de una hipótesis de *fair use* del §107 del Copyright Act de 1976. Luego, la Corte de Apelaciones revocó el fallo de primera instancia, desechando la defensa del *fair use* esgrimida por los demandados y funda el fallo ponderando los 4 factores del §107 de la siguiente forma: en relación al primer factor, la naturaleza comercial y lucrativa de la parodia de los demandados; en relación al tercero, que el uso es cualitativamente relevante porque copia el motivo principal de la canción; y por último, estima acreditado el daño al mercado de la canción originaria por el carácter lucrativo de la nueva obra. Los demandados recurren ante la Corte Suprema, quien revoca el fallo de segunda instancia y cataloga la obra como una parodia amparada bajo el *fair use* del §107.

Primero, recordemos los 4 factores que establece el §107 para establecer la existencia del *fair use*:

- 1) El motivo que subyace al uso no autorizado. Se debe tener en especial consideración si se ha realizado con fines lucrativos o no lucrativos.
- 2) La naturaleza de la obra utilizada.
- 3) La magnitud y sustancialidad del fragmento utilizado en relación a la totalidad de la obra protegida.
- 4) El impacto que tiene el uso no autorizado en relación al mercado en el que se inserta la obra protegida y utilizada.

La Corte Suprema razonó que la Corte de Apelaciones había dado mucho énfasis al cuarto factor en el análisis, no ponderándolo adecuadamente en conjunto con los demás. En relación al tercer factor, señala que el tribunal de segunda instancia yerra al establecer que se ha copiado en forma excesiva la obra originaria de Roy Orbison. Si bien, la canción de 2 Live Crew toma el primer verso de la canción y el riff del bajo, ello es necesario para poder identificar la obra derivativa como una parodia de la originaria. Es más, la obra derivativa sólo toma algunos elementos centrales de la originaria (para lograr la identificación), y luego

incorpora nuevas letras, pistas instrumentales, e incluso cambia de género musical del rock and roll clásico al rap. Por tanto, concluye que, si bien se copian ciertos elementos, ello no es excesivo tomando en consideración que se trata de una parodia, por lo que tiene que existir una clara alusión al objeto parodiado:

Parody presents a difficult case. Parody's humor, or in any event its comment, necessarily springs from recognizable allusion to its object through distorted imitation. Its art lies in the tension between a known original and its parodic twin. When parody takes aim at a particular original work, the parody must be able to "conjure up" at least enough of that original to make the object of its critical wit recognizable⁸².

En lo que el cuarto factor respecta, la Corte de apelaciones se equivoca al presumir por acreditado el daño al mercado propio de la canción originaria al tratarse de una parodia comercial con fines de lucro. Lo que el tribunal debe analizar es si la nueva obra produce un daño en el mercado de la obra originaria por sustitución de la oferta, además de tener un público objetivo idéntico o similar. Es evidente que el mercado del clásico del rock and roll "Oh, Pretty Woman" de Roy Orbison, difiere sustancialmente del público que consume la parodia rapeada de los 2 Live Crew. Género musical, rango etario de los oyentes, y canales publicitarios son solo algunos de los factores que determinan que los potenciales mercados de ambas obras no apuntan al mismo consumidor⁸³.

Además, señala que no basta sólo con el análisis de los cuatro factores del *fair use*, sino que, para esgrimir una defensa de parodia, es necesario que ella sea tal y no sea utilizada como un subterfugio para atentar contra el copyright ajeno. Se debe tratar de una obra derivativa que toma elementos de la originaria transformándolos con un nuevo significado, mensaje o sentimiento. Ello se determina examinando si un observador imparcial es capaz de discernir la naturaleza de parodia de la obra.

Para concluir, este fallo es importante porque emana del máximo tribunal (Corte Suprema) y analiza profundamente los 4 factores a considerar para catalogar un uso determinado

⁸² Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994), 588.

⁸³ *Ibíd*, 593-594.

como *fair use* cuando se trata específicamente de un sample musical. Por otra parte, también se considera como una pequeña luz al final del túnel para los artistas sampleantes, toda vez que deja a salvo la defensa del uso justo bajo la figura de la parodia. También, podemos añadir que se trata de un caso novedoso, porque a través del sample no se atentó solamente contra el derecho de reproducción, sino que además contra el derecho a realizar obras derivativas, porque la parodia es un ejemplo clásico de éstas. Finalmente, la doctrina resalta que este fallo es de magna importancia porque es la primera vez que la Suprema Corte utiliza el concepto de uso transformativo (*transformative use*) como un factor determinante para el análisis caso a caso⁸⁴.

Por otro lado, esta sentencia puede ser utilizada como base para comenzar a enmarcar las samples bajo el género del *pastiche* y así ampararlas como usos transformativos constitutivos de *fair use*. Sobre todo, si tenemos en consideración que, en el caso ya citado, el tribunal supremo reconoció la necesidad de apropiarse de una porción no menor de la obra originaria para poder lograr el reconocimiento del público al objeto parodiado, cuestión sería idéntica tratándose del género *pastiche* y muy afín al arte de samplear. Ambos géneros comparten la referencia a una obra previa reconocible, pero a través de un uso transformativo original y meritorio de protección por el ordenamiento jurídico.

Williams v. Broadus⁸⁵

La siguiente causa se desarrolla ante el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, mismo tribunal que diez años atrás determinó en *Grand Upright v. Warner Bros.* que todo uso no autorizado de samples constituía un *hurto*. Sin embargo, en el presente procedimiento el Juez Michael Mukasey se aleja de dicho precedente y procede en un análisis más fino que contribuye al desarrollo de la doctrina para solucionar estas contiendas derivadas del uso

⁸⁴ RENGIFO, Ernesto. El papel del juez frente a las limitaciones y excepciones al derecho de autor en los países de tradición continental. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Año 8 - No. 15 - enero/junio de 2015. P. 72

⁸⁵ Williams v. Broadus 99 Civ. 10957 MBM (S.D.N.Y. 2001). En línea https://casetext.com/case/williams-v-broadus?_cf_chl_jschl_tk__=pmd_ca099e3ac8c83d1376e2f00c365ef196ab9c3431-1627858627-0-ggNtZGzNAiKjcnBszQIO Consultado el 01/08/2021.

de samples digitales no autorizadas. En esta controversia, la parte demandante acusa un uso no autorizado de una sample de su propiedad, mientras que la demandada promueve una moción de juicio sumario⁸⁶, solicitando que se deseche la demanda sin necesidad de juicio porque la canción que fue sampleada sin autorización (de los demandantes), a su vez cuenta con una sample de una canción previa que tampoco fue autorizada (defensa del fruto del árbol envenenado).

En la canción “*The Symphony*” el demandante y rapero Marlon Williams (Marley Marl) sampleó sin autorización la canción “*Hard to Handle*” de Otis Redding. La sample utilizada consistió en una melodía instrumental de piano de 10 notas que forma la intro de la canción y que fueron tomadas por Williams e incorporadas a “*The Symphony*”. Luego, se utilizó la técnica del *loop* (repetición), por lo que el pequeño fragmento pasó a formar parte de 124 del total de 140 compases que constituían la composición.

Diez años después, el demandado y rapero Calvin Broadus (Snoop Dogg) sampleó sin autorización la canción “*The Symphony*” en su canción “*Ghetto Symphony*”, tomando elementos del título de la canción, letras y música.

La demandada promueve una moción de juicio sumario, solicitando que se deseche la demanda alegando que el demandante no cuenta con un copyright válido sobre la composición, toda vez que previamente el actor había sampleado sin autorización la obra de Otis Redding. Afirman que “*The Symphony*” es una obra derivativa que se hizo a partir de “*Hard to Handle*” y que, tal como la sección 103 a) del Copyright Act lo señala, las obras derivativas que se han producido sin la debida autorización no reciben protección por copyright y, por tanto, la demanda se levanta sobre la noción errada de proteger un derecho de copyright que en realidad no existe.

Los demandantes responden que, sin perjuicio de haber tomado sin autorización una sample instrumental de “*Hard to Handle*”, ello no necesariamente convierte la obra en una

⁸⁶ Motion for summary judgement. Estas mociones pueden ser solicitadas por las partes para que el tribunal falle en forma previa alguna de las pretensiones que forman parte de la controversia cuando no existen cuestiones fácticas controvertidas por las partes. https://www.law.cornell.edu/wex/motion_for_summary_judgment. Consultado el 30/06/2021.

derivativa. El test para determinar si se transgredió el derecho a crear obras derivativas es el mismo que se utiliza para determinar si se infringió el derecho a reproducir la obra, este es, el de la similitud sustancial que constituye una apropiación indebida. Por tanto, si el mérito transformativo de la obra posterior es de tal magnitud que no es posible establecer una similitud sustancial con la obra previa, resulta que no hay relación de obra originaria a derivativa, sino que simplemente una apropiación mínima de la que resulta una obra distinta y desligada- jurídicamente- de la anterior (aunque estéticamente pueda existir una relación).

Para resolver, el tribunal procede bajo la terminología de Nimmer y cataloga el problema de similitud como una fragmento-literaria. Muy acertadamente, señala que esta similitud sustancial se debe analizar en relación al fragmento copiado, mas no en relación al trabajo resultante. El hecho que se haya copiado sólo 2 compases de la obra previa no implica *per se*, que nunca vaya a existir similitud sustancial, porque si bien cuantitativamente no se trata de una gran magnitud, cualitativamente el fragmento puede ser de gran importancia para la obra, constituir el “corazón” o “*motif*” de la obra. Ahora, al analizar la obra previa en su totalidad, el fragmento copiado consta de 2 compases compuestos por 5 notas sucesivas tocadas en forma ascendente y luego 5 más en forma descendente. Luego, este fragmento no vuelve a ser repetido en toda la composición de “*Hard to Handle*”. Es irrelevante que los demandantes hayan repetido en *loop* estos dos compases a lo largo de la obra posterior, ya que la sustancialidad en la copia se debe analizar en relación a la obra supuestamente usurpada.

As Professor Nimmer explains, the point at which fragmented literal similarity stops and substantial similarity begins is not easily identified. 4 Nimmer § 13.03 [A] [2] at 13-46. However, “[t]he question in each case is whether the similarity relates to matter that constitutes a substantial portion of [the pre-existing] work — not whether such material constitutes a substantial portion of [the allegedly infringing] work.” Id. Even if it is relatively

small, the portion of the pre-existing work may be substantial if it is of great qualitative importance to the [pre-existing] work as a whole⁸⁷.

El tribunal concluye que respecto a esta alegación, no existe una apropiación indebida por no ser sustancial el fragmento copiado por el demandante (Williams), por tanto, no existe una relación de obra originaria a derivativa, y, así, el derecho de copyright alegado por la demandante sobre la composición de “*The Symphony*” es uno válido que merece tutela jurídica por lo que desecha la moción de la demandada y ordena que se pase a conocer el fondo de la controversia a través de un juicio de lato conocimiento.

La relevancia de esta decisión estriba en que el tribunal caracteriza el dilema del uso de samples no autorizados bajo lo que Nimmer denomina como casos de similitud fragmento-literaria, por lo que aplica el test de la similitud sustancial a través de un análisis cualitativo y cuantitativo de la magnitud de la copia⁸⁸. Además, pone énfasis en que la sustancialidad de la copia se debe analizar en relación a la obra previa, mas no en relación a la obra resultante. Esto viene a favorecer fuertemente a los artistas sampleantes porque se suelen utilizar pequeños fragmentos instrumentales de obras previas que se incorporan en *loop* a lo largo de toda la obra posterior como una base sobre la que rapear. A ojos del sentenciador, si dicho fragmento es cualitativamente irrelevante en relación a la totalidad de la obra previa, es posible que se considere la apropiación como una *de minimis*, y, por tanto, no relevante jurídicamente.

Newton v. Diamond⁸⁹

La relevancia de esta sentencia radica en que aborda la interrogante de si para samplear digitalmente es necesario obtener la licencia tanto del dueño del copyright sobre la grabación sonora, como del dueño de la composición musical. En esta causa los

⁸⁷ Williams v. Broadus, No. 99 Civ. 10957 (MBM), (S.D.N.Y. Aug. 24, 2001). En línea <https://casetext.com/case/williams-v-broadus> Consultado el 09/11/2021.

⁸⁸ SUPPAPOLA, Mike. Confusion in the Digital Age: Why The De Minimis Use Test Should Be Applied To Digital Samples Of Copyrighted Sound Recordings. 14 Tex. Intell. Prop. L.J. (2006), p. 105.

⁸⁹ Newton v. Diamond 388 F.3d 1189 (9th cir. 2003) https://www.law.berkeley.edu/files/Newton_v_Diamond.pdf Consultado el 01/08/2021.

demandados (Beastie Boys) samplearon una melodía instrumental de 3 notas y de 6 segundos de duración de la canción “Choir” de James Newton, y la incluyeron en su canción “Pass the Mic”, repitiéndola (en *loop*) cerca de 40 veces en distintos segmentos de la canción⁹⁰. Los Beastie Boys habían obtenido la licencia respecto del dueño de la grabación sonora, ECM Records (1.000 USD), mas no la obtuvieron el artista dueño del copyright sobre la composición musical, James Newton.

En primera instancia, el tribunal estimó que el fragmento de 3 notas y de 6 segundos de la composición de Newton no podían estar protegidos por Copyright, ya que este carecía de la originalidad suficiente. Va más allá, y señala que incluso si se estimara como una obra original y protegida por copyright, el uso de los demandados es uno *de minimis*, por lo que no se trataría de una infracción digna de tutela judicial. Es por esto que termina desechando la demanda y el demandante apela. Luego, el tribunal de segunda instancia afirma que el uso de los Beastie Boys sobre la composición musical no es sustancial, por lo que lo califica como *de minimis*, manteniendo la postura del tribunal de primera instancia.

For an unauthorized use of a copyrighted work to be actionable, there must be substantial similarity between the plaintiff's and the defendants' works (...) This means that even where the fact of copying is conceded, no legal consequences will follow from that fact unless the copying is substantial (...) This principle reflects the legal maxim, *de minimis non curat lex*.⁹¹

La sentencia comienza abordando la interrogante sobre cómo proceder a analizar la infracción alegada cuando el demandado sí licenció los derechos sobre la grabación sonora, mas no sobre la composición musical. De esta forma, el tribunal razona que en el caso concreto sólo es relevante determinar si existió un uso no autorizado y sustancial sobre la composición musical que pueda configurar una infracción al copyright. Para ello, se debe considerar sólo la apropiación de los elementos composicionales y se deben eliminar todos los elementos que sean propios de la ejecución e interpretación de James Newton⁹² (ello está considerado en la licencia sobre la grabación sonora).

⁹⁰ *Ibíd*, 593.

⁹¹ *Ibíd*, 594.

⁹² *Ibíd*, 595.

Entonces, una vez aclarado el objeto de análisis, procede a analizar si el uso no autorizado sobre la sola composición musical ha sido sustancial. Comienza aclarando que por la misma naturaleza de la técnica musical del sample, las controversias en la materia siempre evidencian un alto nivel de similitud entre la obra original y la nueva obra del demandado, debido a que se utiliza un fragmento de ella, pero ello no necesariamente implica que el uso sea sustancial. Luego procede a clasificar el problema de similitud según la terminología de Nimmer, caracterizándola como una de similitud literal fragmentaria, debido al alto nivel de homogeneidad entre ambas obras y la reducida magnitud de lo copiado.

Luego, procede a determinar si existe una copia sustancial a la obra del demandante, lo que realiza analizando la importancia cualitativa y cuantitativa de lo copiado con respecto a la obra total del demandante. Cuantitativamente lo copiado es de poca duración (2%), meros 6 segundos de un total de 4:30 minutos de la canción "*Choir*". Cualitativamente, la sección de la composición no es más importante que otros fragmentos, ya que no representa el motivo principal de la canción. El segmento composicional de 3 notas genéricas no cuenta con elementos rítmicos, estructurales ni melódicos que la hagan sobresalir, más bien, se trata de una secuencia sumamente utilizada por compositores en la segunda mitad del siglo 20, incluso antes que James Newton.

Reafirmando la idea sobre la poca importancia de la composición, cita el testimonio de los peritos presentados por el mismo James Newton y termina concluyendo que el fragmento cuenta con un número mínimo de 3 notas musicales genéricas y que la sustancia de lo apropiado por los Beastie Boys dice relación con la ejecución de Newton sobre la composición. Ello lo atribuye a la naturaleza improvisatoria del jazz, por lo que el demandante al interpretar la composición añade muchos más elementos melódicos que los contenidos en la misma composición. El mismo tribunal al ponderar la prueba pericial presentada por el demandante señala que dicho testimonio, pese a halagar las habilidades musicales del intérprete, resulta contraproducente al momento de alegar una infracción al copyright sobre la composición.

Thus, regardless of whether the average audience might recognize “the Newton technique” at work in the sampled sound recording, those performance elements are beyond consideration in Newton’s claim for infringement of his copyright in the underlying composition. Having licensed away his interest in the recording of his performance, Newton’s only claim is for a violation of his rights in the three-note sequence transcribed in the composition.

(...)

Newton has failed to offer any evidence as to this section’s particular significance in the composition as a whole. Instead, his experts emphasize the significance of Newton’s performance, the unique elements of which Beastie Boys properly licensed.⁹³

Por ello es que termina desechando la demanda y catalogando la copia como una *de minimis*, no meritoria de tutela judicial.

Bridgeport Music Inc. V. Dimension Films⁹⁴

Este caso se desarrolló ante la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de Estados Unidos en 2004, y se estableció un tajante precedente: cualquier uso no autorizado de grabaciones sonoras constituye una infracción al copyright. Pese que ya habían existido controversias en torno al sample en el pasado, éste se trata del primer caso que abordó en específico las consecuencias legales del sample digital sobre grabaciones sonoras.

Bridgeport Music Inc. demanda a No Limit Films por el uso no autorizado de un sample de la canción “*Get Off Your Ass and Jam*”, la que se incluyó en la canción “*100 Miles and Running*” y que luego fue incorporada al soundtrack de la película “*I Got the Hookup*”. La causa llegó a la Corte de Apelaciones luego de que el tribunal de primera instancia

⁹³ *Ibíd*, 595-597.

⁹⁴ Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films 410 f.3d 792 (6th cir. 2005). <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2005%20Bridgeport%20Abridged.pdf> Consultado el 01/08/2021.

desechara la demanda por estimar que el uso del sample constituía uno *de minimis*, por lo que los demandantes apelan.

El sample consistió en un riff de guitarra eléctrica de 2 segundos de duración, el cual estaba formado por 3 notas tocadas en forma consecutiva a una rápida velocidad. Los demandados bajaron el tono del fragmento, lo repitieron (en *loop*) para que completara 16 tiempos que llegan a ser 7 segundos, y repitieron este fragmento 5 veces en la canción "*100 Miles and Runnin*" de N.W.A.

El tribunal de primera instancia realiza un profundo análisis de la sample utilizada. En cuanto al análisis cuantitativo, señala que no existe apropiación por tratarse de un fragmento de 2 segundos *loopeado* para constituir 40 segundos de un total de 4 minutos y medio de canción. Con respecto al análisis cualitativo, concluye que no existe similitud sustancial porque el fragmento sampleado había sido modificado en su tono y tempo. Además, señala que la canción original "*Get off your Ass and Jam*" era una festiva canción de pista de baile, mientras que "*100 Miles and Runnin*" envolvía un sentimiento de suspenso y ansiedad, dentro del contexto de una canción de rap donde el tema central es la persecución policial errónea de unos inocentes. Termina concluyendo que ninguna persona razonable, incluso una cercana con la música de George Clinton, podría reconocer el origen de la sample sin que antes se le advirtiera sobre ello⁹⁵.

La corte estima que el tribunal de primera instancia yerra al dictar sentencia toda vez que aplica el análisis de similitud sustancial en la copia, calificándolo como un uso *de minimis*, cuando ello es propio de una controversia de copyright sobre composición musical, mas no en el caso de autos, donde se discute sobre una grabación sonora. El tribunal procede a analizar los preceptos aplicables en la materia, y concluye que el §106 expresamente reconoce sólo al dueño de la grabación sonora el derecho a crear obras derivativas tales como remezclas y remasterizaciones, por lo que sólo él conserva el derecho para samplear digitalmente. A contrario sensu, cualquier tercero que desee hacerlo, necesita la licencia

⁹⁵ NEWKIRK, Cristopher; FORKER, Thomas. "A License to Sample," IPL Newsletter 23, no. 3 (Spring 2005), p. 8-9.

debida, porque crea una obra derivada en los términos del §106. Es por esto que este fallo suele ser descrito a través de la icónica regla “*get a license or do not sample*” que es utilizada por los ministros para resolver.

La corte también cita el § 114 y concluye que los demandados eran libres de imitar o simular el riff de guitarra sampleado, pero, sin embargo, decidieron copiar materialmente la grabación sonora y editarla con posterioridad, transgrediendo así los derechos de reproducción y de preparar obras derivativas del § 106.

Teniendo en cuenta que a través de este fallo se crea un nuevo precedente, el tribunal procede a justificarlo por los siguientes motivos de política judicial:

En primer lugar, señala que será beneficioso para todos los actores del mercado, ya que, si se utiliza una sample de una canción ya existente, al pagar por una licencia, se recompensa el esfuerzo y tiempo invertido en crear dicha grabación sonora. En este caso, el mismo mercado se ocuparía de regular los precios de licencias, el cual nunca debiese exceder el costo que tendría el imitar la sample por los propios medios (legalmente permitido).

En segundo lugar, arguye que la regla “*obtén una licencia o no samplees*” es económicamente eficiente porque siempre será más barato licenciar que litigar.

Por último, justifica la regla en razones de economía procesal, toda vez que libera al tribunal del análisis *de minimis* caso a caso que se llevaba haciendo, el cual señala, lleva a los tribunales a decidir sobre materias de musicología, las cuales no son la *expertise* de los tribunales. De esta forma la controversia sólo giraría en torno a 2 cuestiones que agilizarían la resolución de la causa: si hubo sample, y si la respuesta es afirmativa, si se licenció su uso. Cabe mencionar, que el tribunal hace expresa mención a que queda a salvo la alegación sobre fair use, si se cumplen los requisitos en el caso concreto.

La doctrina ha criticado fuertemente el fallo porque intenta establecer una regla *a priori* para resolver todas las controversias en la materia, siendo que lo que se recomienda es un análisis caso a caso utilizando las doctrinas de la similitud sustancial, uso *de minimis*, y el

*fair use*⁹⁶. Sólo si el uso no autorizado no logra aprobar las mencionadas reglas de usos permitidos por el ordenamiento jurídico, se logra constituir una apropiación que ha transgredido los derechos de autor. De esta forma ha fallado la Corte del Noveno Circuito en *White v. Samsung Electrics*, señalando que “*la naturaleza de la creación es dialógica y desde el descubrimiento del fuego, ninguna creación de la mano del hombre es genuinamente nueva: la cultura crece gracias a la influencia que ejercen las creaciones previas sobre las más nuevas (...)*”.⁹⁷

La doctrina critica además que, para el tribunal, el sólo uso de la grabación sonora, por mínimo que sea, constituye una obra derivativa. Este proceder se aparta del principio *de minimis* que se aplica en casos de obras derivativas y en todas las controversias de copyright. En consecuencia, a través de la interpretación judicial se otorga mayor protección a los dueños de copyright sobre grabaciones sonoras que a los dueños de copyright sobre cualquier otra obra fruto de su intelecto y esfuerzo. Mucha de la doctrina especializada, incluyendo a Nimmer, señalan que la interpretación del tribunal es errada, debido a que los §107 a §122 tienen por finalidad limitar los derechos exclusivos reconocidos en el §106, no ampliarlos⁹⁸.

Desde la vereda del *fair use*, otros se preguntan que, si la finalidad de dicha institución es promover la creación de nuevas obras originales, autorizando usos no licenciados en ciertos casos, ¿por qué el uso de un fragmento de 2 segundos de canción no califica como tal? ¿Una grabación de medio segundo también se consideraría infracción? ¿Existe una expresión original amparable por el copyright en una grabación de medio segundo?⁹⁹

También se han criticado las supuestas razones de economía procesal que motivaron el fallo al eliminar el análisis de similaridad sustancial para calificar como *de minimis* el uso, toda vez que se deja a salvo la alegación sobre *fair use*, la cual es claramente más extensa y

⁹⁶ OLUFUNMILAYO B. Arewa, From J.C. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context, 84 N.C. L. REV. 547, p. 574-575 (2006).

⁹⁷ *White v. Samsung Elecs. Am., Inc.*, 989 F.2d 1512, 1513 (9th Cir. 1993). Traducción libre.

⁹⁸ Nimmer, ob. Cit. § 13.03[A][2][a].

⁹⁹ BARTLETT, Courtney. Bridgeport music's two-second sample rule puts the big chill on the music industry, 15(2) DePaul-LCA J. Art & Ent. L. 301 (2005), p. 319.

compleja de probar. Esto, porque el uso *de minimis* es uno de los 4 factores que se deben probar para alegar una defensa de uso justo en el derecho estadounidense.

Por último, otros critican el fallo porque en el derecho estadounidense existe un sistema de licencias obligatorias para composiciones musicales, mas no para grabaciones sonoras. Entonces, incluso tratándose de un artista que quisiera obtener y pagar la licencia para samplear, este debe contar con el consentimiento del dueño de la sample, quien se podría oponer perfectamente a su uso por razones morales o políticas, cuestión que colisiona con la libertad de expresión en Norteamérica.

En contraposición existen otros autores que estiman justa la decisión de la Corte porque ampara los derechos de los sellos discográficos, y, por otra parte, establece una postura que brinda certeza jurídica para toda la jurisdicción del Sexto Circuito: cualquier apropiación no autorizada de una grabación por mínima que sea, es contraria a derecho¹⁰⁰.

VMG Salsoul, LLC v. Ciccone¹⁰¹

Esta causa se desarrolla ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito correspondiente a la jurisdicción de la costa oeste de Estados Unidos.

Los demandantes VMG Salsoul demandan a la artista Madonna Ciccone y su productor Shep Pettibone alegando que éstos utilizaron sin autorización una sample de la canción *Love Break*, modificándola e incluyéndola en el mega-hit pop *Vogue* (1990), transgrediendo de esa forma sus derechos de copyright sobre la composición y grabación sonora de *Love Break*. El fragmento copiado consiste en un sonido instrumental emitido por un trombón y trompeta y su duración es de 0.23 segundos.

¹⁰⁰ MINC, Lisa. Clarity to Litigation concerning Digitally Sampling Sound Recordings: Get a License or Do Not Sample - The Bridgeport Music Decision, 15 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L. (2005), p. 344.

¹⁰¹ VMG Salsoul, LLC v. Ciccone, 824 F.3d 871 (9th Cir. 2016). En línea https://casetext.com/case/vmg-salsoul-llc-v-ciccone-1?_cf_chl_jschl_tk__=pmd_5da82f11071bbf891ad1bc18d62ff0cb679ed182-1627235703-0-ggNtZGzNArijcnBszQli Consultado el 28/07/2021.

Los sonidos utilizados consisten en un mismo acorde en clave de Si bemol, compuesto por las notas Mi bemol, La mayor, Re mayor y Fa mayor. En *Love Break*, el acorde es tocado 27 veces como un “acorde simple” compuesto por una corchea, y 23 veces como “acorde doble” compuesto por una corchea y una negra sucesivas¹⁰². En *Vogue*, Pettibone utiliza el mismo acorde, pero transpuesto en clave de Si mayor, por lo que la notas que lo componen aumentan medio tono¹⁰³. En *Vogue*, el acorde simple es reproducido una sola vez, mientras que el acorde doble es utilizado 3 veces.

El tribunal de primera instancia determinó que tanto el fragmento de composición musical como el de grabación sonora carecían de originalidad, por lo que no se encontraban amparados por copyright. Es más, señala que incluso de considerarse fragmentos originales, seguía siendo una infracción no tutelable por tratarse de una apropiación *de minimis*, por lo que desecha la demanda y los actores apelan.¹⁰⁴

La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito determina que efectivamente existió una apropiación, pero luego cita el fallo *Newton v. Diamond* donde se señala que no basta simplemente que exista una copia, sino que es necesario que ella no sea mínima o irrelevante¹⁰⁵.

En cuanto al análisis sobre la transgresión del copyright sobre la composición musical, acertadamente señala la Corte que se debe depurar el fragmento de la particularidad de la interpretación y considerar una interpretación genérica realizada sobre la composición del fragmento. El demandado tomó un acorde que, compuesto por cuatro notas, aisló el sonido de la trompeta, lo transpuso a una nueva clave o tono y luego dicho fragmento fue mezclado con otros instrumentos e incluido a la nueva canción *Vogue*.

¹⁰² *Ibíd*, 875.

¹⁰³ *Ibíd*, 876.

¹⁰⁴ *MG Salsoul, LLC v. Ciccone*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 1814127, *20-29 (C.D. Cal. Nov. 18, 2013).

¹⁰⁵ *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone* 824 F.3d 871, 877 (9th Cir. 2016).

La corte estima que el uso es *de minimis* porque el auditor promedio no hubiese podido discernir la apropiación de la composición en atención a las modificaciones en la edición y el tono que se realizó en la obra posterior.

Con respecto a la grabación sonora, nuevamente la Corte sigue el patrón establecido por el fallo de *Newton v. Diamond* y señala correctamente que el análisis se debe centrar no en la disposición de las notas y los compases, sino que en la interpretación específica de la trompeta que quedó grabada en el fragmento de fonograma apropiado. Tras las modificaciones realizadas por el productor de Madonna en edición digital, las trompetas (de 0.23 segundos) eran difícilmente reconocibles en el nuevo track. Incluso, el primer perito experto acompañado por los actores en su testimonio señala que inicialmente había identificado dos acordes tomados, siendo que en realidad sólo se trataba de uno. Así, la Corte concluye que si un musicólogo experto, cuyo trabajo era específicamente identificar el fragmento de grabación sonora copiado, había errado inicialmente en su análisis debido a la dificultad de la tarea, era imposible que un oyente promedio identificara la copia en la canción *Vogue*¹⁰⁶.

Excepción *de minimis* en grabaciones sonoras

Para la Corte el apartado b) de la sección 114 del Copyright Act busca limitar, no expandir los derechos de copyright sobre la grabación sonora. La norma pretende evitar que los titulares de copyright demanden a los músicos que imiten los sonidos en el estudio por sus propios medios, incluso si éstos son idénticos. Ninguna parte de la norma hace referencia a eliminar la excepción del uso *de minimis* tratándose de grabaciones sonoras. Por lo tanto, concluye en atención a la historia legislativa, la doctrina especializada en la materia, la consistente jurisprudencia de copyright que exige que apropiaciones sean sustanciales¹⁰⁷, y el análisis literal del Copyright Act, que la excepción de uso *de minimis* es perfectamente

¹⁰⁶ *Ibíd*, 880.

¹⁰⁷ La Corte cita entre otros fallos: *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342, No. 4901 (C.C. Mass. 1841), *Daly v. Palmer*, 6 F.Cas. 1132, No. 3,552 (C.C.S.D.N.Y. 1868), *Perris v. Hexamer*, 99 U.S. 674, 675–76, 25 L.Ed. 308 1878.

aplicable a las grabaciones sonoras como a todas las demás obras protegidas por el copyright.

La Corte cita el fallo de *Bridgeport v. Dimension Films* en lo referente a que, para el Sexto Circuito, como el *sampling* constituye una reproducción o copia “física o material” de la obra, entonces no aplica el principio *de minimis*. Bajo la lógica contraria, el Noveno Circuito pone el ejemplo de las apropiaciones materiales en el campo de la fotografía, las que a semejanza del *sample*, son realizadas a través de programas de edición digital y donde se toma un fragmento de obra visual y se inserta en otra. En estas causas también aplica el principio *de minimis* y se exige una apropiación sustancial¹⁰⁸.

Esta sentencia es de suma importancia porque reconoce la existencia del razonamiento contrario en la sentencia de *Bridgeport v. Dimension Films* del Sexto Circuito, y se aparta de éste y establece un nuevo precedente que causa división entre las Cortes de Apelaciones: el principio de *de minimis* aplica no sólo a los usos no autorizados sobre composiciones musicales, sino que también respecto de grabaciones sonoras. Para sustentar esta divergencia en la jurisprudencia, la Corte señala que *de facto* ya existe esta división a nivel de Cortes de Distrito donde los tribunales se han negado a aplicar el precedente establecido por el fallo de *Bridgeport*¹⁰⁹.

La excepción de uso *de minimis* es útil para el copyright porque permite a los dueños de derechos de copyright proteger los elementos de sus obras que necesitan quedar bajo resguardo¹¹⁰. Estimar que la excepción no aplica para el uso ínfimo de grabaciones sonoras crea un monopolio de los titulares de copyright sobre elementos creativos esenciales que provocan un certero detrimento a la creación artística futura. Si la apropiación es tan irrelevante que un oyente promedio no es capaz de discernirla, entonces el artista

¹⁰⁸ Véase *Sandoval v. New Line Cinema Corp.*, 147 F.3d 215, 216 (2d Cir. 1998).

¹⁰⁹ Cita los fallos: *Saregama*, 687 F.Supp.2d at 1340–41; *Steward v. West*, No. 13-02449, Docket No. 179 at 14 n.8 (C.D. Cal. 2014); *Batiste v. Najm*, 28 F.Supp.3d 595, 625 (E.D. La. 2014); *Pryor v. Warner/Chappell Music, Inc.*, No. CV13-04344, 2014 WL 2812309, at *7 n.3 (C.D. Cal. June 20, 2014); *Zany Toys, LLC v. Pearl Enters., LLC*, No. 13-5262, 2014 WL 2168415, at *11 n.7 (D.N.J. May 23, 2014); *EMI Records Ltd v. Premise Media Corp.*, No. 601209, 2008 WL 5027245 (N.Y. Sup. Ct. Aug. 8, 2008).

¹¹⁰ *Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.*, 126 F.3d 70, 74 (2d Cir. 1997).

sampleante no ha obtenido beneficio económico alguno de la obra previa al no ser capaz de desviar consumidores a disfrutar de su obra por sobre la anterior¹¹¹.

Para Campbell, esta decisión disruptiva del precedente de Bridgeport genera 2 importantes consecuencias a nivel de industria musical y sistema judicial. En primer lugar, los artistas que utilizan el sampling como una forma de expresión musical tenderán a moverse a la jurisdicción del sexto circuito. En segundo lugar, la profunda división que se origina en torno a la aplicabilidad de la excepción del uso *de minimis* para las grabaciones sonoras aumenta la inseguridad jurídica en la materia, por lo que recomienda que la Corte Suprema se haga cargo del problema a través de un proceso de *certiorari*¹¹².

3.3 CONCLUSIÓN GENERAL DE LA JURISPRUDENCIA

A grandes rasgos, podemos afirmar que el desarrollo de la jurisprudencia estadounidense en causas sobre usos de samples no autorizados ha ido evolucionando y retroalimentándose en forma lineal a medida que pasa el tiempo. Si bien existen ciertos fallos como Bridgeport, que producen irrupciones en el proceso evolutivo, no es menos cierto que el Noveno Circuito con VMG Salsoul ha vuelto a encausar modo de operar armónico que se desarrollaba por los tribunales desde la década de 1990.

Todos los fallos revisados en este capítulo tienen algo que aportar a la teoría de la infracción al copyright. Grand Upright de 1991 fue la primera sentencia que abordó el dilema jurídico que ya llevaba produciendo el uso masivo de samples no autorizadas desde la segunda mitad de la década de 1980. Su asimilación de esta forma de arte con el hurto refleja dos cosas principalmente: por un lado, es una reacción apresurada y urgente de los tribunales frente al desamparo de los titulares de copyright que veían sus derechos violados en forma consistente por esta nueva forma de arte, y por otro, demuestra la desconexión de los jueces con las nuevas tecnologías y formas de arte que se popularizaron en aquella época.

¹¹¹ VMG Salsoul, LLC v. Ciccone, 824 F.3d 871, 882 (9th Cir. 2016).

¹¹² CAMPBELL, Victoria. VMG Salsoul, LLC v. Ciccone, 824 F.3d 871 (9th Cir. 2016) Review. DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law, Vol. 27, Spring 2017. p. 254

Sin lugar a dudas, la mala recepción doctrinal que tuvo este fallo contribuyó a la discusión jurídica sobre esta práctica, lo que permitió su evolución y que se ve reflejado en las posteriores causas.

Luego, en 1994 la Corte Suprema en Campbell, establece por primera vez la posibilidad de catalogar una obra derivada del uso de samples no autorizadas como una parodia amparada bajo el *fair use*. El máximo tribunal hace una revisión de todos los factores de la cláusula 107 del Copyright Act y concluye que el hecho de que la parodia haya sido comercializada no basta por sí misma para desechar la defensa de uso justo esgrimida por la defensa. Por tanto, esta sentencia incorpora la defensa del *fair use* en forma sistemática en las controversias, sirviendo como el último recurso para evitar una sentencia en contra. Sin lugar a dudas, contribuye a la discusión y desarrollo del análisis de los factores que permiten catalogar una obra como *fair use*, y sirve como un salvavidas en el mar turbulento para aquellos artistas sampleantes que podían ver esta nueva forma de arte eliminada de raíz por la práctica judicial.

En el 2001 el fallo de Williams contribuye en que se cataloga los dilemas de samples bajo la terminología de Nimmer como causas de similitudes fragmento-literales, por lo que procede el análisis de similaridad sustancial bajo una óptica cualitativa y cuantitativa. Aquí se establece acertadamente que la similitud cuantitativa se analiza en relación con la obra previa, mas no la resultante. Desde el fallo de Campbell, los tribunales comenzaron a ahondar en la estética del sample, recibiendo testimonios de peritos expertos y dilucidando los márgenes de una copia relevante e irrelevante, lo que se mantiene en Williams y en lo sucesivo.

A continuación, el 2003 en Newton, el noveno circuito aporta con establecer parámetros claros para diferenciar la infracción al copyright sobre la composición musical y la grabación sonora. Si bien es desde Campbell que los tribunales comenzaron a desarrollar el análisis estético de las controversias, es en Newton que el análisis se profundiza a otros niveles. Nuevamente se aplica el análisis de la similaridad sustancial en torno al uso de la composición, por lo que se revisan factores cualitativos y cuantitativos. Por último, se

afirma la existencia del uso *de minimis*, por lo que se sigue la óptica utilitarista del copyright anglosajón bajo el cual ciertos usos irrelevantes jurídicamente son permitidos en pos del desarrollo de las artes y la cultura en su conjunto.

En el 2005 en *Bridgeport*, fue tarea de la Corte del Sexto Circuito el abordar por primera vez en específico el dilema de las samples digitales no autorizadas sobre las grabaciones sonoras y no composiciones musicales. En vez de seguir el mismo esquema analítico que se venía desarrollado para todo tipo de obras artísticas, incluidas las composiciones musicales, el tribunal opta por establecer un tratamiento diferenciado para las grabaciones sonoras. Así, desecha el análisis de la similaridad sustancial (y la carga del actor de acreditarla) y la defensa del *fair use*, estableciendo una nueva regla: todo uso no autorizado de grabaciones sonoras por mínimo que sea, constituye una infracción al copyright. Al igual que en *Grand Upright*, el fallo ocasionó una fuerte respuesta crítica de parte de la doctrina, volviendo el tema del *sampling* a la palestra. Dentro de las críticas, se encontraba la excesiva protección que se le brindó a los titulares de copyright sobre grabaciones sonoras, incluso por sobre el control que ejercen los artistas titulares de sus obras, y, por otra parte, la errada interpretación de las cláusulas § 106 y § 114 del Copyright Act. Cabe mencionar que, a pesar de ser un fallo de Cortes de Apelaciones, los tribunales de Distrito ubicados fuera del Sexto Circuito no adoptaron esta postura por las críticas que éste suscitó.

Finalmente, en 2016, la Corte del Noveno Circuito divide las aguas y se aparta del conflictivo precedente asentado por la Corte del Sexto Circuito y establece expresamente que el análisis de la similaridad sustancial y la excepción del uso *de minimis* aplica tanto a las grabaciones sonoras como a las composiciones musicales. Esta sentencia consolida el esquema analítico que se venía desarrollando hasta *Bridgeport*, por lo que podemos afirmar que se ha recuperado la uniformidad evolutiva que se venía gestando desde la década de 1990.

Podemos concluir que los tribunales estadounidenses son claros en interpretar el enfoque utilitarista del copyright anglosajón. El evolucionado análisis de la similaridad sustancial y la excepción del uso *de minimis* permite que se proteja aquello que debe protegerse, y que lo

ínfimo sirva como estímulo para el desarrollo del arte en su conjunto. En la misma línea, a través de la excepción de *fair use*, el copyright estadounidense se basta a sí mismo y no necesita recurrir a cuerpos normativos externos (primera enmienda y libertad de expresión) para justificar las limitaciones al derecho exclusivo otorgado al titular de copyright. Esta institución se encuentra lo suficientemente desarrollada por el legislador a través de los 4 factores a considerar, como para que los tribunales puedan aplicarla sin atentar arbitrariamente contra los derechos de copyright consolidados.

No obstante, a pesar del elevado desarrollo jurisprudencial estadounidense, para ciertos autores la mejor solución sería la de disminuir la litigiosidad a través de una reforma al Copyright Act para implementar un sistema de licencias compulsorias para grabaciones sonoras, con el objeto de establecer mediante estatuto los precios de licenciamiento, abaratando y uniformando costos para evitar los usos no autorizados¹¹³.

CAPÍTULO IV: LA CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

EN PELHAM V. HUTTER

4.1 MARCO NORMATIVO

Si en Estados Unidos el juego de intereses entre la propiedad intelectual y el progreso de las artes y ciencias es mediado a través de un desarrollado sistema de análisis de similitud

¹¹³ SHAPELL, Anna. Give Me a Beat: Mixing and Mashing Copyright Law to Encompass Sample-Based Music, 12 J. HIGH TECH. L. 519 (2011), p. 555.

sustancial y *fair use*, en el derecho de la Unión Europea el panorama es diverso¹¹⁴. La principal norma que regula la materia es la Directiva 2001/29, y ésta es fiel a la tradición continental del derecho de autor y establece una lista cerrada de excepciones, que como veremos más adelante, ha sido catalogada por la Corte de Justicia de la Unión Europea como “*exhaustiva y de interpretación estricta*”¹¹⁵, vedando a los Estados Miembros la ampliación del catálogo contenido en el artículo 5° de la Directiva ya citada.

Esta suerte de rigidez normativa de la Directiva, debe ser matizada por los principios de libertad de expresión y libertad de las artes, contenida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que veremos a continuación.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Los artículos relevantes para nuestro estudio son el artículo 11 que establece una fórmula general sobre la libertad de expresión e información, y el artículo 13 que establece que “*las artes y la investigación son libres. Se respeta la libertad de cátedra*”. En primer lugar, podemos señalar que como se trata de principios, éstos son de esperable escueto contenido. Luego, en relación al artículo 13, podemos señalar que artes e investigación “libres” no significa que bajo este pretexto se pueda atentar contra los derechos legítimos de un autor o un productor de fonogramas. Más bien, podría interpretarse como que las legislaciones nacionales y sus tribunales no debiesen interponer trabas u obstáculos al desarrollo del arte e investigación científica. De lo contrario, una interpretación muy amplia caería en el absurdo de atentar contra todo el sistema de derecho de autor y derechos afines que el sistema europeo continental busca fortalecer.

Sin embargo, para cierto sector de la doctrina europea, estos artículos abren la posibilidad al juez para hacer ceder los derechos exclusivos del autor en favor de nuevos artistas, aun

¹¹⁴ HUGENHOLTZ, Bernt y SENFTLEBEN, Martin. Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities, p. 6. El autor explica que el derecho de autor y copyright es un área del derecho que tiene limitantes intrínsecas vinculadas con su propio origen. Así, por ejemplo, la discreción de los tribunales para catalogar un trabajo como original o no, lo que es determinante para establecer la protección jurídica de una obra. En línea: <http://ssrn.com/abstract=1959554> Consultado 07/06/2021.

¹¹⁵ Corte de Justicia de la Unión Europea. Causa C-476/17 Pelham v. Hutter. Tercera cuestión prejudicial.

en ausencia de excepción legal¹¹⁶. En contra de esta postura, se encuentra el considerando tercero de la directiva 2001/29, que señala expresamente que al legislar ya se han tomado en cuenta el respeto a los derechos fundamentales y en especial la libertad de expresión y a la propiedad intelectual, por lo que no sería necesaria una interpretación correctiva que amplíe el catálogo de excepciones a los derechos de autor¹¹⁷.

Finalmente, en una serie de causas falladas recientemente¹¹⁸, la Corte toma una postura ecléctica y aclara el debate, señalando que los derechos fundamentales tales como la libertad de expresión, no pueden ser utilizados para ampliar el catálogo de excepciones ya establecido en la Directiva 2001/29, pero sí deben considerarse en la interpretación de las excepciones y limitaciones existentes¹¹⁹.

Directiva 2001/29 sobre Armonización de Determinados Aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información.

Antes de pasar a revisar los artículos relevantes, debemos detenernos en las consideraciones que tuvo el Parlamento y Consejo Europeo a la hora de legislar. Ello, para facilitar la interpretación de las normas contenidas haciendo un pequeño repaso a la *ratio legis*.

En primer lugar, podemos señalar que el principal objetivo de esta Directiva es el de lograr la máxima armonización comunitaria en materia de derechos de autor y derechos afines (conexos). Ahora, la finalidad de este principio de máxima armonización es potenciar el mercado interno europeo de creación artística, científica y cultural, para facilitar la libre circulación de productos y servicios de forma transfronteriza entre los Estados Miembros. Si no existiera aquel nivel de armonización, el mercado se fragmentaría porque las

¹¹⁶ LUCAS, André y GINSBURG, Jane. Derecho de Autor, Libertad de Expresión y Libre Acceso a la Información (Estudio Comparado de Derecho Americano y Europeo). RIDA 249 de julio de 2016, p. 50.

¹¹⁷ *Ibíd.* P. 72.

¹¹⁸ C-469/17 Funke Medien v. Bundesrepublik Deutschland; C-476/17 Pelham v. Hütter; C-516/17 Spiegel Online v. Volker Beck.

¹¹⁹ BENSAMOUN, Alexandra y SIRINELLI, Pierre. Exceptions (in general and in particular), rights, freedom of expression...: 'je t'aime, moi non plus...' Case Law, RIDA 263, Enero de 2020, P. 110.

diferentes legislaciones de los Estados Miembros con menor nivel de protección actuarían como barreras para la comercialización de bienes y servicios artísticos, culturales y científicos dentro de ese territorio. Por último, la armonización es la única forma de regular y dar respuesta al rápido desarrollo de tecnologías que permiten la explotación transfronteriza de bienes y servicios en una forma nunca antes vista¹²⁰.

Por otro lado, el legislador europeo considera que esta máxima armonización debe lograrse con miras a establecer un alto nivel de protección de los derechos de autor y afines, para así lograr el desarrollo de la industria cultural europea y el incremento de su competitividad¹²¹.

Artículo 2. Derecho de reproducción

Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte:

a) a los autores, de sus obras;

(...)

c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas

En cualquier controversia derivada del uso no autorizado de samples va a ser relevante determinar quiénes son los titulares sobre el derecho de reproducción y el grado de control que ejercen sobre este derecho. Con respecto a este artículo, no hay mucho que resaltar debido a que sigue la idea central de que el titular del derecho de autor o conexo es quien goza del derecho exclusivo de reproducir su obra o trabajo por cualquier medio¹²². Lo que sí podría ser de relevancia es el hecho que el artículo explícitamente reconoce el derecho a reproducir la obra o trabajo en *“cualquier forma, de la totalidad o parte”*. Por tanto, podríamos señalar que para el artículo 2º no es relevante si se utiliza un fragmento mínimo

¹²⁰ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001. Considerandos 4-6.

¹²¹ *Ibíd.* Considerandos 4 y 9.

¹²² Así el Convenio de Berna en su artículo 9.

o pequeño para samplear, debido a que el derecho a la reproducción no distingue bajo criterios cuantitativos.

Por otro lado, el artículo 5° sobre excepciones y limitaciones al derecho de autor y afines es significativo para nuestro estudio porque a nuestro juicio, el sampling se puede enmarcar dentro de las hipótesis de las letras d), i) y k):

Artículo 5. Excepciones y limitaciones

3. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos

d) cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido;

i) cuando se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material;

k) cuando el uso se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche

La letra d) establece la excepción del derecho de cita, la cual se asemeja mucho a la fórmula utilizada por el Convenio de Berna en el sentido que exige que la obra citada haya sido hecha accesible al público, se haga un buen uso de ellas (honrado) y en la medida justificada por el mismo fin perseguido. Para poder esgrimir una defensa satisfactoria, el artista sampleante tendría que probar que la inclusión del fragmento en su obra busca dialogar con aquella obra previa. Ahora, podemos señalar que es difícil determinar a priori cuándo existirá un diálogo propio entre obras, ello debe ser determinado por el juez según el caso concreto. Sin embargo, si, por ejemplo, se incluyó un fragmento de 1 segundo de un riff de guitarra melódica en otra obra, muy probablemente ese sample no tiene por objeto citar, sino que abaratar costos de producción, por lo que no cabría dentro de esta hipótesis. Por otro lado, si el fragmento incluido es demasiado extenso o importante, este podría atentar contra la explotación normal de la obra citada, por lo que debiese también rechazarse la defensa alegada por no hacer un “buen uso” de ella.

Luego, la letra i) trata sobre la excepción del uso incidental propia del derecho anglosajón británico. A nuestro juicio, aquellos samples reducidos o mínimos que no califican como citas sí pueden encontrarse amparados por esta hipótesis. Aquí podríamos incluir las samples de reducida duración, o aquellas que son cualitativamente irrelevantes como segmentos instrumentales accesorios.

Por último, la letra k) contempla la hipótesis del pastiche. El diccionario de la Real Academia define este género como una *“Imitación o plagio que consiste en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente.”* Sin lugar a dudas, estas obras de arte se asemejan a los mash-ups realizados a través de samples, donde se suelen combinar dos álbumes de artistas distintos para originar una obra nueva y ecléctica que resulta del diálogo compositivo de ambos.

Directiva 2006/115 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

Tal como veremos más adelante, la Corte de Justicia de la Unión Europea en el caso *Pelham v. Hütter* termina no aplicando esta Directiva por estimar que la finalidad de ésta es perseguir la piratería, fenómeno distinto al sampling como forma de expresión.

4.2 EL PRIMER FALLO EUROPEO SOBRE SAMPLES: PELHAM V.

HUTTER

Esta sentencia se dicta por la Corte de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento de decisión prejudicial planteada por el la Corte Suprema Federal de Alemania a propósito de un litigio entre Pelham GmbH, Mosas Pelham y Martin Haas por una parte, y Ralf Hütter y Florian Schneider-Esleben (grupo musical Kraftwerk), por otra.

La causa se origina por el uso no autorizado que hicieron los productores musicales Pelham y Haas de una sample de 2 segundos tomada de la canción “*Metall Auf Metall*” de Kraftwerk. La sample consistió en una secuencia rítmica que fue tomada por los demandados e introducida a canción “*Nur Mir*” repitiéndola en *loop* a lo largo de toda la canción al formar parte del esqueleto rítmico e instrumental de la obra posterior. El sample se realizó en forma digital sobre un fonograma¹²³.

Como veremos, esta causa aborda la interpretación que deben hacer los estados y los tribunales sobre la Directiva 2001/29 específicamente tratándose de controversias sobre sampling no autorizado. Además, esta decisión prejudicial de la Corte toma relevancia por ser una interpretación vinculante no sólo para el Estado alemán, sino que también para los demás Estados Miembros, por tratarse de una fuente de derecho comunitario institucional, que, por aplicación de los principios de primacía y efecto directo, pasa a obligar a la comunidad toda¹²⁴.

4.2.1 Antecedentes procesales de la causa

La presente causa ha sido seguida de cerca por la doctrina especializada en Propiedad Intelectual debido a la travesía odiseica que ha protagonizado en los más altos tribunales del país germano desde el año 2004 a la fecha.

La causa comienza a tomar gran relevancia cuando llega a la Corte Suprema Federal de Alemania (Bundesgerichtshof) y esta declara aplicable por analogía la excepción del *free use* (*freie Benutzung*) a los derechos conexos de los productores de fonogramas sobre sus fonogramas. Al igual que como se falló en Bridgeport Music Inc. v. Dimension Films, el tribunal señala que la protección sobre los fonogramas existe independiente de si el fragmento copiado es o no original, ello porque no se trata de una obra artística, sino que

¹²³ JÜTTE, Bernd y QUINTAIS, Joao. Advocate General turns down the music – sampling is not a fundamental right under EU copyright law. *European Intellectual Property Review* (2019), p. 2.

¹²⁴ Así lo estableció el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en *Costa con Enel* en sentencia de 15 de julio de 1964, donde se dictamina que el juez nacional competente se encuentra obligado a aplicar íntegramente el Derecho Comunitario, dejando sin aplicación toda disposición nacional eventualmente contraria a ésta, fundamentándose ello en la cesión de soberanía que los Estados Miembros realizan en favor de las instituciones comunitarias. En línea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=EN> Consultado el 08/10/2021.

de una materialidad protegida en razón de la inversión económica que se ha realizado, la que existe en cada parte del trabajo sin importar su extensión. Sin embargo, aquí es donde el tribunal alemán se aparta del estadounidense, y señala que no por ello es justificable que la protección a los fonogramas sea más amplia que la que se brinda a los propios autores sobre sus obras. La inversión en creatividad y tiempo para crear una obra artística también existe en su todo y en cada una de sus partes. Si por *fair use* son justificables apropiaciones mínimas sobre las obras artísticas para estimular el progreso de las artes, por analogía también dichas excepciones deberían permitirse tratándose de apropiaciones mínimas sobre fonogramas¹²⁵. Sin embargo, el tribunal estableció que dicha excepción no sería procedente en los casos que el productor de la obra posterior podía emular, imitar o reproducir el fragmento sampleado por sus propios medios, razón por lo cual acoge la demanda y condena a los productores sampleantes, que, a su juicio, contaban con la *expertise* y medios para emular los sonidos en el estudio.

Aquí es donde las cosas se vuelven complejas porque Pelham y Haas (sampleantes) recurren ante la Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) arguyendo que la exigencia añadida por la Corte Suprema Federal de que no haya sido posible emular, imitar o reproducir el fragmento por los propios medios del artista infractor era un criterio poco preciso y que atentaba contra el derecho fundamental de la libertad en la creación de las artes¹²⁶. Así, la Corte Constitucional acoge el requerimiento interpuesto por los productores demandados fundado en que el uso no autorizado de una sample de 2 segundos no constituye un atentado contra los derechos del productor de fonogramas de tal magnitud que amerite truncar la libertad de expresión y libertad en la creación de las artes¹²⁷. El tribunal razona acertadamente que la técnica del sample es una forma de expresión

¹²⁵ SENFTLEBEN, Martin. (2020). Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham. IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law. https://www.researchgate.net/publication/341253449_Flexibility_Grave_-_Partial_Reproduction_Focus_and_Closed_System_Fetishism_in_CJEU_Pelham Consultado el 07/07/2021.

¹²⁶ Corte Constitucional Federal de Alemania. Causa 1 BvR 1585/13. Párrafos 25 y 32. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/05/rs20160531_1bvr158513en.html Consultado el 08/07/2021.

¹²⁷ *Ibíd.* Párrafos 81-86.

legítima y muy popular en la música¹²⁸ y que obligar al creador de la obra a conseguir licencias cuando “haya podido emular los sonidos en el estudio” es un criterio vago e impreciso¹²⁹. Incluso, señala que no es justo exigir la licencia en todo caso porque el artista sampleado es libre de negarla, no subsistiendo recursos para el artista sampleante que desea llevar adelante su obra artística¹³⁰. Luego, devuelve los autos a la Corte Suprema Federal y recomienda que solicite una decisión prejudicial a la Corte de Justicia de la Unión Europea para aclarar cuestiones normativas relevantes para resolver la causa.

4.2.2 La Decisión de la Corte de Justicia de la Unión

Tras la recomendación de la Corte Constitucional Federal, la Corte Suprema Federal alemana hace una serie de consultas a la Corte de Justicia de la Unión Europea que dicen relación con la normativa aplicable y la naturaleza del sampling. En este apartado trataremos sólo las más importantes y que son de suma relevancia para el desarrollo jurisprudencial que se dará en el futuro en cada corte de los Estados Miembros.

Primera cuestión prejudicial: ¿Un sample musical sobre un fonograma constituye reproducción?

Para responder esta interrogante, el tribunal hace referencia al artículo 2 (c) de la Directiva 2001/29 sobre armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante la Directiva 2001/29), y señala que es el productor de fonogramas quien goza del derecho de reproducir en forma total o parcial sus fonogramas. Al respecto, no es relevante el hecho que se tome un fragmento pequeño, porque, aunque su extensión sea de sólo 2 segundos, sigue constituyendo una reproducción¹³¹.

¹²⁸ *Ibíd.* Párrafo 99.

¹²⁹ *Ibíd.* Párrafo 100.

¹³⁰ *Ibíd.* Párrafo 98

¹³¹ Corte de Justicia de la Unión Europea. Causa C-476/17, 29 de julio de 2019. Párrafo 29.

Luego, podemos identificar el considerando más importante en relación al sampling musical en el párrafo 31, donde la Corte señala que, no obstante, no existirá reproducción siempre y cuando el artista sampleante extraiga el fragmento y lo modifique en tal magnitud que el sample original se vuelva irreconocible al ser escuchado. Esto lo justifica en la necesidad de garantizar el Derecho Fundamental de la libertad de expresión (arts. 10 y 11 Carta Derechos Fundamentales UE) y la libertad en la creación de las artes (art. 13), por lo que los derechos del productor de fonogramas sobre sus fonogramas no pueden ser absolutos y obstaculizar la creación de nuevas obras:

Sin embargo, cuando un usuario, en el ejercicio de la libertad de las artes, extrae una muestra sonora de un fonograma para usarla, de forma modificada y que no resulta reconocible al escucharla, en una nueva obra, procede considerar que tal uso no constituye una «reproducción» en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29.¹³²

Además, encuentra justificación de orden económica en el sentido que esta reproducción limitada e irreconocible del fonograma contenida en el sample no constituye una amenaza para el retorno de la inversión económica realizada por el productor de fonogramas, cual es el principal objetivo de proteger los derechos conexos de estos sujetos¹³³.

Por tanto, la Corte a semejanza de los tribunales estadounidenses, considera de suma importancia el valor transformativo envuelto en la operación, el cual es un criterio determinante para estimar un uso como lícito o abusivo.

Segunda cuestión prejudicial: ¿Samplear constituye un acto de piratería?

El Tribunal Supremo Alemán consulta a la Corte si a estas causas de samples les pueden ser aplicadas las disposiciones de la Directiva 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (en adelante la Directiva 2006/115). Más específicamente, si las obras que contienen samples no autorizados pueden ser consideradas copias que atentan contra el

¹³² *Ibíd.* Párrafo 31.

¹³³ *Ibíd.* Párrafos 37 y 38.

derecho de distribución de que goza el productor de fonogramas sobre sus fonogramas en los términos del artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115.

Para resolver, la Corte trae a colación la *ratio legis* de la Directiva 2006/115, cual es proteger a los productores de fonogramas respecto del mercado creciente de la piratería, para así garantizar un retorno respecto de las inversiones realizadas por este importante actor en la difusión de las artes.

Ahora, la Corte es clara en señalar que la técnica del sampling no puede ser considerada como un acto de piratería, por la corta extensión de la copia, sumado al proceso de transformación que hay de fondo, por lo que concluye que es imposible que llegase a existir una sustitución en la oferta del mercado:

Pues bien (...) sólo un soporte que incorpora la totalidad o una parte sustancial de los sonidos fijados en un fonograma puede, por sus características, sustituir a los ejemplares lícitos de este y, por lo tanto, constituir una copia de dicho fonograma, en el sentido del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2006/115.

En cambio, ese no es el caso de un soporte que, sin tomar la totalidad o una parte sustancial de los sonidos fijados en un fonograma, se limita a incorporar muestras musicales, en su caso, modificadas, transferidas desde ese fonograma para crear una obra nueva e independiente de tal fonograma.¹³⁴

Tercera cuestión prejudicial: ¿Puede un Estado miembro ampliar el catálogo de excepciones o limitaciones a los derechos de autor y conexos de los establecidos en el artículo 5° de la Directiva 2001/29?

Para la Corte, la lista de excepciones y limitaciones del artículo 5° de la Directiva ya citada es exhaustiva porque tiene como propósito la armonización de los derechos de autor y afines dentro de los Estados miembros:

La exigencia de coherencia al aplicar dichas excepciones y limitaciones no podría garantizarse si los Estados miembros tuvieran libertad para determinar tales excepciones y

¹³⁴ *Ibíd.* Párrafos 46 y 47.

limitaciones al margen de las establecidas expresamente en la Directiva 2001/29 (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de noviembre de 2015, *Hewlett-Packard Belgium*, C-572/13, EU:C:2015:750, apartados 38 y 39). Por lo demás, el Tribunal de Justicia ya ha subrayado que ninguna disposición de la Directiva 2001/29 prevé la posibilidad de que los Estados miembros amplíen el alcance de esas mismas excepciones o limitaciones¹³⁵

A través de esta disposición es que el tribunal cierra la puerta a las excepciones de *free use* que se desarrollan en cada país miembro, toda vez que la directiva establece un catálogo de excepciones y limitaciones al derecho de autor y conexos que es exhaustiva y no contempla hipótesis alguna de uso justo.

Esta decisión va en línea con los principios fundamentales del efecto directo de las normas comunitarias, y de la primacía del derecho comunitario sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, los cuales permiten la existencia y funcionamiento de un sistema jurídico comunitario que se distingue del derecho estatal, como también del Derecho Internacional Público¹³⁶.

Cuarta cuestión prejudicial: ¿Puede un sample constituir una cita?

Al respecto, la Corte señala que siempre y cuando se trate de una sample reconocible, y que se cumpla con los requisitos de la letra d), apartado 3 del artículo 5 de la Directiva 2001/29, se podría esgrimir la defensa de la cita con respecto al uso no autorizado de una composición musical o un fonograma.

Cuando el autor de una nueva obra musical utiliza una muestra sonora (sample) extraída de un fonograma que es reconocible al escucharla en la obra nueva, el uso de esa muestra sonora puede, en función de las circunstancias del caso, constituir una «cita», con arreglo al artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29, a la luz del artículo 13 de la Carta, siempre que dicho uso tenga por objeto interactuar con la obra de la que se haya extraído la muestra, en el sentido de lo expuesto en el apartado 71 de la presente sentencia, y se

¹³⁵ *Ibíd.* Párrafo 64.

¹³⁶ J.-Victor Louis, *El ordenamiento jurídico comunitario*. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, (1987), pp. 33-34.

cumplan los requisitos establecidos en el citado artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva.¹³⁷

Sin embargo, en el caso de autos, la sample ha sido transformada a tal nivel que no es posible establecer un diálogo con la obra previa, por lo que no es factible acoger la limitación o excepción del derecho de cita.

4.2.3 Conclusión

La Corte de la Unión Europea establece un importante precedente para los Estados Miembros: no es necesario obtener autorización para el uso de samples que tras un proceso de transformación se vuelven irreconocibles al ser escuchadas. Este tipo de usos no pueden ser considerados como un acto de “reproducción” no autorizado.

La Corte justifica acertadamente la decisión en el adecuado balance que debe existir entre los derechos fundamentales de libertad de expresión y libertad en la creación de las artes por un lado, y el derecho de propiedad sobre las creaciones por otro: ello es justo porque una obra modificada a tal magnitud no puede sustituir a la obra previa en el mercado, por lo que no existe un verdadero menoscabo económico para la propiedad del productor de fonogramas.

Sin embargo, no deja de ser curioso que la Corte haya encasillado el acto de samplear sin autorización derechamente como una transgresión al derecho de reproducción sin hacer mención al derecho a realizar obras derivativas. No obstante, es probable que la Corte haya tomado tal dirección debido a que la Directiva 2001/29 no aborda el tema de las obras derivativas y no se quiso recurrir al Convenio de Berna (que sí lo trata) como fuente externa a las normas de la Unión Europea.

Por otro lado, es de suma importancia el hecho que la Corte recalca que las excepciones al derecho de autor y conexos contenidas en la Directiva 2001/29 son exhaustivas por lo que cierra la puerta a la aplicación del *free use* alemán e indirectamente para los demás Estados

¹³⁷ *Ibíd.* Párrafo 72.

Miembros. Austria también contiene una norma de *freie Benutzung*¹³⁸, y otros Estados Miembros como Suecia¹³⁹ e Italia¹⁴⁰ vienen desarrollando jurisprudencia muy cercana a la tradición del *fair use* en el sentido de que la apropiación no autorizada de ciertos fragmentos de obras artísticas puede no constituir infracción al derecho de autor cuando la obra resultante cuenta con nuevos elementos creativos que la diferencian suficientemente de la anterior, contemplando limitaciones genéricas fuera del sistema clásico latino-germano de excepciones exhaustivas¹⁴¹.

Otra buena noticia para los artistas sampleantes es que la sentencia abre la puerta a la posibilidad de considerar las samples musicales como “citas” por lo que su uso no autorizado podría constituir una excepción o limitación al derecho de autor y conexos. Sin embargo, deja claro que deben cumplirse las exigencias de la Directiva 2001/29, dentro de la cuales encontramos la identificación precisa del trabajo original, algo que no se suele realizar en el sample. Esta estrategia de defensa podría utilizarse cuando la sample ha sido objeto de pocas modificaciones, por lo que el trabajo original sigue siendo reconocible al ser escuchado. Esta postura permitiría samplear trabajos con el fin de establecer diálogos con obras previas, como suele utilizarse en la cultura del hip-hop con las canciones del R&B y Soul de la década de 1980, o como en el electrotango donde se suelen samplear discursos de personajes icónicos de la cultura trasandina como el Che Guevara, Evita Perón o Carlos Gardel¹⁴².

En lo relativo a críticas que ha recibido la sentencia, se ha hecho hincapié sobre la ambigüedad del criterio utilizado por la Corte para calificar una sample como reproducción: si la obra original es “reconocible al ser escuchada”. ¿Para quién debe ser reconocible? ¿Qué

¹³⁸ Sec. 5(2) Austrian Copyright Act.

¹³⁹ Corte Suprema de Suecia (Högsta Domstolen), causa T n°1963-15, 21 de febrero de 2017.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Italia (Corte di Cassazione), causa n°14635/2018 de 6 de junio de 2018 *Big Red/Gabbibo*.

¹⁴¹ SENFTLEBEN, Martin. (2020). Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham. IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law. https://www.researchgate.net/publication/341253449_Flexibility_Grave_-_Partial_Reproduction_Focus_and_Closed_System_Fetishism_in_CJEU_Pelham Consultado el 07/07/2021.

¹⁴² Sobre el tema del sampling en el electrotango argentino véase Evita, el Che, Gardel y el gol de Victorino: Funciones y Significados del Sampleo en el Tango de María Emilia Greco y Rubén López Cano. Latin American Music Review, University of Texas Press, Vol. 35, N°2, fall/winter (2014).

determina que una obra sea reconocible? Sin lugar a dudas el criterio esbozado por la corte sigue siendo un área gris que necesitará de amplio desarrollo jurisprudencial para poder adquirir certeza jurídica¹⁴³. Sin embargo, desde ya podemos afirmar que la extensión del fragmento no es un criterio a considerar para resolver esta interrogante, pues incluso el uso no autorizado de ínfimos fragmentos puede constituir un acto de reproducción. Ello también ha resultado en críticas por parte de la doctrina por la reticencia en aplicar el principio *de minimis* en estos casos donde las apropiaciones de 2 segundos parecen bagatelas que no ameritan tal nivel de desgaste judicial¹⁴⁴.

¹⁴³ VAN BESIEN, Bart. Music Sampling and Copyright law in the EU: Recent ECJ decision (2019). <https://finnianscolumba.be/en/music-sampling-copyright-law-eu/> Consultado el 03/07/2021.

¹⁴⁴ BENSAMOUN, Alexandra y SIRINELLI, Pierre. Exceptions (in general and in particular), rights, freedom of expression...: 'je t'aime, moi non plus...' Case Law. RIDA 263, Enero de 2020. P. 105.

CAPÍTULO V: EL SAMPLE EN EL DERECHO NACIONAL

La protección al derecho de autor deriva del deber que impone la Constitución Política de la República de proteger el derecho de propiedad. Es así como el numeral 24 del artículo 19, reconoce “*el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*”, donde claramente podemos ubicar los derechos de autor dentro del segundo grupo. No obstante, el constituyente asigna tal nivel de importancia a la propiedad intelectual que el numeral 25 del artículo ya referido, reitera su protección a través de una referencia mucho más específica:

La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Es fácil hallar la huella del *droit d’auteur* francés en el derecho de autor nacional, toda vez que a nivel constitucional ya se mencionan expresamente los derechos morales que gozan los autores sobre sus obras.

Nuestra legislación no aborda el tema del muestreo o *sampling* musical en forma específica, lo cual es de esperarse ya que ninguna legislación a nivel comparado lo hace. De la misma forma, los tribunales nacionales nunca han resuelto una controversia originada por un uso no autorizado de *samples*. Es por esto que la principal tarea de esta investigación será enmarcar esta técnica dentro de algunas de las figuras normativas contempladas por el ordenamiento.

5.1 DERECHO DE AUTOR SOBRE LA COMPOSICIÓN MUSICAL

A nivel legal, los derechos de autor y afines son regulados a través de la ley 17.336 de Propiedad Intelectual de 1970, la cual ha sido objeto de variadas modificaciones hasta la fecha. En este apartado estudiaremos el marco normativo relevante para nuestro tema de estudio sobre las samples musicales.

Con relación al objeto de protección, el artículo tercero señala:

Art. 3°- Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley:

(...)

4) Las composiciones musicales, con o sin texto

(...)

14) Las adaptaciones, traducciones y otras transformaciones, cuando hayan sido autorizadas por el autor de la obra originaria si ésta no pertenece al patrimonio cultural común.

En primer lugar, podemos señalar que se trata de una enumeración meramente enunciativa y no taxativa, lo que se desprende de la expresión *especialmente*. Luego, podemos constatar que se consagra expresamente la protección por el derecho de autor a las composiciones musicales (partituras y lírica), mas no a las grabaciones sonoras como en el copyright estadounidense. Ello nos abre la siguiente interrogante ¿están las grabaciones sonoras protegidas por el derecho de autor? La pregunta es relevante porque, tal como vimos en el derecho estadounidense, el dilema de las samples digitales gira en torno a las grabaciones sonoras principalmente, sin perjuicio de que pueda discutirse también la infracción a la composición musical subyacente.

Entonces, aquí podemos comenzar con un punto de comparación entre la legislación nacional y la estadounidense, en el sentido que nuestro derecho no reconoce expresamente las grabaciones sonoras como obras protegidas por el derecho de autor. Al contrario, como

veremos más adelante, el productor de fonogramas se resguarda bajo otro abanico de derechos, los denominados “derechos conexos”.

En cuanto a las facultades de que goza el autor de la composición musical sobre su obra, encontramos los derechos morales y patrimoniales. Los derechos morales los veremos en un apartado específico más adelante. En relación a los derechos patrimoniales, éstos permiten al titular o a quien éste autorice, a utilizar la obra en cualquiera de las formas del artículo 18. Para nuestro estudio son relevantes la facultad de reproducción y adaptación contenidas en las letras b y c, respectivamente:

b) Reproducir la por cualquier procedimiento;

c) Adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción

Tal como lo hemos visto en capítulos anteriores, el acto de samplear involucra el ejercicio del derecho a reproducir la obra, por lo que, en el caso de las composiciones musicales y fonogramas, quien samplea sin su debida autorización, atenta contra los derechos de los artistas y productores de fonogramas. Tratándose de obras derivativas como sátiras, parodias o remezclas musicales, junto con el derecho a reproducción también se atentaría contra el derecho a la adaptación.

5.2 DERECHOS CONEXOS DEL PRODUCTOR DE FONOGRAMAS SOBRE SUS FONOGRAMAS

Como acabamos de mencionar, el sujeto del derecho de autor sobre la composición musical será el autor de la obra, tal como lo señala el artículo 7° de la ley 17.336. Ahora bien, para que este compositor obtenga provecho económico de esta obra artística, es menester que esta sea grabada, editada y masterizada. Este proceso usualmente será encabezado por un productor de fonogramas, quien es definido por la letra k) del artículo 5° de la referida ley en los siguientes términos:

k) Productor de fonogramas significa la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos.

De la definición podemos resaltar el carácter económico de este sujeto que puede ser incluso una persona jurídica en contraposición al autor que sólo puede ser una persona natural. Por otra parte, reafirma esta importancia mercantil el hecho que se le atribuye la responsabilidad económica de llevar a cabo la primera fijación de sonidos de una ejecución.

En cuanto al objeto de protección, el mismo artículo en su letra m) define el fonograma¹⁴⁵ y su copia como:

m) Fonograma: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos.

Copia de fonograma: el soporte que contiene sonidos tomados directa o indirectamente de un fonograma, y que incorpora la totalidad o una parte substancial de los sonidos fijados en él. (El subrayado es nuestro).

De ambas definiciones podemos concluir que cuando la legislación nacional habla del fonograma, se habla de la primera fijación de los sonidos de una ejecución, mientras que la copia del fonograma sería el soporte, la materialidad que contiene aquellos sonidos. Si hacemos un símil con el copyright estadounidense, podríamos afirmar que el “fonograma” es lo mismo que el “sound recording” o “master recording”. En la terminología del Derecho Romano, el fonograma sería el *corpus mysticum* u obra protegida, y la copia del fonograma, el *corpus mechanicum*, el soporte material que porta la obra del artista, intérpretes y del productor de fonogramas¹⁴⁶.

Por otro lado, la ley 17.336 trata los derechos del productor de fonogramas sobre sus fonogramas como un derecho conexo del título II, diferenciando su naturaleza de los derechos de autor del título I. El artículo 68 nos enumera en qué consiste esta protección:

¹⁴⁵ Definición que coincide con Convenio de Roma, artículo 3 letra b).

¹⁴⁶ ANTEQUERA, Ricardo. Derecho de Autor Tomo I. Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998, p. 137.

Art. 68. Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción, el arrendamiento, el préstamo y demás utilidades de sus fonogramas, incluyendo la distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su fonograma que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley.

Lo importante de este artículo es que establece que es el productor de fonogramas quien gozará de la facultad de ejercer su derecho a reproducir sus fonogramas, al igual que en el derecho estadounidense, e igual que el autor con respecto a la composición musical en ambas legislaciones. Por tanto, queda claro que en el uso no autorizado de un sample, si consideramos éste como una reproducción limitada que se hace sobre una obra o trabajo, se estaría atentando contra un derecho legítimo del productor de fonogramas resguardado en el artículo 68°. Asimismo, si el sample resulta en la creación de una obra derivada se estaría atentando contra el derecho a la adaptación que a nuestro juicio se contempla en el artículo 68 en la expresión “*y demás utilidades de sus fonogramas*”.

En cuanto a la relación que existe entre los derechos de autor y derechos conexos, los incisos 2° y 3° del artículo 65 señalan:

Artículo 65.- [inc. 2°] Ninguna de las disposiciones de esta ley relativa a los derechos conexos podrá interpretarse en menoscabo de la protección que ella otorga al derecho de autor.

Cuando sea necesaria la autorización del autor de una obra incorporada a un fonograma y la autorización del artista, intérprete o ejecutante y del productor del fonograma, éstas deberán concurrir sin que unas excluyan a las otras.

El inciso segundo establece lo que se conoce en doctrina como la “salvaguardia del derecho de autor”, la cual parecería dar preponderancia a los primeros por sobre los segundos y que está presente en variadas legislaciones nacionales e internacionales en el globo¹⁴⁷. Sin embargo, el inciso tercero que se refiere a la relación entre artistas, intérpretes y

¹⁴⁷ Artículo 1, Convención de Roma; artículo 1 (2), TOIEF; artículo 131, Real Decreto Legislativo Nº 1/1996, España; Artículo 165, Ley Nº 23 de 1982, Sobre Derechos de Autor, Colombia.

productores de fonogramas asegura el respeto a la voluntad de todos los involucrados en la realización de la obra musical, sin establecer privilegios de unos por sobre otros. Por tanto, al momento de licenciar un uso para samplear una canción, el artista interesado tendrá que obtener la autorización de todos los actores involucrados, tanto el autor de la composición como el productor de fonogramas.

5.3 ANÁLISIS DE LEGISLACION ESTADOUNIDENSE Y CHILENA EN LO RELATIVO A SUJETOS DE DERECHO SOBRE EL FONOGRAMA O GRABACIÓN SONORA

A pesar de las diferencias ya señaladas entre la protección del copyright estadounidense sobre la grabación sonora (como obra) y la de los derechos conexos sobre los fonogramas, podemos afirmar que ambas tienen la misma finalidad. Si bien las técnicas legislativas difieren estableciendo diferentes clases de sujetos de derechos distintos, a fin de cuentas, se busca proteger a quien invierte recursos económicos para fijar la ejecución o interpretación de una composición en un fonograma. En consecuencia, podemos afirmar que los derechos de que goza cada sujeto son similares sino idénticos.

El § 114 del Copyright Act establece que el titular del copyright sobre la grabación sonora goza de los derechos de:

- i) Reproducción a través de copias o fonogramas
- ii) Creación de obras derivativas basadas en la obra
- iii) Distribución al público a través de venta, renta, préstamo, lease o cualquier otra que transfiera la propiedad sobre ella.
- iv) Ejecutarla públicamente sólo por medios digitales.

Mientras que el inciso primero del artículo 68 de la ley 17.336 reza:

Art. 68. Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción, el arrendamiento, el préstamo y demás utilizaciones de sus fonogramas, incluyendo la distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su fonograma que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley. (El subrayado es nuestro).

Tal como vimos en el apartado anterior, la expresión subrayada abre las puertas para interpretar en forma amplia la protección del productor de fonogramas sobre sus fonogramas, abarcando los mismos derechos que se contemplan en la legislación norteamericana. En materia de sample, esta interpretación será de suma importancia cuando se discuta sobre qué derecho se transgrede al utilizar un sample, si se trata del derecho de reproducción o el derecho a crear obras derivativas. La norma prevé expresamente que el derecho de reproducción protege al productor de fonogramas, pero el segundo no. Sin embargo, a nuestro juicio, la expresión subrayada “*y demás utilizaciones de sus obras*” contempla el derecho a crear obras derivativas y ella debiese ser la interpretación adoptada por el juez. Sería absurdo que en un caso se determine que el derecho atentado no es el de reproducción, sino que el derecho a crear obras derivativas y por el sólo hecho de no estar expresamente señalado en el artículo 68, se desproteja de esa forma al productor de fonogramas.

5.4 AUTORIZACIÓN, OBRA ORIGINARIA Y DERIVATIVA

Tal como se ha venido hablando a lo largo de este trabajo, podemos considerar la técnica del sample como una reproducción parcial que se realiza sobre una obra, o bien como una transformación que se realiza de una obra originaria para crear una obra derivativa, según el uso estético que se haya hecho de la obra en cada caso. Incluso, se podría discutir que implica el ejercicio de ambos derechos, porque se reproduce un pequeño fragmento que a su vez se transforma para resultar en una obra diversa. En fin, como ambos derechos corresponden en exclusivo al autor y productor de fonogramas, en ambos casos se

requerirá de una licencia o autorización para hacer uso de ellos. La Corte Suprema ha señalado al respecto:

Quinto: Que, a la luz de la normativa, regulada en la Ley N° 17.336, una de las características propias del derecho patrimonial del autor es que es exclusivo, es decir, solamente el titular tiene la facultad de autorizar o prohibir toda explotación de la obra.¹⁴⁸

De esta forma, nuestra legislación nacional regula cohesivamente la autorización a propósito de la creación de obras derivativas en el título I sobre el derecho de autor.

Ahora, sin perjuicio de que no se mencionen los fonogramas como objetos del derecho de autor, recordemos que la enumeración del artículo 3° no es taxativa por su expresión “*especialmente*”, por lo que los podríamos estimar incluidos si se cumple con los requisitos generales de originalidad en la forma de expresión. Incluso, si ello no fuera posible, siempre queda a salvo la interpretación amplia de la expresión “*y demás utilizaciones de sus fonogramas*” contenida en el artículo 68 del título II sobre derechos conexos, para así estimar que es el productor de fonogramas quien puede autorizar la creación de obras derivativas sobre sus fonogramas.

Así, haremos un estudio de las normas del título I, siempre teniendo en consideración que ellas pueden ser aplicadas tanto para la utilización de la composición musical como la utilización del fonograma.

Para comenzar, el artículo quinto nos brinda ciertas definiciones relevantes para nuestra investigación. Se define a la obra originaria como “*aquella que es primigénitamente creada*”, y la obra derivada como “*aquella que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación autónoma*”. En este caso, dicha exigencia de autonomía se puede explicar en relación a que para que la obra derivada pueda ser tal, requiere de originalidad, pues de otro modo sólo constituiría una mera reproducción o copia de la originaria (en cuyo caso, también se requeriría licenciar el uso).

¹⁴⁸ Corte Suprema, ROL N°41891-2017 de 31/07/2019.

Otra definición relevante del artículo quinto es la de transformación, que el legislador define como *“todo acto de modificación de la obra, comprendida su traducción, adaptación y cualquier otra variación en su forma de la que se derive una obra diferente.”* Se podría decir que el acto del sampling musical es una especie de transformación que se hace de la obra originaria a una derivada. En este caso, la obra originaria sería la canción sampleada y la obra derivada la canción resultante del uso del fragmento.

Luego, es relevante también el artículo 3° que enumera aquellas obras que quedan especialmente amparadas bajo el derecho de autor, dentro de las cuales encontramos el numeral 14 que resguarda las *“adaptaciones, traducciones y otras transformaciones, cuando hayan sido autorizadas por el autor de la obra originaria si ésta no pertenece al patrimonio cultural común”*. Como se puede ver, la norma ya condiciona la protección de los derechos de autor sobre esta obra derivada sólo si ésta ha sido autorizada por el autor de la obra originaria. Se vuelve a reiterar esta idea de la autorización para otorgar protección a la obra derivativa cuando se habla de titulares del derecho de autor en el artículo noveno, y también en los artículos 17° y 18° que hablan sobre derechos patrimoniales, y el artículo 19° que prohíbe el uso de cualquier obra del dominio privado sin la autorización expresa del titular del derecho de autor.

Es clara la relevancia que el legislador que otorga a la autorización como elemento central para la creación de obras derivativas. Es así que en el artículo 20° de la ley define qué se entenderá por autorización:

Art. 20° Se entiende, por autorización, el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece.

La autorización deberá precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, señalando el plazo de duración, la remuneración y su forma de pago, el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados o si son ilimitados, el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga. La remuneración que se acuerde no podrá ser inferior, en caso alguno, al porcentaje que señale el Reglamento.

Esta autorización expresa es lo que se conoce como contrato de licencia, y que en materia de sample es conocido en Norteamérica como el contrato de *sample clearance*.

En coherencia con nuestra interpretación extensiva a los fonogramas, esta autorización deberá ser otorgada tanto por el autor de la composición musical, como por el productor de fonogramas cuando corresponda, a la usanza del copyright estadounidense.

5.5 DERECHOS MORALES DEL AUTOR

En nuestro sistema de propiedad intelectual heredero del derecho continental romano, los derechos morales del autor son de suma relevancia. La existencia de estos se justifica en la concepción del derecho natural que estima las creaciones intelectuales como aquella propiedad más preciada de los individuos, debido a que consisten en expresiones de su espíritu y personalidad¹⁴⁹. Ello permite explicar la inalienabilidad que los caracteriza y que es establecida por el legislador en el artículo 16°.

Tal como su nombre lo señala, estos derechos sólo los goza autor de la obra, mas no el productor de fonogramas. Esto implica en nuestro campo de estudio, que quien estará legitimado para hacer valer estos derechos será sólo el artista respecto del uso no autorizado de su composición musical, no pudiendo el productor de fonogramas hacerlo frente al uso de sus fonogramas¹⁵⁰.

Los derechos morales del autor son enumerados por el artículo 14° y los más relevantes para nuestro estudio son los numerales primero y segundo:

Art. 14°- El autor, como titular exclusivo del derecho moral, tiene de por vida las siguientes facultades:

1) Reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido.

¹⁴⁹ FICSOR, Mihály. Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2003), P. 7.

¹⁵⁰ Esto puede ser explicado por el contenido netamente patrimonial que envuelve la protección a los derechos conexos.

2) Oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin expreso y previo consentimiento. No se considerarán como tales los trabajos de conservación, reconstitución o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico.

El numeral primero referente a la paternidad sobre la obra cobra relevancia porque es usual que el artista que samplea una obra, no reconozca o no referencie explícitamente la titularidad del autor originario respecto de su pieza sonora. Esto puede explicarse porque si se referenciara la paternidad del autor de la obra originaria sampleada, queda reconocida en forma explícita su utilización, por lo que aumentarían los riesgos de litigación posterior si el artista que samplea no obtuvo la autorización previa. Esto es más patente si tomamos en cuenta que en la realidad nacional, los artistas que utilizan la técnica del sampling usualmente son independientes y no cuentan con un presupuesto que les permita licenciar los usos, por lo que a priori no les conviene reconocer la autoría del sample original. Esto desemboca en un gran problema porque se pasa a llevar el derecho de paternidad del autor de la obra original respecto del fragmento sampleado e incluido en la nueva obra. En este sentido podemos afirmar que si se samplea una canción sin autorización del autor, siempre conservará su derecho a que se reconozca su paternidad sobre la obra sampleada y la obra que deriva de ella. Esto, independiente de que el artista haya cedido sus derechos patrimoniales.

Por otro lado, el numeral segundo es conocido a como el derecho de integridad. Este es de especial importancia en materia de sampling, ya que el autor de la obra sampleada puede haberse desprendido o cedido sus derechos patrimoniales de reproducción, por ejemplo, pero siempre conservará este derecho moral en virtud del artículo 16 de la ley que establece su inalienabilidad.

En el copyright estadounidense en cambio, no existen los derechos morales de autor como tal, sino que se regulan bajo el acápite “Derechos de ciertos autores a la atribución e integridad”¹⁵¹ en el Copyright Act de 1976 y sólo se consagran para autores de obras de artes visuales. Tal como su título lo adelanta, los derechos morales asegurados a estos

¹⁵¹ § 106A · Rights of certain authors to attribution and integrity

artistas sólo consisten en: paternidad, es decir, reivindicar su autoría sobre la obra; e integridad, que consiste en prevenir el uso de su nombre en caso de distorsión, mutilación u otra modificación de la obra que sea perjudicial para su honor o reputación. Por lo tanto, podemos concluir que la legislación nacional resguarda con mayor intensidad los derechos del autor sobre la obra originaria, contando no sólo las acciones derivadas de su derecho patrimonial, sino que también aquellas que emanan de los derechos morales.

Sin embargo, el derecho anglosajón del Reino Unido sí contempla los derechos morales de paternidad e integridad para los autores de composiciones musicales¹⁵². El derecho a la integridad permite al autor objetar los usos de su obra siempre y cuando estos sean “derogatorios”¹⁵³. Este derecho permite al autor mantener cierto nivel de control sobre el uso de su obra aún cuando cedió los derechos patrimoniales al sello discográfico u otros terceros. En *Morrison Leahy v. Lightbond*¹⁵⁴, el cantautor George Michael hizo valer su derecho moral a la integridad para objetar la creación de un *medley* que sampleaba sus canciones, a pesar de que su sello discográfico- dueño del copyright sobre las obras- había otorgado la licencia respectiva para el uso de las obras. Sin embargo, el tribunal desechó la medida prejudicial promovida por George Michael debido a que no pudo probar que el carácter original de la obra había sido afectado en forma derogatoria por el uso¹⁵⁵.

En la misma línea, en *Confetti Records v. Warner Music UK*¹⁵⁶, el tribunal señala que para establecer si cierto uso de una obra es derogatorio, se debe proceder en un análisis objetivo que tome en cuenta la percepción de una persona razonable, no uno subjetivo que provenga de la percepción del mismo artista que entabla la demanda. En el fallo, no se acogió la demanda porque el artista no pudo acreditar de manera objetiva el daño a la

¹⁵² Copyright, Designs and Patents Act 1988. Secciones 77 – 84. En línea: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents> Consultado el 01/08/2021.

¹⁵³ *Ibíd*, Secciones 80 y 205 F. *Derogatory treatment*.

¹⁵⁴ *Morrison Leahy Music Ltd v Lightbond Ltd* [1993] EMLR 144.

¹⁵⁵ *Ibíd*, 151.

¹⁵⁶ *Confetti Records, Fundamental Records & Andrew Alcee v. Warner Music UK Ltd (t/a East West Records)* [2003] EWCH 1274 (CH).

honra, reputación o menoscabo que se produjo por la creación de un rap que samplea una obra previa¹⁵⁷.

La doctrina comparada ha señalado que esta defensa a través del derecho moral a la integridad tiene mayores posibilidades de prosperar cuando se altera el mensaje o las letras de una canción en detrimento de la reputación del artista de la obra originaria. Sin embargo, esto es mucho más probable que ocurra tratándose de una parodia o sátira que utilice la técnica del sampling para establecer la relación con el objeto parodiado¹⁵⁸.

De esta forma, podemos concluir que para ejercer el derecho moral a la integridad y oponerse a determinados usos, no basta que a través de un sample se utilice la obra en un contexto que no es de agrado del artista, sino que es necesario que exista un verdadero menoscabo al valor artístico de la misma, tal como lo exige el numeral 2° del artículo 14 de la normativa nacional. Se debe evitar que el artista utilice el derecho moral de integridad como un subterfugio para mantener el control absoluto sobre el destino de la obra, aun cuando se ha desprendido de los derechos patrimoniales sobre ella.

5.6 EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR: ¿FAIR USE EN CHILE?

En Chile no existe un sistema de *fair use*, sino que un catálogo de excepciones al derecho de autor y conexos que es exhaustivo y está establecido en el título III de la ley 17.336. Podríamos incluso señalar que nuestro sistema es más cercano al *fair dealing* de Reino Unido¹⁵⁹ porque las excepciones están establecidas taxativamente no existiendo una fórmula genérica que permita al juez salir de los rígidos márgenes ya establecidos. Este catálogo de limitaciones y excepciones fueron introducidas a través de la ley 20.435 de 2010 y permitieron a Chile acercarse a la tendencia mundial de la flexibilización de los derechos

¹⁵⁷ *Ibíd*, 157.

¹⁵⁸ SAINSBURY M, 'Parody, Satire, Honour and Reputation: The Interplay between Economic and Moral Rights' (2007) 18 *Australian Intellectual Property Journal*. p. 163.

¹⁵⁹ The Design and Artists Copyright Society (DACS). Copyright Uncovered: Fair use v. Fair dealing. <https://www.dacs.org.uk/latest-news/copyright-uncovered-%E2%80%93-q3-2018-fair-use-v-fair-deal?category=For+Artists&title=N>. Consultado el 12/07/2021

para regular casos particulares en los cuales los usos no autorizados respecto de ciertas obras estarían permitidos en pro del desarrollo de las artes y ciencias y afrontar los desafíos de los rápidos avances tecnológicos¹⁶⁰.

Cabe recordar que el régimen de excepciones sólo se aplica como limitante a los derechos patrimoniales del autor, nunca a los derechos morales. Es por ello, que cualquier uso amparado bajo una excepción siempre deberá respetar los derechos a la paternidad, inédito, mutilación y anónimo¹⁶¹.

El primer artículo del título en examen ya es relevante para nuestro estudio debido a que establece que las limitaciones serán aplicables tanto a los derechos de autor como a los derechos conexos, por tanto, éstas podrían ser invocadas como defensa en hipótesis de uso no autorizado sobre composiciones musicales y fonogramas.

A continuación, estudiaremos sólo las excepciones y limitaciones relevantes para nuestro tema, dentro de las cuales encontramos el derecho de cita del artículo 71 B y el uso incidental del artículo 71 Q.

5.8.1 Derecho de Cita

La excepción conocida como derecho de cita se encuentra regulada en el artículo 71 B que señala:

Artículo 71 B.- Es lícita la inclusión en una obra, sin remunerar ni obtener autorización del titular, de fragmentos breves de obra protegida, que haya sido lícitamente divulgada, y su inclusión se realice a título de cita o con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor.

Esta es una de las licencias obligatorias de uso libre y gratuito, por lo que no es necesario obtener permiso del derechohabiente ni remunerarlo por ello¹⁶². Del análisis de la historia

¹⁶⁰ ALVAREZ, Daniel y PAIVA, Marcela. Reformas a la ley chilena de propiedad intelectual: el desafío de una regulación equilibrada. G-20 y Gobernanza Global. Internacional Centre for Trade and Sustainable Development. Volumen 11. Nro 2. Julio 2010. p. 15-16.

¹⁶¹ BARRENECHEA, Alejo. Régimen de excepciones y limitaciones al Derecho de los Autores. Revista Derecho & Sociedad N°49 (2017), P. 56. En línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6754540.pdf> Consultado 12/07/2021.

¹⁶² *Ibíd*, p. 58.

legislativa de esta norma podemos afirmar que ésta ha sido creada con el propósito de ser aplicada para el uso de obras literarias. Ello porque previo a la reforma del 2010, la norma se ubicaba en el artículo 38 de la ley 17.336 y su reglamento establecía que el fragmento citado consistía en una reproducción parcial de un párrafo de la obra literaria que no podía exceder de 10 líneas¹⁶³. También podemos señalar que la norma se inspira en las directrices establecidas por el artículo 10 n°1 del Convenio de Berna, el cual contempla una estructura similar y la enunciación de los mismos 4 requisitos presentes en la norma nacional:

- 1) La obra citada debe haber sido lícitamente publicada.
- 2) La cita sólo puede recaer sobre un fragmento breve de obra protegida.
- 3) Cita realizada con fines de crítica, ilustración, enseñanza o investigación.
- 4) Mención a la fuente, título y autor.

Si bien la norma se ha contemplado originariamente para las obras literarias, no existe disposición legal alguna que prohíba interpretar esta norma para el uso no autorizado de fonogramas o composiciones musicales. Es más, la disposición hace referencia genérica a “obras”, mas no a literarias. En el capítulo I sobre la estética del sample ya abordamos cómo esta forma de arte puede establecer un diálogo con una obra previa, incorporando su narrativa a una nueva obra realizada bajo otro contexto¹⁶⁴. La reproducción literal de una porción de fonograma o de una composición musical puede ser perfectamente asimilable con la reproducción literal de un fragmento literario de una obra anterior¹⁶⁵. En ambos casos de citas se referencia una obra previa que es objeto de un comentario u homenaje por lo que se cumple con el requisito n°3).

Con respecto a los demás requisitos, las samples siempre recaen sobre obras publicadas, sean composiciones o fonogramas, por lo que se satisface el n°1).

¹⁶³ TORRES, Hernán. Derecho de Cita en las Obras Literarias. <https://www.lwyr.cl/opinion/derecho-de-cita-en-las-obras-literarias>. Consultado el 13/07/2021.

¹⁶⁴ Sobre el reciclaje, cita y alusiones musicales véase BURKHOLDER, Peter. The Uses of Existing Music: Musical Borrowing as a Field. Music Library Association, Second Series, Vol. 50, No. 3 (Mar., 1994). En línea: <https://www.jstor.org/stable/898531> Consultado el 14/08/2021.

¹⁶⁵ RYCHLICKI, Tomasz y ZIELIŃSKI, Adam. ¿Supone el sampling una infracción del derecho de autor en todos los casos? Revista de la OMPI, N°6 (2009). En línea: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/06/article_0007.html Consultado el 01/07/2021.

El n°2) será objeto de intensa discusión debido a que la norma no define qué se entiende por “breve”. Al respecto sería aconsejable adoptar las metodologías de análisis del derecho estadounidense donde se analiza la similitud sustancial de las obras bajo un prisma cualitativo y cuantitativo, porque de lo contrario, como las samples suelen ser fragmentos breves, nunca se configuraría una hipótesis infractora si sólo consideramos su longitud o duración.

Por último, el requisito n°4) tiene por objeto proteger el derecho moral de paternidad del autor de la obra citada o sampleada en nuestro caso. Con la finalidad de cumplir con este requisito, los artistas sampleantes deben referenciar debidamente el origen de la canción sampleada, su título y artista incluidos. En el caso de los fonogramas, se debiese incluir el nombre del productor. Una forma de lograr este objetivo sería el de incluir aquella información en la carátula de las copias físicas que se distribuyan al público. En los servicios de streaming de internet, aquella información podría ser incluida en los cuadros de información donde se suelen dar créditos al equipo creativo (práctica cada vez más usual). Por último, se podría incluir dicha información en el metadato de la canción, como ya se suele realizar cuando se referencian a ciertos artistas intérpretes invitados a la ejecución de una canción.

En el derecho nacional contamos con un ejemplo de vanguardia donde el dúo de música electrónica “Marciano” realiza una canción titulada “*Neruda*” en su álbum de 2002 “Polarizado”. Esta canción de música House consiste de una pieza instrumental a la cual se le añadieron como vocales una grabación del poeta Pablo Neruda recitando su famoso “*poema 20*”. Esta canción es un perfecto ejemplo de cómo se pueden amalgamar dos obras provenientes de distintos géneros a través de los samples, resultando un todo armónico y enriquecido a través de la intertextualidad lograda. Sin lugar a dudas podría cuestionarse si la extensión de la sample permite calificarla dentro de la excepción. Sin perjuicio de ello, los artistas titularon con gran acierto la canción como “*Neruda*” en una clara referencia a la paternidad del poema citado cumpliendo así con el cuarto requisito del artículo 4).

A nuestro juicio con la finalidad de permitir los samples como citas y no atentar con la paternidad de los autores de las obras previas, se debería volver una práctica que se referencie al autor en el metadato de la canción como en “*Neruda*”. La fórmula sería la siguiente: tomemos el ejemplo de la canción “*Bocanada*” de Cerati. La canción lleva un sample de la canción “*Eruption*” de los artistas Focus. Para cumplir con el cuarto requisito, la individualización más básica de la canción debe referenciar la sample, lo que se cumpliría de esta forma: “*Gustavo Cerati- Bocanada (sample Focus)*”.

Por lo tanto, no vemos obstáculos para que este derecho de cita pueda ser esgrimido como defensa en un caso de uso no autorizado de sample si se cumple con los 4 requisitos ya mencionados. Esto ya ha sido reconocido por la Corte de Justicia de la Unión Europea el año 2019 en el caso *Pelham v. Hutter* sobre samples digitales, a propósito de la norma de *fair dealing* contenida en la letra d), apartado 3 del artículo 5 de la Directiva 2001/29.

5.8.2 Uso incidental

El artículo 71 Q contiene una norma que se ha catalogado como un “germen” de *fair use*, al no cumplir con todos los presupuestos de una norma de este tipo.

Artículo 71 Q- Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación, siempre que dicha utilización no constituya una explotación encubierta de la obra protegida. La excepción establecida en este artículo no es aplicable a obras audiovisuales de carácter documental.

Este artículo se inspira en normas de uso incidental más que en aquellas sobre *fair use*, toda vez que hace referencia a un uso “incidental y excepcional”, como también añade el requisito de que aquel no constituya una “explotación encubierta” de la obra utilizada¹⁶⁶.

¹⁶⁶ IBAÑEZ, Carolina. Fair use como Modelo de Flexibilización del Derecho de Autor. Memoria Para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (2013) Universidad de Chile, p. 108.

En relación a las samples, nuevamente deberá ser determinado por el tribunal en el caso concreto si el uso del fragmento de fonograma o composición musical constituye uno “incidental y excepcional”, debido a que el legislador no entrega directrices para determinarlo. Si recurrimos al uso ordinario de las expresiones, el diccionario de la RAE define incidental como un adjetivo que *“se dice sobre una cosa o un hecho de menor importancia”* y como algo *“que sobreviene en un asunto y tiene alguna relación con él”*¹⁶⁷. Por otra parte, la expresión excepcional se define como un adjetivo para caracterizar algo que *“se aparta de lo ordinario, que ocurre rara vez”*. A nuestro juicio, el adjudicador debiese nuevamente incorporar elementos del análisis infraccional norteamericano en el sentido que el uso debe pasar por un análisis cualitativo y cuantitativo.

La expresión “explotación encubierta” pareciera asemejarse al numeral segundo del artículo 9 del Convenio de Berna que permite a los Estados permitir la reproducción de las obras en ciertos casos, siempre y cuando ella no *“atente contra la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*. Para nosotros, esta expresión es una de orden económico que busca que el uso incidental que se hace de la obra previa no transforme a la obra resultante en un sustituto de la anterior en el mercado. Si los consumidores se desvían a consumir la obra resultante en reemplazo de la primera, se trata de una explotación “encubierta” de a través de la excepción de uso incidental, lo que es contrario a la buena fe que inspira la norma.

El obstáculo de aplicar esta excepción a los casos por uso de sample no autorizado radica en que el uso tiene que tener como propósito *la “crítica, comentario, caricatura, enseñanza, interés académico o de investigación”*. Forzosamente podríamos alojarla en el comentario musical, por lo que a nuestro juicio la práctica del sampling sigue siendo más cercana a la cita que al comentario.

¹⁶⁷ <https://dle.rae.es/incidental>. Consultado el 23/07/2021.

5.7 RESPONSABILIDAD POR USO NO AUTORIZADO DE SAMPLES

En el siguiente apartado revisaremos dónde se puede enmarcar la conducta del uso no autorizado de samples, lo cual es de interés para los derechohabientes que ven sus intereses mermados por la práctica.

A nuestro juicio, y siguiendo la jurisprudencia comparada, no toda apropiación no autorizada *per se* debiese ser considerada como una infracción a los derechos de autor y conexos, por lo que esta responsabilidad se debiera hacer efectiva sólo una vez que se comprobó por el tribunal que la apropiación ha superado cierto umbral, y que además no son procedentes las excepciones del Título III de la ley 17.336.

Por otro lado, es cierto que a nivel de política criminal la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la legitimidad de sancionar penalmente los ilícitos contra la propiedad intelectual. Quienes están a favor hacen hincapié en la importancia de reprimir con energía y en forma eficaz las conductas atentatorias de derechos de autor, porque de lo contrario, de sólo existir tutela civil, muchas de las acciones quedarían en la impunidad¹⁶⁸. En contra de la conminación penal, hay quienes señalan que los intereses en juego son de contenido eminentemente civil y privado, donde el bien jurídico que se protege es el derecho de los autores- y productores de fonogramas- a obtener una remuneración por el uso de su trabajo, por lo que no existiría un interés público que amparar.¹⁶⁹

Sin embargo, no podemos negar que el uso indiscriminado de obras ajenas produce un detrimento no sólo a artistas y productores, sino que a toda la industria musical que a su vez crea empleos, fomenta la creación de nuevas obras y propende a la profesionalización del rubro cultural. Por tanto, la persecución de estos ilícitos se debe realizar teniendo siempre en cuenta los principios de lesividad, proporcionalidad y *ultima ratio* propios del derecho penal¹⁷⁰.

¹⁶⁸ VEGA, José. Protección de la Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid 2002, p. 215

¹⁶⁹ CERDA, Alberto, director de la ONG Derechos Digitales, Historia de la Ley N° 20.435, p. 137.

¹⁷⁰ GRUNEWALDT, Andrés. Delitos contra los Derechos de Autor en Chile. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 2 Núm. 2 (2013), p. 103.

En el siguiente apartado revisaremos cómo se compara el sampling no autorizado con el plagio, la piratería, los demás delitos contemplados por la ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual y la responsabilidad civil extracontractual.

5.7.1 PLAGIO

Nuestra ley 17.336 de Propiedad Intelectual tipifica el delito de plagio en el artículo 79bis, luego de la modernización que se realizó a los tipos penales tras la reforma de la ley 20.435 de 2010:

Artículo 79 bis.- El que falsifique obra protegida por esta ley, o el que la edite, reproduzca o distribuya ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 10 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

Este tipo penal corresponde al delito de plagio en sentido amplio, por lo que viene estrechamente vinculado con transgresiones a los derechos morales de los autores¹⁷¹. Por un lado, se protege la paternidad sobre la obra, y por otro, la integridad de la misma¹⁷².

En relación a la jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado al respecto:

8° Que la palabra ‘plagio’ deriva de las raíces latinas ‘plagiarus’, que es un secuestrador, y ‘plagiare’ que es robar, por lo tanto, es el acto por el cual una persona se roba ideas o expresiones creativas de otro y las representa como propias, ya sea porque se atribuye la obra de otro tal y como ha sido creada por el autor, o porque la hace suya no reproduciéndola idénticamente, sino imitándola.¹⁷³

Por otra parte, el profesor Ricardo Antequera define sus cuatro elementos constitutivos, los cuales vamos a analizar a la luz del sample de “*The Only Thing I Would Wish For*” de Angela Bofill que se realiza en la canción “*La Rosa de los Vientos*” de Makiza. Cabe mencionar que no fue posible averiguar si se licenció el uso de la sample en la canción, por lo que sólo

¹⁷¹ WALKER, Elisa. Manual de Propiedad Intelectual. Editorial Thomson Reuters, 2ª edición. Capítulo delitos contra la propiedad intelectual, s/p.

¹⁷² *Ibíd*, s/p.

¹⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia ROL N°8496-2009 de 13/11/2009.

realizaremos un ejercicio hipotético asumiendo un uso no licenciado de esta obra con fines puramente didácticos. Antequera enumera sus cuatro elementos fundantes como¹⁷⁴:

a) La existencia de una obra anterior (originaria o derivada, divulgada o inédita).

Se cumple este requisito, toda vez que se la canción “*The Only Thing I Would Wish For*” de Angela Bofill es una obra originaria divulgada.

Al consultar en la base de datos de copyright.gov del departamento de Copyright de Estados Unidos, encontramos que el copyright sobre la composición musical, letras de la canción e interpretación se encuentran registradas a nombre de Angela Bofill, Purple Bull Music Inc. y Zomba Songs Inc.¹⁷⁵ Ahora, si bien no se hace referencia a una grabación sonora en específico, ello no significa que no exista una *master recording* que se encuentre amparada por el derecho de autor, porque, recordemos, la inscripción no es un requisito para obtener protección.

b) La apropiación de elementos originales protegidos de la obra preexistente, para incorporarlos a una posterior.

En el caso concreto se trata de la intro instrumental de 8 segundos compuesta por una melodía de piano y una guitarra rítmica.

c) La incorporación en forma íntegra o parcial de la creación precedente, es decir, mediante la toma de todos o solamente de algunos de los elementos de la obra primigenia que constituyan una manifestación personal con características de originalidad.

El fragmento ya individualizado en la letra b) es incorporado por el productor DJ Cenzi a la canción “*La Rosa de los Vientos*” de Makiza, pasando a ser parte fundamental de su base instrumental de rap, la que es repetida en *loop* a lo largo de toda la canción.

d) La utilización de tales elementos con usurpación de la paternidad.

¹⁷⁴ ANTEQUERA, Ricardo. El Plagio a la Luz de la Jurisprudencia y la Doctrina Administrativa Comparada. Homenaje a Arturo Alessandri Besa, Estudios de Derecho y Propiedad Intelectual. Pp. 335-336.

¹⁷⁵ <https://publicrecords.copyright.gov/detailed-record/11913327>

Se utiliza el fragmento sampleado sin hacer referencia alguna en el disco al origen y autoría de Angela Bofill y otros sobre su composición y grabación sonora.

Por lo tanto, podemos afirmar que el uso -hipotéticamente no autorizado- de la sample permite encuadrar el uso dentro de una hipótesis de plagio. Ahora bien, no por ello vamos a asimilar el sample con el plagio. El plagio se diferencia de la práctica del sample en un elemento esencial, esto es, el bien jurídico que se pone en peligro: la paternidad sobre la obra originaria.

Así, Antequera ahonda al respecto señalando que la característica esencial del plagio va en la suplantación de autoría, sin perjuicio de que se pasen a llevar otros derechos patrimoniales o de explotación como consecuencia de ello.

El plagio vulnera en especial el derecho moral de paternidad del autor de la obra originaria, sin perjuicio de las repercusiones que tiene este ilícito en la esfera de los derechos de orden patrimonial, porque como quiera que el infractor desea hacer conocer la obra ajena como propia, es común que con la conducta usurpadora de la autoría se incurra también en los ilícitos de reproducción, distribución y/o comunicación pública no autorizadas de la creación primigenia, en concurrencia con los respectivos derechos de explotación.¹⁷⁶

Sin perjuicio que a través del sample se pase a llevar el derecho moral de paternidad, el objetivo del artista sampleante no es el de engañar a la sociedad haciéndose pasar por el artista creador de la obra. Al contrario, la mayoría de los artistas que samplean tracks reconocen públicamente las canciones y artistas sampleados en sus entrevistas y frente a los medios especializados cuando son consultados al respecto.

Por otra parte, podemos hacernos la pregunta ¿Corre Angela Bofill el riesgo de que se confunda su paternidad sobre *"The Only Thing I Would Wish For"* con la creación de *"La Rosa de los Vientos"* de Makiza? La respuesta es sencilla: claro que no. Si se escuchan ambas canciones es fácilmente constatable la divergencia entre ambas obras, siendo pertenecientes a distintos géneros musicales, presentando composiciones musicales diversas, ritmos distintos, letras diversas, etc. El fragmento instrumental utilizado por

¹⁷⁶ ANTEQUERA, Ricardo. Ob Cit. p. 337.

Makiza es reducido y de ninguna forma podríamos señalar que lleva a confundir ambas canciones.

5.7.2 PIRATERÍA

La ley 17.336 contempla en su artículo 81 el delito de la comercialización ilícita de reproducciones no autorizadas, popularmente conocido como “piratería”:

Artículo 81. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales, el que tenga para comercializar, comercialice o alquile directamente al público copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de esta ley.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) la ha definido como *“La reproducción de obras publicadas o de fonogramas por cualquier medio adecuado con miras a la transmisión (distribución) al público.”*¹⁷⁷

En la piratería existe una reproducción íntegra de la obra ajena, pero sin que exista usurpación de la paternidad del autor sobre la misma, toda vez que el pirata busca que el público compre sus reproducciones ilegales en la creencia errónea de que son legítimas y provienen del autor original de la obra. De esta forma, el pirata busca explotar económicamente los derechos patrimoniales que derivan de la obra, pero sin atentar contra el derecho moral de paternidad sobre la misma.

Ahora, si bien en el caso del sample existe una especie de reproducción sobre una obra, esta es limitada y nunca íntegra. Lo que se copia es un fragmento reducido respecto de una obra originaria para transformar (ese fragmento) en una obra derivativa que se mezcla con otros elementos originales propios del artista. Si no existiese un proceso transformativo a

¹⁷⁷ BOYTHA, Gyorgy. Glosario de Derecho de autor y derechos conexos, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, 1980, p. 190.

través de la utilización del sample, el trabajo simplemente no tendría mérito para ser considerado como obra por carecer de originalidad en la forma de expresión.

La necesidad de que exista una reproducción sustancial del fonograma para poder catalogar un acto como “piratería” es ratificada por el mismo Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas (1971) en su artículo 1º letra c) donde define el concepto de “copia” como *“el soporte que contiene sonidos tomados directa o indirectamente de un fonograma y que incorpora la totalidad o una parte substancial de los sonidos fijados en dicho fonograma”* (el subrayado es nuestro). Por tanto, el quantum de la copia difícilmente va a ser alcanzado tratándose de un conflicto por uso de samples no autorizadas. Así acertadamente concluyó la Corte de Justicia de la Unión Europea en *Pelham v. Hutter* como vimos en el capítulo IV, declarando no aplicable la Directiva 2006/115 que tiene por finalidad proteger a los titulares de derechos de propiedad intelectual contra la reproducción y comercialización no autorizada de sus obras y trabajos¹⁷⁸.

Por otro lado, podemos diferenciar el sample de la piratería en el sentido que el objetivo principal que busca cada uno es distinto. El artista que samplea busca crear una nueva obra utilizando elementos de una pretérita, crear una obra derivativa. Mas no el pirata, quien sólo busca provecho económico a través de la reproducción o imitación de una obra ajena.

Por último, podemos diferenciar ambas en cuanto a que el pirata respeta siempre el derecho moral de paternidad sobre la obra, ya que el éxito de su operación económica depende de su habilidad para hacer creer al consumidor que la obra es legítima y proviene del artista. Mientras que el artista que samplea, suele atentar contra el derecho moral de paternidad del autor de la obra por no hacer referencias al origen del fragmento.

¹⁷⁸ Corte de Justicia de la Unión Europea. Causa C-476/17, 29 de julio de 2019. Segunda cuestión prejudicial.

5.7.3 TIPO PENAL ABIERTO

El sample realizado sin autorización podría enmarcarse dentro del tipo penal abierto del artículo 79 que tipifica faltas o delitos contra los derechos patrimoniales del autor en su letra a), o derechos conexos en la letra b).

Artículo 79. Comete falta o delito contra la propiedad intelectual:

a) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18.

Si consideramos que el sample consiste en una reproducción y/o adaptación del fragmento de obra originaria composición musical, podríamos enmarcarlo dentro de las conductas de la letra b) y c) del artículo 18.

Por otra parte, si el sample no autorizado recayó sobre el fonograma o copia de fonograma, podría encuadrarse dentro de la conducta de reproducción o *“demás utilizaciones”* previstas en el artículo 68 que consagra los derechos conexos de los productores de fonogramas sobre sus fonogramas.

b) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II.

En ambos casos la gravedad de la pena varía según el monto del perjuicio causado, comenzando la cuantía de la pena corporal desde prisión en cualquiera de sus grados hasta la de reclusión menor en su grado mínimo. Pecuniariamente, el castigo puede ir desde una multa de 5 a 1.000 Unidades Tributarias Mensuales.

5.7.4 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Sin perjuicio de la responsabilidad penal antes aludida, también puede configurarse la responsabilidad civil extracontractual producto del uso no autorizado de samples. Este sistema de responsabilidad constituye el régimen general y supletorio de nuestro

ordenamiento jurídico, y exige para que el daño pueda ser atribuido a un tercero, que sea el resultado de: i) una acción libre de un sujeto capaz, ii) realizada con dolo o negligencia, iii) la existencia de un daño, y iv) la existencia de una relación de causalidad entre la acción culpable y el daño¹⁷⁹.

En cuanto a la acción, el sampleo que conlleva la reproducción parcial de un fragmento de obra previa es una acción positiva y será siempre un hecho voluntario. No nos adentraremos en el análisis de la capacidad.

En relación al dolo o negligencia, será usual que la acción sea realizada a través de la culpa intencional (dolo), porque si bien el agente sampleante no presenta aquella clásica *“intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad”*¹⁸⁰ del sampleado, sí busca su propio provecho, aunque en el proceso se dañe la persona o propiedad del otro¹⁸¹. Tratándose de la negligencia, en el caso de las infracciones a la Ley de Propiedad Intelectual, se puede sostener que existe un sistema de culpa infraccional, debido a que es la misma norma la que establece detalladamente el deber de cuidado¹⁸². Así, el artículo 19 de la LPI exige que quien pretenda utilizar una obra ajena, deberá obtener la autorización expresa de su titular. De la misma forma, el artículo 68 en relación al productor de fonogramas. Entonces, la reproducción no autorizada de fonogramas o composiciones musicales a través del sample constituye una infracción a un deber de cuidado establecido *a priori* por el legislador.

El daño, definido por Alessandri como *“todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, etc.”*¹⁸³ puede ser patrimonial o moral. Dentro del primero, encontramos el daño

¹⁷⁹ BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile (2010), p.61- 62.

¹⁸⁰ Artículo 44 Código Civil Chileno.

¹⁸¹ BARROS, ob. Cit, p. 159-160. El autor se inclina por seguir una interpretación más moderna del dolo, debido a lo restrictiva que es la definición del Código Civil, incluso llegando a ser más exigente que en el Derecho Penal.

¹⁸² WALKER, Ob. Cit. Capítulo 2.1.2 s/n.

¹⁸³ ALESSANDRI, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno. Editorial Editores Ltda (1983), p. 219.

emergente y el lucro cesante¹⁸⁴. Dentro del daño emergente podemos incluir aquel monto que no fue recibido por el artista sampleado por concepto de licencia para reproducir. En este caso, la disminución patrimonial ocurre por la no entrada de un activo que debía ocurrir en todo evento, con total certeza. El lucro cesante podemos identificarlo con ese monto que deja de percibir el artista sampleado cuando las obras son sustancialmente similares y ocurre una desviación del consumidor en el mercado, satisfaciendo ambas obras una misma demanda. A nuestro juicio, seguir este criterio económico, aunque de difícil determinación, lograría cumplir con el principio rector de la indemnización integral del daño.

Por otro lado, el daño moral en los derechos de autor lo podemos conceptualizar como *“el menoscabo a la naturaleza de la obra que afecta los intereses del autor en cuanto a su ánimo, imagen, fama o prestigio, por cuanto modifica la forma en que el artista quería que se viera y conociera su obra.”*¹⁸⁵ Aquí podemos ubicar, por ejemplo, el daño a la reputación del artista cuando su paternidad es omitida luego de un sample no autorizado¹⁸⁶.

CONCLUSIÓN

Luego de desarrollada la investigación, podemos concluir lo siguiente:

En cuanto a la naturaleza del sample, en su dimensión estética la concebimos como una técnica de producción musical que se utiliza como vehículo para la creación de canciones. Normativamente, se trata de actos de reproducción parcial de una obra anterior que se

¹⁸⁴ Artículo 1556 Código Civil Chileno. De aplicación general para el estatuto de responsabilidad contractual y extracontractual.

¹⁸⁵ MARTÍNEZ, Pascual. El Derecho Moral a la Integridad de la Obra (1996) en CABRERA, Karen. Consideraciones sobre la determinación del monto del daño por infracciones al derecho de autor en entornos digitales, Revista Lus et Praxis, Año 21, N° 1, (2015), p. 512.

¹⁸⁶ Así la Corte de Apelaciones de Antofagasta en Rol N°16.867-2004 de 26 de mayo de 2004, en su considerando séptimo que señala: *“Que, asimismo, es un hecho probado que en el calendario impreso por cuenta de la demandada Isapre Normédica S.A. la reproducción de la obra pictórica “Piletas Norte Sur” figura a nombre de “María A. Alonso E”, correspondiendo su paternidad a la parte actora de autos, situación que le produjo un desarraigo al desligarla de su creación, lo que se traduce en una aflicción que debe ser reparada, no requiriendo, en todo caso, que aquélla fuere inscrita en el Registro de Propiedad Intelectual, ya que como se dijo es un medio de prueba preconstituida acerca de su autor.”*

incluyen en una posterior, sin perjuicio de que además existe un proceso de transformación porque el fragmento se adapta para ser incluido en la nueva obra. No obstante, en ciertos casos podríamos hablar también de obras derivativas, por ejemplo, en el caso de parodias o sátiras musicales, o cuando la presencia de la obra originaria es indiscutiblemente importante en la nueva obra (remezclas).

En cuanto a la jurisprudencia estadounidense, podemos afirmar que las sentencias más controversiales y criticadas por la doctrina son aquellas que se niegan a considerar el sample como un mecanismo para crear obras de arte. Estas sentencias pretenden bastarse a sí mismas con un análisis normativo exento de toda consideración estética que subyace a la controversia, por lo que se repudia la actividad y se rechaza de forma absoluta. Sin embargo, la mayoría de las sentencias van en la dirección contraria, es decir, analizando cada vez con mayor profundidad los derechos involucrados y recurriendo al análisis estético de las obras para determinar cuándo se ha tratado de apropiaciones contrarias a la ley. El enfoque utilitarista del modelo estadounidense de copyright permite a través del análisis de la similitud sustancial, la excepción del uso *de minimis* y el *fair use*, que se encuentre un justo equilibrio entre el derecho exclusivo de artistas y productores sobre sus obras ya creadas y los nuevos artistas emergentes que utilizan formas innovativas de creación musical. En fin, no es casualidad que estados unidos sea la nación con la industria musical y cultural más próspera del mundo actual.

En la misma línea, tanto la jurisprudencia estadounidense y de la Corte de Justicia de la Unión Europea coinciden en que no todo acto de apropiación constituye un atentado a los derechohabientes. En Europa, la Corte señala que en principio se trata de actos de reproducción, pero que, si el mérito transformativo es tal que el sample original se vuelva irreconocible al ser escuchado por una persona promedio, deja de ser relevante para el derecho esa reproducción y no es tutelable su infracción. La misma Corte descarta la aplicación de normas contra la piratería, debido a que la extensión de los fragmentos sampleados distan mucho de constituir una copia sustancial de la obra previa. De la misma forma, al otro lado del Atlántico, salvo los fallos controversiales, se ha asentado la idea de que no basta la apropiación para que se lesionen los derechos de artistas y productores.

Esta infracción debe traspasar cierto margen para ser tutelada por el derecho, así como también debe existir una similitud considerable entre ambas obras para configurar una conducta infraccionaria. En fin, ambas tradiciones reconocen que toda creación artística suele tomar elementos de otras obras previas, por lo que es tarea del tribunal determinar en el caso concreto cuándo esa apropiación lesiona los derechos de los derechohabientes. En otras palabras, se confía en el criterio de los tribunales para lograr el balance entre los intereses público-culturales y privado-patrimoniales involucrados, siendo éste un análisis de una escala de grises, mas no una simple dicotomía entre blanco y negro.

Volviendo al panorama nacional, el sampleo involucra el ejercicio del derecho de reproducción y eventualmente el de adaptación, ambos reconocidos al artista sobre su composición musical, y al productor de fonogramas sobre su fonograma. Por lo tanto, cada vez que se realice un sample, se deberá contar con la autorización de cada titular. El no contar con ella, hará surgir un conflicto jurídicamente relevante done el artista ha infringido los derechos ya mencionados.

En cuanto al análisis infraccional que debiesen adoptar los tribunales, en primer lugar, podemos afirmar que, si bien por razones de economía procesal sería tentador adoptar el principio *de minimis non curat lex*, éste es extraño a nuestro ordenamiento jurídico, por lo que lo descartamos. Sin embargo, ello no significa necesariamente que toda reproducción, por mínima que sea, constituya un atentado a los derechos del autor o conexos. Forzosamente podríamos sostener que un sample de 1 segundo recaído sobre un acorde de piano pueda constituir una acción reprochable. En este caso, la válvula de escape con la que cuenta el ordenamiento jurídico nacional es el de las excepciones al derecho de autor, a través del uso incidental y el derecho de cita, que como vimos, son causales plenamente aplicables a la práctica del sample, debiendo los tribunales adoptar criterios que eviten un uso abusivo por parte de artistas sampleantes. La otra posible salida sería la de considerar la no configuración de un acto de reproducción cuando la obra previa es irreconocible por un oyente promedio, a la usanza del derecho continental de la Unión Europea.

Por otra parte, nuestra tradición jurídica nos enfrenta frente al dilema de cómo tratar con los derechos morales de autor. Su carácter de inalienables permite al autor mantener cierto grado de control sobre la obra aun cuando ya se desprendió de sus derechos patrimoniales. En el caso de las samples, los derechos morales sólo protegen a los artistas frente a los usos de sus composiciones musicales, quedando fuera de la protección los productores de fonogramas. A nuestro juicio, se debe adoptar como práctica en la industria musical que cada vez que se incorporen samples en una canción, se referencie la paternidad de la obra sampleada en el metadato de la nueva canción creada. En relación al derecho a la integridad, debe evitarse que este se utilice como un subterfugio para que el autor mantenga el control absoluto de la obra aun cuando cedió sus derechos patrimoniales. Los tribunales nacionales podrían seguir el estándar de los tribunales del Reino Unido donde este derecho se ejerce contra usos que menoscaban efectivamente el valor artístico de la obra o dañan la reputación y honor del autor. En el caso de las samples esto podría ocurrir cuando se remezcla una canción y se alteran las vocales con lenguaje ofensivo, todo lo cual debe ser analizado bajo un prisma objetivo, asimilable al estándar de la persona razonable.

En fin, es de nuestro parecer que la legislación nacional se encuentra perfectamente preparada para afrontar una controversia de esta naturaleza, existiendo herramientas tanto para permitir el uso no autorizado de samples, como para reprimirlo cuando éste supera ciertos límites que dañan a los derechohabientes y no contribuyen al desarrollo del arte debido a su bajo nivel transformativo. Sería recomendable revisar la discusión una vez que una de estos conflictos jurídicos llegue a los tribunales de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno. Editorial Editores Ltda (1983)

ALVAREZ, Daniel y PAIVA, Marcela. Reformas a la ley chilena de propiedad intelectual: el desafío de una regulación equilibrada. G-20 y Gobernanza Global. International Centre for Trade and Sustainable Development. Volumen 11. Nro 2 (Julio 2010).

ANDROUTSOPOULOS, Jannis y Scholz, Arno. Spaghetti Funk: Appropriations of Hip-Hop Culture and Rap Music in Europe. Popular Music and Society, Vol. 26, No. 4, 2003.

ANTEQUERA, Ricardo. Derecho de Autor Tomo I. Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998

ANTEQUERA, Ricardo. El Plagio a la Luz de la Jurisprudencia y la Doctrina Administrativa Comparada. Homenaje a Arturo Alessandri Besa, Estudios de Derecho y Propiedad Intelectual (2009).

BALDWIN, Adam. Music Sampling and the De Minimis Defense: A Copyright Law Standard, 19 UIC REV. Intell. Prop. L. (2020)

BARRENECHEA, Alejo. Régimen de excepciones y limitaciones al Derecho de los Autores. Revista Derecho & Sociedad N°49 (2017). En línea: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6754540.pdf>

BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile (2010)

BARTLETT, Courtney. Bridgeport music's two-second sample rule puts the big chill on the music industry, 15(2) DePaul-LCA J. Art & Ent. L. 301 (2005).

BENSAMOUN, Alexandra y SIRINELLI, Pierre. Exceptions (in general and in particular), rights, freedom of expression....: 'je t'aime, moi non plus...' Case Law, RIDA 263 (Enero de 2020).

Black's Law Dictionary, 8th ed (2004).

BOYTHA, Gyorgy. Glosario de Derecho de autor y derechos conexos, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra (1980).

BRUCE, Jenna. Sampling & New Independent Dance Labels: The Importance of Understanding Copyright Law. <http://www.musiclawupdates.com/?p=223>

BURKHOLDER, Peter. The Uses of Existing Music: Musical Borrowing as a Field. Music Library Association, Second Series, Vol. 50, No. 3 (Mar., 1994). En línea: <https://www.jstor.org/stable/898531>

CABRERA, Karen. Consideraciones sobre la determinación del monto del daño por infracciones al derecho de autor en entornos digitales, Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 1, (2015).

CAMPBELL, Victoria. VMG Salsoul, LLC v. Ciccone, 824 F.3d 871 (9th Cir. 2016) Review. DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law, Vol. 27 (Spring 2017) En línea: <https://via.library.depaul.edu/jatip/vol27/iss2/5>

CASTRILLÓN, Hernán; RÍOS, John. La Composición Musical Como Producto Tecnológico. Tecno Lógicas, núm. 14 (julio 2005). En línea: <https://www.redalyc.org/pdf/3442/344234270009.pdf>

CUSSEN, Felipe. Samplings musicales versus samplings literarios. Resonancias vol. 19, n°36, enero-junio 2015. En línea: <http://resonancias.uc.cl/es/n%C2%BA-36/samplings-musicales-versus-samples-literarios.html>

Historia de la Ley N° 20.435. En línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4776/>

CHRISTIANSEN, Maxwell. Fixing the Sample Music Industry: A Proposal for a Sample Compulsory License, 22 J. TECH. L. & POL. (2017).

CÓRDOBA, Juan. Jura in Opere Aliena: una revisión a la naturaleza de las excepciones y limitaciones al derecho de autor. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Año 8 - No. 15 (2015).

COX, Wayne. Rhymin' and Stealin: The History of Sampling in the Hip-Hop and Dance Music World and How U.S. Copyright Law & Judicial Precedent Serves to Shackle Art, 14 VA. Sports & ENT. L.J. 219 (2015).

FICSOR, Mihály. Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2003). En línea: <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=361&plang=EN>

GOOLD, Patrick. Unbluilding the "Tort" of Copyright Infringement. Virginia Law Review, December 2016, Vol. 102, No. 8 (December 2016).

GRECO, María y LÓPEZ-CANO, Rubén. Evita, el Che, Gardel y el gol de Victorino: Funciones y significados del sampleo en el tango electrónico. Latin American Music Review / Revista de Música Latinoamericana, Vol. 35, No. 2 (FALL / WINTER 2014). <https://www.jstor.org/stable/43282585>.

GRUNEWALDT, Andrés. Delitos contra los Derechos de Autor en Chile. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 2 Núm. 2 (2013)

Historia de la ley N° 17.336, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/135/HLD_135_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

HOULE, Jeffrey. Digital Audio Sampling, Copyright Law and the American Music Industry: Piracy or just a bad "Rap"? Loyola Law Review, vol. 37 (1992).

IBAÑEZ, Carolina. Fair use como Modelo de Flexibilización del Derecho de Autor. Memoria Para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (2013) Universidad de Chile. En línea: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113335>

JACQUES, Sabine. Mash-ups and Mixes: what impact have the recent copyright reforms had on the legality of sampling? Draft for the Entertainment Law Review (Sweet & Maxwell).

JÜTTE, Bernd y QUINTAIS, Joao. Advocate General turns down the music – sampling is not a fundamental right under EU copyright law. European Intellectual Property Review (2019). En línea: <https://ssrn.com/abstract=3377205>

LATHAM, Susan. Newton v. Diamond: Measuring the Legitimacy of Unauthorized Compositional Sampling - A Clue Illuminated and Obscured, 26 Hastings Comm. & Ent. L.J. (2003).

LEWIS, Nicholas. *Shades of Grey: Can the Copyright Fair Use Defense Adapt to New Re-Contextualized Forms of Music and Art?*, 55 AM. U. L. REV. (2005).

LOUIS, Jean-Victor. El ordenamiento jurídico comunitario. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, (1987).

LUCAS, André y GINSBURG, Jane. Derecho de Autor, Libertad de Expresión y Libre Acceso a la Información (Estudio Comparado de Derecho Americano y Europeo). RIDA 249 (2016).

MARTÍNEZ, Pascual. El Derecho Moral a la Integridad de la Obra, Editorial Poder Judicial (1996).

MASSAGLI, Angelo. The sample solution: How blockchain technology can clarify a divided copyright doctrine on music sampling, 27(1) U. Miami Bus. L. Rev. (2018).

MENELL, Peter. Adapting Copyright for the Mashup Generation. University of Pennsylvania Law Review, January 2016, Vol. 164, No. 2 (January 2016).

MINC, Lisa. Clarity to Litigation concerning Digitally Sampling Sound Recordings: Get a License or Do Not Sample - The Bridgeport Music Decision, 15 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L. (2005)

NEWKIRK, Cristopher; FORKER, Thomas. "A License to Sample," IPL Newsletter 23, no. 3 (Spring 2005).

NIMMER, Melville & NIMMER, David. Nimmer on Copyright § 13.03[A]; (2003)

MYUNG-JI, Lee. The Art of Borrowing: Quotations And Allusions In Western Music. Tesis para optar al grado de Doctor en Musicología, Universidad de Texas. En línea: https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc849772/m2/1/high_res_d/LEE-DISSERTATION-2016.pdf

NOREK, Josh. You Can't Sing without the Bling: The Toll of Excessive Sample License Fees on Creativity in Hip-Hop Music and the Need for a Compulsory Sound Recording Sample License System, 11 UCLA ENT. L. REV. (2004).

Olufunmilayo B. Arewa: From J.C. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context, 84 N.C. L. REV. 547 (2006).

RENGIFO, Ernesto. El papel del juez frente a las limitaciones y excepciones al derecho de autor en los países de tradición continental. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, Año 8 - No. 15 (2015)

RIMMER, Matthew: Digital copyright and the consumer revolution. Edward Elgar Publishing (2007).

ROBINSON, Percy: Was Handel a Plagiarist? Musical Times (1939).

RYCHLICKI, Tomasz y ZIELIŃSKI, Adam. ¿Supone el sampling una infracción del derecho de autor en todos los casos? Revista de la OMPI, N°6 (2009). En línea: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/06/article_0007.html Consultado el 01/07/2021.

SAINSBURY M, 'Parody, Satire, Honour and Reputation: The Interplay between Economic and Moral Rights' (2007) 18 *Australian Intellectual Property Journal*.

SENFLEBEN, Martin. (2020). Flexibility Grave – Partial Reproduction Focus and Closed System Fetishism in CJEU, Pelham. IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law. https://www.researchgate.net/publication/341253449_Flexibility_Grave_-_Partial_Reproduction_Focus_and_Closed_System_Fetishism_in_CJEU_Pelham

Sewell, Amanda: A Typology of Sampling in Hip Hop. Tesis para optar al grado de doctor en musicología de la Universidad de Indiana (2013).

SHAPELL, Anna. Give Me a Beat: Mixing and Mashing Copyright Law to Encompass Sample-Based Music, 12 J. HIGH TECH. L. 519 (2011)

SCHULTZ, Brooke. Sound Recordings: Get a License or Do Not Sample, 7 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 327 (2005)

SCHUR, Richard. Critical Race Theory, Signifyin', and Cultural Ownership, Parodies of Ownership, University of Michigan Press; Digitalculturebooks. En línea <http://www.jstor.com/stable/j.ctv65sx2s.6>

SOMOANO, Leah: Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films: Has Unlicensed Digital Sampling of Copyrighted Sound Recordings Come to an End? Berkeley Technology Law Journal, 2006, Vol. 21, No. 1, Annual Review of Law and Technology (2006).

STEELE, Adam. Circuit Split: The Resurrection of The De Minimis Exception to Actionable Copyright Infringement for Copyrighted Sound Recordings. Ohio State Business Law Journal Vol. 11.1 (2017)

SUPPAPOLA, Mike. Confusion in the Digital Age: Why the De Minimis Use Test Should Be Applied to Digital Samples of Copyrighted Sound Recordings. 14 Tex. Intell. Prop. L.J. (2006)

SZYMANSKI, Robert. Audio Pastiche: Digital Sampling, Intermediate Copying, Fair Use, 3 UCLA Ent. L. Rev.

TORRES, Hernán. Derecho de Cita en las Obras Literarias. <https://www.lwyr.cl/opinion/derecho-de-cita-en-las-obras-literarias>

U.S. Copyright Office: Copyright Registration of Musical Compositions and Sound Recordings. Circular 56ª. <https://www.copyright.gov/circs/circ56a.pdf>

VAN BESIEN, Bart. Music Sampling and Copyright law in the EU: Recent ECJ decision (2019). <https://finniancolumba.be/en/music-sampling-copyright-law-eu/>

VEECH, Max y MOON, Charles. De Minimis Non Curat Lex, Michigan Law Review, Vol. 45, No. 5 (Mar., 1947), pp. 537-570. En línea <https://www.jstor.org/stable/1283494>

VEGA, José. Protección de la Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid 2002

WALKER, Elisa. Manual de Propiedad Intelectual. Editorial Thomson Reuters, 2ª edición.

LEGISLACIÓN

Código Civil de Chile. En línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>

Constitución Política de la República de Chile. En línea: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

Constitution of the United States. En línea:
https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm

Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. En línea:
<https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12656>

Convenio de Berna para la Protección de obras Literarias y Artísticas. En línea:
<https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12214>

Copyright Law of the United States (Title 17). En línea: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>

Copyright, Designs and Patents Act 1988 (Reino Unido). En línea:
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la Armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor y Derechos Afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. En línea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0029&from=FR>

Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre Derechos de Alquiler y préstamo y otros Derechos afines a los Derechos de Autor en el ámbito de la Propiedad Intelectual. En línea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32006L0115>

JURISPRUDENCIA

Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (1946). En línea: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/154/464/1478575/>

Authors Guild v. Google Inc., 954 F. Supp. 2d 282, 286-87 (S.D.N.Y. 2013), aff d, 804 F.3d 202 (2d Cir 2015). En línea: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html>

Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films 410 f.3d 792 (6th cir. 2005).
<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2005%20Bridgeport%20Abridged.pdf>

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994). En línea
<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1994%20Campbell%20Abridged.pdf>

Confetti Records, Fundamental Records & Andrew Alcee v. Warner Music UK Ltd (t/a East West Records) [2003] EWCH 1274 (CH). En línea: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff77460d03e7f57eac8da>

Corte Constitucional Federal de Alemania. Causa 1 BvR 1585/13.
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/05/rs20160531_1bvr158513en.html

Corte de Apelaciones de Antofagasta en Rol N°16.867-2004 de 26 de mayo de 2004

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia ROL N°8496-2009 de 13/11/2009.

Corte Suprema de Chile. Sentencia ROL N°41891-2017 de 31/07/2019

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Costa con Enel, asunto n° 6/64. 15 de julio de 1964. En línea
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=EN>

Grand Upright Music v. Warner Bros. Records, Inc., 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991). En línea
<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/780/182/1445286/>

Jarvis v. A&M Records, 827 F. Supp. 282 (D.N.J. 1993). En línea: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/827/282/1458674/>

Key West Hand Print Fabrics, Inc. v. Serbin, Inc., 269 F. Supp. 605, 613 (S.D.Fla. 1965). En línea:
<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/269/605/1800968/>

Morrison Leahy Music Ltd v Lightbond Ltd [1993] EMLR 144.

Newton v. Diamond 388 F.3d 1189 (9th cir. 2003). En línea:
https://www.law.berkeley.edu/files/Newton_v_Diamond.pdf

Pelham v. Hütter, Corte de Justicia de la Unión Europea. Causa C-476/17, 29 de julio de 2019. En línea:
<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=C-476/17>

Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc., 126 F.3d 70, 74 (2d Cir. 1997). En línea:
<https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1054870.html>

Sandoval v. New Line Cinema Corp., 147 F.3d 215, 216 (2d Cir. 1998). En línea:
<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/973/409/1609118/>

Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 449 (1984). En línea:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/>

VMG Salsoul, LLC v. Ciccone, 2013 U.S. Dist. LEXIS 1814127, *20-29 (C.D. Cal. Nov. 18, 2013).

VMG Salsoul, LLC v. Ciccone, 824 F.3d 871 (9th Cir. 2016). En línea https://casetext.com/case/vmg-salsoul-llc-v-ciccone-1?_cf_chl_jschl_tk=_pmd_5da82f11071bbf891ad1bc18d62ff0cb679ed182-1627235703-0-gqNtZGzNArijcnBszQli

White v. Samsung Elecs. Am., Inc., 989 F.2d 1512, 1513 (9th Cir. 1993). En línea: https://casetext.com/case/white-v-samsung-electronics-america-inc-2?_cf_chl_jschl_tk=_pmd_9cb92c47dd1368098a9f87fe0bf4151a75119470-1628533687-0-gqNtZGzNAk2jcnBszQl6

Williams v. Broadus 99 Civ. 10957 MBM (S.D.N.Y. 2001). En línea https://casetext.com/case/williams-v-broadus?_cf_chl_jschl_tk=_pmd_ca099e3ac8c83d1376e2f00c365ef196ab9c3431-1627858627-0-gqNtZGzNAiKjcnBszQlO

OTROS ENLACES DE INTERÉS

<https://www.wipo.int/about-wipo/es/>

<https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/sample>

<https://publicrecords.copyright.gov/>

<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/permission-sampled-music-sample-clearance-30165.html>

Genius Deconstructed: “The Making of Bad Bunny & Tainy’s Callaita with Tainy”. En youtube: https://www.youtube.com/watch?v=0cHXwZr_wL8.

<https://trends.google.es/trends/explore?cat=35&date=2018-07-10%202021-06-21&gprop=youtube&q=%2Fg%2F11b67d7yIf>

Motion for summary judgement: https://www.law.cornell.edu/wex/motion_for_summary_judgment.

Copyright Uncovered: Fair use v. Fair dealing. <https://www.dacs.org.uk/latest-news/copyright-uncovered-%E2%80%93-q3-2018-fair-use-v-fair-deal?category=For+Artists&title=N>

<https://dle.rae.es/incidental>