



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO
SOBRE EL *SAMPLING* EN ESPAÑA, EUROPA
Y ESTADOS UNIDOS.**

Autor: Sofía Martínez-Gallo Zamarreño

5º Derecho y Relaciones Internacionales (E-5)

Derecho de la Propiedad Intelectual

Tutor: Ignacio Tremiño Ceniceros

Madrid

Abril , 2022

Resumen y palabras clave.

El *sampling* es una técnica mediante la cual un músico o productor discográfico usa una parte de una canción existente en una grabación nueva, la reproduce en bucle y la superpone con música nueva en un contexto nuevo. Con la globalización y los avances tecnológicos, se ha producido una democratización, bajada de precio e incremento en la facilidad para acceder a los equipos de producción musical y, por ende, producir una canción a través de *samples* desde casa. Así, hoy en día, la técnica del *sampling* es más común que nunca en los procesos creativos de artistas, estando presente, tanto, en el hip-hop, donde los artistas continúan reinventando el proceso que sus antepasados iniciaron con ritmos cortados para rapear encima, como en el pop, utilizando muestras de un catálogo de música que ha existido antes.

Sin embargo, una práctica indebida o el abuso del *sample* de la obra preexistente en la nueva obra puede suponer la vulneración de los derechos inherentes al autor de la misma, cuestión que resulta bastante controvertida puesto que la protección otorgada por los distintos sistemas legales a los elementos que componen una obra musical está basada en el requisito objetivo de originalidad, es decir, que dicha muestra tenga un aporte lo suficientemente creativo. Por lo tanto, se incurre en un problema de calificación.

Como resultado, nos encontramos en medio de una renovada oleada de grandes músicos que se enfrentan a demandas por derechos de autor. Sin ir más lejos, el éxito de 2017 *Shape of You*, de Ed Sheeran está siendo objeto de deliberación en el Tribunal Superior y, la cantante Dua Lipa se enfrenta a dos demandas por su exitoso sencillo *Levitating* de 2020.

Así, como resultado de la complejidad que entraña la regulación de esta técnica y la calificación de la obra resultante del empleo de esta, el objeto de este trabajo será realizar un estudio comparado y pormenorizado de la aproximación que los distintos sistemas legales hacen a la misma con el fin de asentar las diferencias existentes, analizar las diversas aproximaciones a cuestiones similares como el plagio y la originalidad y, el impacto del *sampling* en los derechos de autor.

Palabras clave: sampling, problema de calificación, obra preexistente, derechos de autor, originalidad.

Abstract and key words.

Sampling is a technique whereby a musician or record producer uses a portion of an existing song on a new recording, loops it, and overlays it with new music in a new context. With globalization and technological advances, there has been a democratization, a drop in price and an increase in the ease of accessing music production equipment and, therefore, producing a song through samples from home. Thus, today, the sampling technique is more common than ever in the creative processes of artists, being present, both, in hip-hop, where artists are reinventing the process that their ancestors began with cut rhythms to rap on top, as in pop, using samples from a catalog of music that has come before. However, an improper practice or the abuse of the sample of the pre-existing work in the new work may imply the violation of the rights inherent to the author of the same. An issue that is quite controversial since the protection granted by the different legal systems to the elements that make up a musical work is based on the objective requirement of originality, that is, that said sample has a sufficiently creative contribution. Therefore, a qualification problem is incurred.

As a result, we find ourselves in the midst of a renewed wave of great musicians facing copyright lawsuits. Without going any further, Ed Sheeran's 2017 hit Shape of You is being deliberated in the High Court and singer Dua Lipa is facing two lawsuits over her 2020 hit single Levitating.

Thus, as a result of the complexity involved in the regulation of this technique and, consequently, the existing difficulty to determine under what type of legally compiled composition does this new composition fall, the purpose of this work will be to carry out a comparative and detailed study of the approach that the different legal systems make.

Key words: sampling, copyright, abuse, pre-existing, originality, qualification problem.

Listado de abreviaturas.

- Art: Artículo.
- AA.VV: Autores Varios
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CC: Código Civil
- CE: Constitución Española.
- Cir.: Circuit Court of Appeal
- EE.UU: Estados Unidos.
- UE: Unión Europea.
- LPI: Ley de Propiedad Intelectual.
- OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- S.D.N.Y.: South District Court of New York
- STC: Sentencia
- TFJA: Tribunal Federal de Justicia de Alemania
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TRLPI: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
- TODA: Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor.
- TS: Tribunal Supremo.

ÍNDICE

Resumen y palabras clave.....	1
Listado de abreviaturas.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. EL SAMPLING.....	7
2.1. La técnica del <i>sampling</i> y su importancia en la industria de la música.....	7
2.2. Orígenes del <i>sampling</i>	9
2.3. Marco jurídico general aplicable	12
<i>2.3.1. Derechos conexos desde una perspectiva general.....</i>	<i>14</i>
3. EL SAMPLING EN LOS ORDENAMIENTOS ESPAÑOL Y EUROPEO.....	15
3.1. La obra derivada, la obra compuesta, la obra independiente y la originalidad....	15
3.2.El <i>sampling</i> y el derecho de la propiedad intelectual.	17
<i>3.2.1. El impacto del <i>sampling</i> en los derechos de autor.....</i>	<i>17</i>
a. Derechos exclusivos.....	17
b. Derechos afines	20
i. El derecho exclusivo de reproducción de un fonograma.....	21
ii. El derecho exclusivo de distribución.....	23
c. Derechos morales... ..	25
3.3. El plagio y la originalidad... ..	25
<i>3.3.1. Criterios jurisprudenciales de valoración del plagio.</i>	<i>27</i>
<i>3.3.2. Criterios jurisprudenciales de valoración del plagio en la práctica.....</i>	<i>28</i>
4. EL SAMPLING EN ESTADOS UNIDOS	29
4.1.Marco jurídico general aplicable: los derechos patrimoniales.....	29
4.2.La similitud sustancial.	33
4.3.La doctrina del <i>fair use</i> y su aplicación a los casos de <i>sampling</i>.....	35
<i>4.3.1. Primer factor: propósito y carácter de uso.....</i>	<i>37</i>
<i>4.3.2. Segundo factor: la naturaleza de la obra amparada por copyright.....</i>	<i>39</i>
<i>4.3.3. Tercer factor: similitud y sustanciabilidad.....</i>	<i>40</i>
a. Estados Unidos v. Taxe.....	40

4.3.4. <i>Cuarto factor: el efecto del uso del sample sobre el mercado potencial o el valor del trabajo protegido por copyright</i>	41
4.4.El requisito de minimis y su interpretación en las Cortes	43
4.4.1. <i>Interpretación por el Sexto Circuito</i>	44
4.4.2. <i>Interpretación por el Noveno Circuito</i>	46
5. CONCLUSIONES	47
6. BIBLIOGRAFÍA	51
6.1.Legislación.....	51
6.2.Jurisprudencia.....	51
6.3.Obras doctrinales y recursos de Internet.....	53

1. INTRODUCCIÓN.

El pasado 11 de enero de 2022, el Tribunal del Noveno Distrito falló a favor de la cantante y artista Katy Perry a la hora de determinar si un ostinato, o figura instrumental repetitiva, en la canción de Hudson "Dark Horse" copió un ostinato similar en la canción "Joyful Noise" de los demandantes.

Esta sentencia se produce en medio de una renovada oleada de grandes músicos que también se enfrentan a demandas por derechos de autor. Sin ir más lejos, el éxito de 2017 Shape of You, de Ed Sheeran está siendo objeto de deliberación en el Tribunal Superior por considerar que podría haber copiado una canción escrita por Sami Chokri y Ross O'Donoghue; Dua Lipa se enfrenta a dos demandas por su exitoso sencillo Levitating de 2020, una presentada por una banda de reggae de Florida y la otra por dos compositores de música disco.

La interposición de estas demandas surge del empleo de la técnica del *sampling* en el proceso creativo de composición de la obra musical. El *sampling*, consiste en reutilizar una parte de una canción preexistente en una grabación diferente para crear una obra nueva. Se aplica al ritmo, la melodía, la voz o cualquier aspecto de la música.

En ocasiones, para utilizar una muestra de una obra preexistente, se requiere una licencia por la que se debe pagar a la discográfica propietaria de esta y ceder un porcentaje de sus regalías de publicación a los artistas originales y al sello. El problema surge a la hora de determinar cuando nos encontramos ante el empleo de una muestra no autorizada y, cuando, por el contrario, se tratan de elementos musicales comunes cuya similitud con otros no surgen de una combinación original de estos. En otras palabras, mientras en el primer supuesto, nos encontraríamos ante un caso de plagio; en el segundo, se trataría de una obra independiente. Por lo tanto, es menester determinar cuando y si el empleo de esta técnica supone una vulneración de los derechos de autor del autor de la obra preexistente.

La línea entre el plagio y la originalidad nunca había sido tan borrosa. Así, el objeto de estudio de este trabajo será analizar desde una perspectiva legal el tratamiento que, cada uno de los sistemas;

comunitario y anglosajón hacen del *sampling*. Para ello, en el primer capítulo se examinará tanto la técnica del *sampling* como sus orígenes y evolución. El trabajo proseguirá, en su segundo capítulo, con un estudio pormenorizado del *sampling* en los ordenamientos español y europeo, haciendo hincapié en el impacto que esta técnica ha tenido sobre los derechos de autor, así como los criterios jurisprudenciales de valoración del plagio y la dificultad existente a la hora de determinar si la nueva obra constituye una obra compuesta, una obra derivada, una obra independiente o un supuesto de plagio. Por último, el tercer capítulo examinará el *sampling* de acuerdo con la Ley de Copyright de 1975, prestando especial atención a los criterios jurisprudenciales de determinación del *copyright*.

2. EL SAMPLING.

2.1.El *sampling* y su importancia en la industria de la música.

El *sampling* es “la incorporación de segmentos cortos de grabaciones de sonido anteriores en nuevas grabaciones”. Se trata, en esencia, de una manifestación sonora de la técnica artística del collage que se puede hacer utilizando distintos medios y métodos, como, por ejemplo, manipulando físicamente discos de vinilo sobre una plataforma giratoria o con el corte de cinta de audio magnética en equipos analógicos.

Esta práctica comenzó en forma analógica en la década de 1960 en Jamaica, "cuando los discs jockeys (DJ) usaban sistemas de sonido portátiles para mezclar segmentos de grabaciones anteriores en nuevas mezclas, que superponían con voces cantadas o 'dispersas'"¹. Estas técnicas analógicas requerían mucho tiempo, esfuerzo y habilidad, por lo que la práctica era limitada. Con el advenimiento de la tecnología de la música digital, el proceso se ha vuelto más simple y económico. Hoy en día, es fácil *samplear* usando un ordenador en casa; existen programas de software que permiten a los artistas aislar cualquier parte de una canción, hasta una sola nota o acorde, cortar una muestra e insertarla en una nueva canción, o incluso crear una canción completa

¹ Newton v. Diamond, 388 F.3d 1189, 1192 (9th Cir. 2004)

usando solo esa muestra. Los sonidos resultantes pueden ser muy similares al original, o lo suficientemente alterados para hacerlos casi irreconocibles.²

La importancia cultural del *sampling*, no obstante, proviene de dos consideraciones: primero, la conexión existente entre este y la promoción de la creatividad que, queda reflejada en reciente fallo del caso de Katy Perry contra el rapero Flame por un oscilato de ocho notas. En este caso, el juez ha resuelto que permitir los derechos de autor sobre este oscilato limitaría la creatividad musical y equivaldría a “*permitir un monopolio inapropiado sobre las secuencias de tono de dos notas o incluso la escala menor en sí misma, especialmente a la luz del número limitado de opciones expresivas disponibles cuando se trata de una figura musical repetida de ocho notas*”³.

Y, segundo, la importancia del mismo para numerosas formas de música moderna. Así, escribe la musicóloga Joanne Demers que “*con el auge de la música disco, el hip-hop y la música dance electrónica, la apropiación transformadora se ha convertido en la técnica más importante de los compositores de hoy*”.⁴ Una de las principales razones de esto es, simplemente, que esta técnica ha ayudado a democratizar la música poniendo al alcance de aquellos que no tienen un equipo costoso o una formación profesional o carrera la posibilidad de componer y crear obras. Así, no es de extrañar que canciones como ¡Gimme Gimme! de ABBA nos recuerden a Hung Up de Madonna.

*“El sampling puede tener una multitud de propósitos y efectos, desde dar un nuevo significado al trabajo hasta rendir homenaje a músicos del pasado, evocar una época, una persona o un lugar, o aspirar a una determinada estética musical.”*⁵

² Ponte, L., “*The Emperor Has No Clothes: How Digital Sampling Infringement Cases Are Exposing Weaknesses in Traditional Copyright Law and the Need for Statutory Reform*”, 43 AM. BUS. L.J., 2006, pp 515–16

³ Snapes, L., “Katy Perry wins \$2.1m copyright appeal over hit single Dark Horse”, *The Guardian*, 11 de marzo de 2022 (disponible en <https://www.theguardian.com/music/2022/mar/11/katy-perry-wins-dark-horse-copyright-appeal> ; última consulta 25/03/2022)

⁴ Demmers, J., “*Steal This Music: How Intellectual Property Law Affects Musical Creativity*”, University of Georgia Press, 2006.

⁵ *Ibid.*

Tomemos, por ejemplo, "Hard Knock Life (Ghetto Anthem)". Esta canción, de Jay Z, toma como *sample* extensamente "It's a Hard Knock Life" del musical Annie para "transmitir [] la propia comprensión [de Jay-Z] de lo que significa vivir una 'vida dura'⁶. Al hacerlo, Jay-Z “yuxtapone significados divergentes de una manera que sería imposible sin usar esa muestra” y “comunicarse con una audiencia más amplia usando múltiples capas de significado”⁷.

Lejos de limitarse al rap o al hip-hop, el *sampling* es un componente clave de las canciones en una amplia gama de géneros. WhoSampled, una página web que recopila información sobre el *sampleo*, prueba que más de 251,000 canciones incluyen muestras de otras.

2.2. Orígenes del *sampling*.

Antes de profundizar en cualquier tipo de análisis legal, es importante comprender la historia detrás de la práctica del muestreo digital, no solo dónde se originó, sino por qué.

Las raíces conceptuales, aunque no tecnológicas, del *sampling* se originan principalmente en la rica tradición musical de Jamaica.

Jamaica, poblada en su mayoría por descendientes de esclavos de África Occidental, se independizó del dominio colonial británico en 1962. Por esa época, la música que se difundía en Jamaica, lo hacía en gran parte a través de "equipos de sonido": conjuntos masivos de amplificadores y altavoces que se trasladaban de ciudad en ciudad para entretener a los bailarines en fiestas al aire libre. Estas fiestas eran bastante frecuentes y populares dada la escasez de recursos que el pueblo jamaicano poseía y porque el estado, propietario de las estaciones de radio, durante mucho tiempo rechazó la música popular en favor de las estrellas pop estadounidenses y británicas⁸.

⁶ McLeod, K. & DiCola, P., *Creative License: The Law and Culture of Digital Sampling*, Duke University Press, 2011, p. 84.

⁷ *Ibid.* p.88

⁸ Jahn, B. & Simon, P., *Reggae Island: Jamaican Music in the Digital Age*, Da Capo Press, 1998, p.125

Los discos que los equipos de sonido reproducían eran elegidos y presentados por un “selector”, a lo que hoy en día nos referiríamos como, locutor. En algún momento alrededor de 1956, algunos selectores comenzaron a experimentar con hablar mientras sonaba la canción, en lugar de simplemente hacerlo entre canciones, incorporando la jerga jive con patois, un dialecto distintivo del inglés de las Indias Occidentales. Esta "charla" o "brindis" fue un éxito entre el público y otros selectores comenzaron a seguir su ejemplo.

Los propietarios de los equipos de sonido competían ferozmente para ganarse el respeto y la admiración de los fanáticos y pronto comenzaron a tratar de ganar ventaja en la competencia encargando a músicos locales que grabaran versiones instrumentales con estilo jamaicano de canciones populares del soul sureño estadounidense. Estas "versiones" exclusivas, impresas en discos de acetato, permitían que los selectores de los equipos rimaran sobre toda la pista en lugar de solo las pausas instrumentales en un lanzamiento comercial. Y así, pronto comenzó a surgir una nueva generación única de música indígena, fusionando los estilos vocales de los selectores jamaicanos con ritmos reciclados tomados de éxitos ya existentes.

A medida que la popularidad de "talkover" se extendió en la década de 1960, apareció un nuevo tipo músico, los DJ: disc jockeys. DJs como U-Roy, I-Roy y otros se convirtieron en superestrellas jamaicanas, alcanzando una popularidad local a la par de la de los músicos pop internacionales.

El arreglo musical por parte de un DJ o de un equipo de sonido se convirtió en un elemento esencial en el desarrollo de la música jamaicana a lo largo del siglo XX, constituyendo así el principal antepasado de la música afroamericana conocida como hip-hop o rap.

El concepto del equipo de sonido fue traído a los Estados Unidos por Clive Campbell, más conocido como Kool Herc, un selector nacido en Jamaica que, en 1974, comenzó a tratar de adaptar, a través de las técnicas empleadas por los selectores en Jamaica, fragmentos de discos de funk a los bailarines de break o "b-boys". Reemplazó los *riddims* del reggae con breaks de funk al

aislar y tocar solo las partes cruciales de las canciones, evitando el resto de la grabación y luego desvaneciéndose en el breakbeat de otra melodía⁹.

A los bailarines les encantó y otros rápidamente comenzaron a imitar la técnica de Herc. En particular, Grandmaster Flash y Afrika Bambaataa refinaron y perfeccionaron varios métodos de manipulación de tocadiscos.

Bajo el liderazgo de estos tres hombres, la música rap y toda una cultura hip hop se desarrollaron en las discotecas, centros comunitarios y fiestas de barrio del Bronx a finales de los setenta.

La tecnología del *sampling* se adaptaba bien a la música hip hop, que en sus primeros años dependía casi exclusivamente de la destreza manual de los DJ. Estos, debían mantener un flujo continuo de música "haciendo malabares" con los ritmos entre discos tocados en dos tocadiscos separados. Los productores de hip hop comenzaron a usar *samples* a principios de los años 80 para recrear en los estudios de grabación (con precisión asistida por computadora) lo que los DJ habían hecho todo el tiempo: aislar, manipular y combinar partes conocidas y oscuras de las grabaciones de otros para producir completamente nuevas.

Para cuando los *samples* digitales se volvieron asequibles para los productores de hip hop, el género ya había alcanzado un éxito general en 1979 con el lanzamiento de "Rapper's Delight" de Sugarhill Gang. Este sencillo alcanzó el puesto número cuatro en las listas de R&B de Billboard y se convirtió en el primer lanzamiento de hip hop en ingresar al Top 40, presentando al resto de la nación esta técnica.

En las décadas subsiguientes, gracias a la globalización y los avances tecnológicos que ha experimentado la industria de la música, esta técnica ha experimentado, no solo un incremento exponencial en su uso, sino que ha podido expandirse a otros géneros musicales como el pop. Sin embargo, de su normalización y uso indebido también se han originado una serie de problemas

⁹ Brewster, B. & Broughton, F., *Last Night a DJ Saved My Life: The History of the Disc Jockey*, Nueva York, Groove Press, 2000, p. 144-116

que suscitan estudio desde una perspectiva legal. De esta perspectiva legal, se encargarán los Apartados 3 y 4, del presente trabajo.

2.3. Marco jurídico general aplicable.

El sampling, se encuadra en la rama del derecho de Propiedad Intelectual.

No obstante, resulta preciso aclarar que, actualmente, no existe un único marco legal que ampare, recoja y regule de igual manera estos derechos, propios de las obras musicales; coexisten dos marcos legales diferentes. Por un lado, el marco del derecho continental o europeo, es decir, el característico de Europa y los países de América del Sur: y, por el otro, el marco del derecho anglosajón, Reino Unido y Estados Unidos.

Esta distinción resulta determinante ya que las implicaciones que se derivan de la aplicación de un marco legal u otro para proteger y regular las obras musicales son completamente distintas. Así, mientras en el sistema o marco legal anglosajón existe el copyright; en el sistema continental, nos referimos indistintamente a derechos de autor o propiedad intelectual, pero nunca copyright.

En el mencionado sistema europeo, dos, son los tipos que, fundamentalmente, componen los derechos de autor: los derechos patrimoniales y, los derechos morales. Los derechos patrimoniales son aquellos que se pueden ceder y que permiten la mercantilización de la obra. Estos derechos, permiten al autor, titular de la obra, ceder el derecho a autorizar o prohibir determinados actos contemplados por uno, varios o todos los derechos que le hayan sido atribuidos en virtud de su titularidad del derecho de autor¹⁰. De esta manera, la persona a la que hayan sido cedidos los derechos pasa a ser el nuevo propietario o titular del derecho de autor, como se da en el caso de las partituras empleadas como bandas sonoras de películas o la reproducción de una canción en la radio o en plataformas como Spotify.

Los derechos de patrimoniales no solo son cedibles, sino que son divisibles, es decir, puede haber múltiples titulares de derechos con respecto a los mismos o a diferentes derechos sobre la misma

¹⁰ Bercovitz Álvarez, G., “*Los derechos de explotación*”, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 83-84

obra. Por ejemplo, el pasado mes de enero, a pesar de que los derechos de publicación de las obras de Bob Dylan ya pertenecieran a Universal Music Group; Sony Music Entertainment, anunció la compra de sus derechos de grabación¹¹.

Este tipo de acuerdos está experimentando cierto auge en los últimos años puesto que brindan seguridad financiera inmediata a los artistas, mientras que los nuevos titulares de derechos esperan beneficiarse de las transmisiones de canciones clásicas, al tiempo que crean nuevas fuentes de ingresos a través de licencias de cine y televisión, merchandasing, versiones de versiones y regalías de interpretación.

Los derechos morales, en cambio, son derechos personalísimos, irrenunciables e inalienables, cuyo fin último es la protección de la persona del autor a través de su obra, es decir, se atribuyen al individuo que es autor de la obra, sin importar quien sea el titular de los derechos patrimoniales sobre la misma. Los derechos morales abarcan derechos como: el derecho de divulgación, el derecho de acceso, el derecho de retirada o arrepentimiento, el derecho de paternidad, el derecho de modificación o el derecho a la integridad de la obra; derecho que resulta de especial interés, dado el tema que aborda este estudio, tal y como se prevé en el artículo *6bis* del Convenio de Berna¹². Así, la verdadera singularidad de los derechos morales reside en la ausencia de los mismos en el marco legal anglosajón. Ello supone, por ejemplo, que un autor, que se encuentre amparado por la ley de copyright, no pueda negarse a que, habiendo cedido sus derechos, su discográfica tenga la potestad de consentir el uso de un fragmento de una canción suya para un *sample*.

Otros elementos que constituyen una diferencia fundamental entre estos dos marcos legales son, la existencia del *fair use*, además de otras doctrinas nacidas en el seno de la jurisprudencia anglosajona como mecanismos para salvaguardar y proteger el copyright y, la amplitud de lo que se encuentra amparado por el término *intellectual property*. Mientras en el *common law*, el término

¹¹ Sisario, B., “Sony Music Buys Bob Dylan’s Recorded Music”, *The New York Times*, 24 de enero 2022 (disponible en <https://www.nytimes.com/2022/01/24/arts/music/bob-dylan-sony-recordings.html> ; última consulta 27/01/2022)

¹² Cámara Águila, M., “El derecho moral del autor”, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 133-34.

se refiere, tanto a patentes como al copyright; en el marco europeo, las patentes forman una parte integral de a lo que nosotros nos referimos como propiedad industrial.

2.3.1. *Derechos conexos.*

Intentar utilizar una parte o partes de una canción como un *sample* para otra, puede convertirse en una cuestión bastante compleja, desde una perspectiva legal. Esto se debe a que cuando escuchamos una canción, de esta, no solo se despliegan dos derechos de autoría, o dos copyrights; uno para la composición musical y otro, para la grabación de sonido, si no que, además de los derechos de autor, estrechamente ligados a la obra musical preexistente de la que se toma la muestra, se encuentran, los derechos conexos o afines.

Los derechos conexos o afines son derechos que se atribuyen a determinados actores, como los ejecutantes o productores de fonogramas por su activa participación en el proceso creativo¹³.

Estos derechos son de reconocimiento relativamente reciente, especialmente en nuestro ordenamiento, que hasta 1987, con la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Intelectual no los reconoció. No obstante, a nivel internacional, se introdujeron en 1961, con la Convención de Roma (Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión). Actualmente, su disciplina se encuentra recogida y desarrollada en el Libro II del TRLPI.

A pesar de derivar directamente de los derechos de autor, la protección otorgada a los titulares de derechos conexos es más limitada que la reservada a estos primeros. Por ejemplo, entre los titulares de derechos conexos, los únicos a los que el ordenamiento otorga derechos morales es a los artistas, intérpretes y ejecutantes. Además, es preciso incidir que, de acuerdo con el art. 131 TRLPI, no se pueden vulnerar o lesionar los derechos de autor de una obra preexistente, en el ejercicio de los derechos conexos¹⁴.

¹³ Molins, F., “Los derechos de autor y la música”, *Lleytons* (disponible en <https://www.lleytons.com/conocimiento/los-derechos-de-autor-y-la-musica/>; última consulta 10/1/2022)

¹⁴ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE 22 de abril de 1996)

3. EL SAMPLING EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS ESPAÑOL Y EUROPEO.

3.1.La obra derivada, la obra compuesta, la obra independiente y la originalidad.

En la legislación española, es el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, el que se encarga de la regulación de la cuestión a tratar (en adelante, la “LPI”). Así, en sus disposiciones se establecen 2 conceptos bien diferenciados; la obra derivada y la obra compuesta.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de la LPI, reciben la consideración de obras derivadas, cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica, entre otras. En otras palabras, son obras derivadas aquellas obras ya existentes que habiéndose modificado de forma considerable son incluidas en una nueva obra totalmente distinta. Por otro lado, a tenor del artículo 9 de la LPI, una obra compuesta o independiente, es aquella en la que se incluye una parte de una obra preexistente sin perjuicio ni de los derechos de autor ni la necesidad de autorización del autor de la obra original, para crear una totalmente diferente. Este supuesto, se deriva del grado de originalidad exigible en las obras musicales en combinación con la ausencia de protección por el ordenamiento de los principios o métodos de creación musicales, como escalas, acordes o tonos, en un intento de garantizar la protección de la creatividad.

A pesar de esta diferencia conceptual, de acuerdo con el artículo 14 de la LP, en ambos casos el autor original posee una serie de derechos morales irrenunciables e inalienables con respecto a la obra original que, en el ámbito de la obra musical, se traducen en la necesidad de la concesión de una licencia para un uso legítimo de la muestra solicitada por otro autor que quiera ejercer un derecho de transformación sobre esa obra.

Cabe la posibilidad de que nos encontremos ante un tercer supuesto que la ley no contempla en sí, el supuesto de “encuentro fortuito”. Este tipo de supuestos suelen darse en obras que, por pertenecer a un determinado género musical, utilizan unos tipos de ritmos determinados. Es un

supuesto de mera influencia. Es en este supuesto de “encuentro fortuito” donde la línea entre el plagio, la obra derivada y la obra independiente es bastante borrosa¹⁵.

Así, el *sampling* suscita en nuestro ordenamiento, dos principales problemas. En primer lugar, el grado de originalidad exigible e, íntimamente ligado con este, un problema de calificación.

El estándar de exigencia mínima del requisito necesario de autoría para que una obra se encuentre amparada y protegida por la LPI, la originalidad, es muy bajo. En otras palabras, si bien la protección que da nuestro ordenamiento a las obras musicales parece ser clara, esto dista de la realidad en tanto que, la originalidad necesaria para dicha configuración posee un límite de exigencia muy bajo. En esta línea, el TJUE, en su Sentencia del 29 de julio de 2019 ha resuelto que, es menester establecer un equilibrio de protección entre, el interés de los titulares de derechos de autor y la libertad de las artes y el interés general.

El segundo problema, es la calificación del *sampling* en nuestro ordenamiento; calificación que depende de lo que se entienda por originalidad objetiva, es decir, qué se considera como novedoso. En función de esto, pueden darse tres supuestos; por un lado, que la obra surgida por el empleo de una muestra de otra preexistente de lugar a una obra derivada, por contar con la autorización del autor originario; que la obra resultante, sea fruto del empleo de una muestra cuyas características hacen que esta se considere lo suficientemente original como para no incurrir en plagio al usarse sin autorización, obra compuesta y, que la obra nueva no respete el grado de originalidad mínima exigible y, por ende se trate de un plagio¹⁶.

El objeto de esta parte, será analizar los derechos que, nuestro ordenamiento otorga a los autores de las obras, es decir, estudiar la conexión entre el *sampling* y los derechos de propiedad intelectual, así como revisar sus límites. Todo ello en el contexto del asunto *Pelham* y lo que su resolución ha supuesto para la consideración y regulación del *sampleo*.

¹⁵ Galacho Abolafio, A.F., “Capítulo 1: La obra derivada en el ámbito de la propiedad intelectual”, Galacho Abolafio, A.F., *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp.78-80

¹⁶ Ibid. pp. 69-74

3.2. El *sampling* y el derecho de la propiedad intelectual.

La LPI, establece que, los derechos de autor inherentes al autor de una obra musical pueden clasificarse en dos en función de su naturaleza; derechos morales y, derechos patrimoniales. Pero no solo el autor de una obra tiene una serie de derechos sobre esta. Nuestro ordenamiento, por la complejidad de las relaciones que conforman la creación, producción y distribución de una obra musical, y la pluralidad de agentes que participan activamente en dicho proceso también contempla derechos inherentes a los artistas o ejecutantes y productores de los fonogramas sobre la obra musical, conocidos como derechos conexos. Derechos que, también se pueden ver afectados en los supuestos de *sampleo*.

3.2.1. *El impacto del sampling en los derechos de autor.*

- a. Derechos exclusivos: derecho de transformación, reproducción, distribución y comunicación pública.

Los derechos patrimoniales, también entendidos como derechos de explotación son derechos económicos cedibles casi con toda libertad por actos *inter vivos*. Este conjunto de derechos lo integran, de acuerdo con las Secciones 2ª y 3ª de la LPI, el derecho de transformación, el derecho de reproducción, el derecho de distribución y el derecho de Comunicación pública.

El derecho de reproducción se define, conforme al artículo 18 LPI como “*el derecho a la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o parte de ella, que permita su comunicación y obtención de copias*”. En otras palabras, es el derecho a la producción de copias de la obra. Así, en lo que nos concierne, que es el uso de un extracto de una obra, desde la perspectiva del derecho de reproducción, el TJUE, en su sentencia de 16 de julio de 2009 (Infopaq) declaró que “*el alcance de la protección conferida por el artículo 2.a) Directiva 2001/29 debe entenderse en sentido amplio*” y, “*la reelaboración de un extracto de una obra protegida por derecho de autor (...) será una reproducción parcial en el sentido del artículo 2 de la Directiva 2001/29 si citado extracto contiene algún elemento capaz de expresar*

la creación intelectual propia del autor”, es decir, el TJUE requiere que en el extracto de la obra se encuentre algún elemento de creación intelectual propia del autor de la misma, vinculando así la protección del fragmento extraído al requisito de originalidad, exigido por el art. 2 del Convenio de Berna. Por lo tanto, se puede entender, en el marco de *sampling* que el derecho de reproducción del autor no está siendo vulnerado mientras el derecho de reproducción del productor de fonograma sí¹⁷.

Respecto al derecho de comunicación pública, derecho con carácter exclusivo a los autores que, nuestro ordenamiento, en su artículo 20 LPI recoge como “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”, existe una disparidad doctrinal a la hora de calificarlo, lo que dificulta, a su vez, reconocer el impacto causado por el *sampling* en el mismo. Situación a la que, en el asunto *Reha Training*, el TJUE trata de dar voz, expresando que “habida cuenta de las exigencias de unidad y de coherencia del ordenamiento jurídico de la Unión, los conceptos empleados por las Directivas 2001/29 y 2006/115 deben tener el mismo significado, salvo que el legislador de la Unión haya expresado una voluntad diferente en un contexto legislativo preciso”. No existe una armonización¹⁸.

Este problema, también se hace evidente en el caso del derecho de distribución pues, el término “copia” en este ámbito tiene significados, definición y tratamiento distinto en las Directivas 2001/29 y 2006/115, y en el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (TODA), lo que, consecuentemente, dificulta su categorización y la determinación de su presencia en distintos supuestos. No obstante, cabe precisar que, la definición proporcionada por el TODA no es restrictiva, de manera que cabe la posibilidad de que una obra musical, desde el ámbito del derecho de distribución, que contiene una muestra breve pero significativa y sustancial de otra preexistente, constituya una copia.

¹⁷ Sánchez Arísti, R., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2009 (*Infopaq*)”, en AA.VV, *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual. Análisis y comentarios*, Ed. Instituto de Derecho de Autor, 20017, pp. 273-282.

¹⁸ López Maza, S., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de mayo de 2016 (*Reha Training*)”, *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual. Análisis y comentarios*, Ed. Instituto de Derecho de Autor, 20017, pp. 729-737

A diferencia de los derechos mencionados anteriormente, el derecho de transformación también carece de armonización comunitaria pero goza de la misma a nivel internacional, recogiendo el Convenio de Berna en su *ex art.12* que la cuestión a tenor, es decir, si la incorporación de una muestra, de forma modificada en una nueva composición musical supone una infracción del derecho de transformación correspondiente al autor de la obra preexistente; tiene que examinarse de acuerdo con el derecho nacional.

El derecho de transformación se encuentra regulado por el artículo 21 LPI que lo recoge como un derecho exclusivo que concede al autor de la misma la facultad de explotarla autorizando a terceros la capacidad para modificarla. La obra original permanece intacta en su individualidad, mientras que el autor de la obra transformada adquiere, de acuerdo con el artículo 11 TRLPI, su titularidad, siempre y cuando haya una aportación original que haga surgir una obra diferente a la anterior, es decir, cuando no se trate, por ejemplo, de un arreglo. Sin embargo, no toda modificación entra en la esfera del derecho de transformación sobre la obra originaria, de acuerdo, por ejemplo, con la STC núm. 763/2012 de 18 de diciembre (politonos) que dictó:

“La transformación comporta una actividad creadora, da lugar a una obra nueva resultante de la transformación (...). Pero no cualquier arreglo musical puede considerarse una obra derivada susceptible de generar derechos de propiedad intelectual y, lo que importa en nuestro caso, constituir una transformación de obra preexistente originaria. Hay simples modificaciones técnicas de escas importancia, que no constituyen una obra nueva y original. Para que un arreglo musical pueda considerarse una obra derivada, debe suponer una aportación creativa que reúna suficiente originalidad.”

En otras palabras, el *sampling* en el marco del derecho de transformación requiere un aporte de originalidad que debe analizarse en cada caso concreto pues la exigencia de creatividad no será igual cuando se toma una muestra aislada y se modifica, que cuando se toman varias muestras, se entrelazan o se modifican.

En el caso de que la transformación de la muestra original de una obra preexistente fuese tal que en la nueva obra esta resultara irreconocible, entonces habría que plantearse si este acto supone o no una vulneración del derecho de transformación del autor de la obra preexistente, si tal modificación se hubiera hecho sin consentimiento previo.

Así, es la calificación de la obra nueva que emplea un *sample* de otra, la que determinará si los derechos patrimoniales inherentes al autor de esta se verán vulnerados. No obstante, la determinación de la vulneración de determinados derechos, como los derechos de comunicación pública y distribución, se ha visto truncada por la ausencia de armonización en la definición de los elementos o requisitos que constituyen su transgresión.

b. Los derechos afines o conexos.

Como se ha mencionado anteriormente, de la complejidad y multiplicidad de agentes involucrados en los procesos de creación, distribución, interpretación etc. de una obra musical resultan una serie de derechos inherentes a las personas que participan en el proceso creativo, pero que difieren de la persona autor de la obra. Estos son, los cantantes, los productores de fonogramas etc. A ellos, se les atribuyen una serie de derechos conocidos como derechos conexos. En lo que a este trabajo respecta, no obstante, se analizarán los derechos conexos exclusivos a los productores de fonogramas, según la reciente resolución del TJUE en la Sentencia del 29 de junio de 2019.

Este caso surge de una controversia en los tribunales alemanes nacida del empleo de un *sample* de 2 segundos, procedente del fonograma de la obra *Metall auf Metall*, del grupo Kraftwerk, por parte del compositor de hip-hop *Pelham*, en la canción “Nur Mir”, interpretada por Sabrina Setlur. El grupo, interpuso una demanda alegando la violación de derechos de autor, y pidiendo, de acuerdo con el derecho alemán: “*La cesación de la infracción, la concesión de una indemnización por daños y perjuicios, la transmisión de datos y la entrega de los fonogramas para su destrucción*”.

Así, ante el TJUE se plantearon dos cuestiones principales. En primer lugar, si conforme al art. 2 c) de la Directiva 2001/29 el *sampling* constituía una vulneración del derecho de reproducción del productor de fonogramas originario; y, en segundo lugar, si, de acuerdo con el art. 9.1 b) de la Directiva 2006/115/CE, este fonograma que contiene una muestra que procede de otro fonograma se puede calificar como copia del primero.

i. El derecho exclusivo de reproducción del productor del fonograma.

El art. 1 a) y b) del Convenio de Ginebra del 29 de octubre de 1971 y la Convención de Roma del 26 de octubre de 1961 en sus artículos 3º b) y c) ofrecen una definición, tanto del fonograma como del productor del mismo en la misma línea que nuestra LPI, en su artículo 114.1. Así, se entiende por fonograma “toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos” y, por productor a la persona, natural o jurídica, bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación y a la que se le reconoce la titularidad de una serie de derechos de propiedad intelectual.

El derecho de reproducción, junto con los derechos de, comunicación pública y distribución conforman el conjunto de derechos de explotación inherentes a los productores de fonogramas.

El artículo 115 de la LPI recoge y regula el derecho exclusivo de reproducción de los productores sobre sus fonogramas, permitiendo su transmisión, cesión y la concesión de licencias. De igual manera, este derecho viene regulado en el artículo 2.c) Directiva 2001/29 en el ordenamiento comunitario europeo. Y, en ambos casos dicha protección se aplica a “toda o parte de la obra”. Precisamente porque dicha protección se aplica a “parte de la obra”, el TJUE considera que, los casos de *sampling* entran en la esfera de este derecho de reproducción.

En *Pelham*, el TJUE con el fin de garantizar la protección de los derechos de autor, derechos afines y la inversión realizada por los productores, establece una interpretación de este derecho de acuerdo con los artículos 4, 9 y 10 de la Directiva 2001/29, dictando:

“El artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que el derecho exclusivo conferido por esta disposición al productor de fonogramas a autorizar o prohibir la reproducción de su fonograma le permite oponerse a que un tercero use una muestra sonora, incluso muy breve, de su fonograma con el fin de insertarla en otro fonograma, a menos que esa muestra sea incorporada de forma modificada y que no resulte reconocible al escucharla.”

A tenor de la interpretación anterior, sin embargo, este derecho se encuentra limitado, en virtud de una vulneración del justo equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y los usuarios, por los derechos de libertad de las artes y libertad de expresión, recogidos en los arts. 13 y 11 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. El TJUE establece en la sentencia del asunto *Penhall*, consecuentemente que, cuando “esa muestra sea incorporada de forma modificada y que no resulte reconocible al escucharla” no podrá considerarse como un acto de reproducción. En otras palabras, el productor de un fonograma puede oponerse al uso de una muestra sonora perteneciente a su fonograma en uno nuevo por un tercero, cuando esta no ha estado sujeta a modificación alguna o esta, a pesar de las modificaciones sigue siendo reconocible. Así, el derecho que lo ampara solo protege aquellas muestras cuya reconocibilidad después de insertarse en otra obra sea evidente.

El TJUE no hace más hincapié en esta reconocibilidad. No precisa para quien debe ser reconocible la muestra empleada. Asunto del que, si se ocupó el TFJA, en su sentencia del 30 de abril de 2020, relacionada con este caso, en la que determinó que era “un oyente de música medio” el que debía ser capaz de reconocer la similitud entre ambas obras. De igual manera que, en España, en ocasiones se ha utilizado el “test del oyente medio”¹⁹.

De esta manera, el TJUE sobre la cuestión presentada sobre si el *sampling* constituye una vulneración del derecho de reproducción del productor de fonogramas originario de acuerdo con el art. 2 Directiva 2001/29, resuelve que supone una vulneración siempre y cuando esta inserción se haya hecho sin autorización cuando la muestra sea reconocible por un oyente medio en la obra nueva, aun cuando esta hubiera sido modificada.

ii. El derecho exclusivo de distribución del productor del fonograma.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (*Bundesgerichtshof*) de 30 de abril de 2020, IZR 115/16, Metal on Metal IV (disponible en <https://www.dropbox.com/s/bvrn3h96wnmcsch/Hui%20%282020%29%20-%20English%20translation%20of%20decision%2c%20Metall%20auf%20Metall%20IV%2c%20German%20Fedral%20Court%20of%20Justice%2c%20I%20ZR%20115:16%2c%2030%20April%202020.pdf>)

El derecho de distribución como derecho exclusivo de los productores de fonogramas se encuentra recogido en el artículo 117 LPI, entendiendo la distribución de acuerdo con la definición proporcionada por el artículo 19.1 LPI e, incluyendo las actividades correspondientes con la autorización o prohibición de venta, préstamo o cualquier otra forma a través de la cual la copias de un fonograma se puedan poner a disposición. En el ámbito europeo es el art. 9.1. c) Directiva 2006/115/CE la que se ocupa de esta cuestión.

En el asunto *Penhall* el TFJA planteó si, de acuerdo con el art. 9.1 b) de la Directiva 2006/115/CE, un fonograma que contiene una muestra que procede de otro fonograma se podía calificar como copia del primero.

Esta cuestión resulta bastante controvertida, dada la ausencia de armonización y la disparidad a la hora de definir el concepto “copia” en el ámbito del derecho de distribución. A pesar de ello, en este caso el TJUE, se sirvió de la definición de copia expuesta en el art. 1. C) del “Convenio fonogramas” por el que una copia se refiere “al soporte que contiene sonidos tomados directa o indirectamente de un fonograma y que incorpora la totalidad o una parte sustancial de los sonidos fijados en dicho fonograma”. Por lo tanto, no es posible entender que una copia del fonograma preexistente existe, si este no incorpora la totalidad o una parte sustancial del fonograma anterior²⁰. Teniendo en cuenta que el *sampling*, conforme a su propia definición, no supone una incorporación total pero sí una parcial, habría que atender entonces a la sustancialidad de la muestra incorporada para poder considerar si se trata o no, de una copia.

La sustancialidad, de acuerdo con las actas de la Conferencia Diplomática del Convenio de fonogramas, debe analizarse tanto desde aproximación cuantitativa como cualitativa. Por lo tanto, si la muestra del fonograma preexistente, sobre el que tiene un derecho exclusivo de distribución el productor del fonograma, que se incorpora en una obra, es cualitativa y cuantitativamente sustancial, entonces sí que se podría hablar de copia.

c. Los derechos morales.

²⁰ *Id.*

Antes de que se aprobara la LPI en 1987, los derechos morales no se reconocían de manera expresa en nuestro país. Sin embargo, hoy en día este conjunto de derechos, que se caracterizan por ser personalísimos, inalienables e irrenunciables, se encuentran recogidos en el artículo 14 LPI y, protegen al autor de la obra musical, a través de esta. Además, estos encuentran su armonización a nivel internacional en el art. 6 *bis* del Convenio de Berna.

Varios son los derechos que conforman los derechos morales inherentes al autor en virtud de su obra. No obstante, dos de ellos son los que más relación tienen con el *sampling*: el derecho de paternidad y el derecho de integridad.

El derecho de paternidad, conforme a la disposición del artículo 14.3 LPI, no es otro que el mero reconocimiento y vinculación del autor a su obra. La mayor parte de los casos que llegan a los tribunales en lo que a este derecho se refiere, suelen ser por falta de reconocimiento de la condición de autor²¹. Falta de reconocimiento que, en ocasiones se da como resultado de una usurpación de identidad, como en la STS 29.12.1993.

En lo que respecta al reconocimiento de autoría en los casos *sampling* y, las obras musicales, en general, esta cuestión resulta bastante compleja desde un punto de vista técnico. No obstante, este reconocimiento es posible en datos aparejados, ya sea física como digitalmente, a la nueva obra que resulta del extracto de una muestra de un fonograma existente i.e. los créditos en un disco.

Por otro lado, el artículo 14 LPI en su apartado 4º recoge y regula el derecho a la integridad que confiere al autor la titularidad necesaria para poder exigir que se respete su obra, de manera íntegra, permitiéndole así, impedir que, la misma sea sujeto de deformación, alteración o cualquier modificación cuando estas perjudiquen sus intereses legítimos o supongan un menoscabo para su reputación, entendiendo esta como la estima que los demás tienen de esa persona. Así, cuando la modificación de una obra desmerezca la reputación profesional del autor, entonces nos encontramos ante un caso de violación del derecho a la integridad.

²¹ Díez Alfonso, A., “Derechos Morales”, De Couto, R., *Practicum Propiedad Intelectual 2020*, Ed. Thomson Reuters, pp. 226-236

El derecho a la integridad de la obra suscita dos principales problemas. Primero, la interpretación de los intereses legítimos del autor: ¿Qué se entiende como interés legítimo?” La doctrina establece que, deben tratarse, en todo caso de intereses de naturaleza personal cuyo fundamento de protección se encuentre en mantener la peculiaridad creativa y, evitar los atentados contra lo esencial de la obra del autor. De esta manera, únicamente lesionarían el derecho a la integridad de la obra, las modificaciones sustanciales de elementos esenciales. Entendiendo elementos esenciales como aquellos que, no solo la caracterizan, sino que la individualizan respecto de otras que puedan pertenecer al mismo género²².

En este contexto, es menester citar la STS. Núm. 683/2008 de 17 julio de 2008, puesto que el Tribunal Supremo resolvió, ante la falta de acreditación de la existencia de un perjuicio en los intereses legítimos y la reputación del autor, que adherir compases y realizar una serie de alteraciones sobre una obra musical, no supone una infracción del derecho a la integridad de la obra.

Por lo tanto, en lo que a la convivencia entre el derecho de explotación y el derecho a la integridad de la obra habrá de atenerse a las circunstancias particulares de cada caso, y someter las cuestiones concretas a un juicio de ponderación de derechos e intereses.

3.3.El plagio y la originalidad.

En los casos de extracción de una muestra de una obra preexistente y la incorporación de esta modificada o no, para crear una nueva en el plano musical, es necesario profundizar en la relación existente entre la originalidad y el concepto de plagio. El objetivo, no es otro que determinar si esta nueva obra simplemente se inspira en una preexistente o, si nos encontramos ante un hecho ilícito que puede ser sancionado porque traspasa la frontera de la mera inspiración. En otras palabras, se trata de establecer si la obra puede encontrarse amparada por el derecho correspondiente a las obras derivadas o si, por el contrario, el autor incurre en plagio o en una infracción del derecho de transformación.

²² Bercovitz Rodríguez-Cano, R., pp.133-42, *Op. cit.*

Nuestro ordenamiento no recoge una definición formal de plagio, entendiendo que este es un concepto que se siente más que se expresa. Aún así, tomando la versión dada por el Diccionario Académico, auxiliada por las interpretaciones jurídicas del Tribunal Supremo, el plagio es “*la copia en lo sustancial de la obra ajena dándola como propia*”. De esta definición se infiere que, para que se de un supuesto de plagio deben concurrir dos circunstancias: primero, que toda o una parte sustancial de una obra que pertenece a otro autor se copie o reproduzca y, segundo, que el plagiarlo afirme, sobre una obra de autoría ajena, la condición de autor, suponiendo así una conculcación del derecho de paternidad, reconocido en el artículo 14.3 LPI. Además, si la obra ha sufrido alguna modificación en su forma, también se vulnerará el derecho a la integridad de la obra del autor. Esto debe entenderse con matices, pues el plagio no se identifica con una infracción de derechos de autor siempre, dado que no todos los elementos que componen una obra musical se pueden proteger por medio del derecho de la propiedad intelectual. Así, de acuerdo con el principio de reducción, únicamente están protegidos los aspectos formales de la obra, siendo estos la melodía, el ritmo, la armonía, los matices etc²³.

Los aspectos formales de una obra musical pueden clasificarse en, internos (estructura de la obra) y externos, siendo el “respeto” del primero y la modificación del segundo, la fórmula más común de plagio. Por ejemplo, dado que el sistema temperado característico de la música occidental está formado por 12 sonidos, en una obra musical es posible que un mismo giro musical pueda apreciarse en las obras de dos autores distintos. Sin embargo, si en ambas obras, coinciden tanto este giro como la progresión armónica empleada, entonces se pondría en duda la autoría de uno de ellos.

A la hora de determinar si se trata del plagio de una obra preexistente, existen dos aproximaciones al requisito de originalidad necesaria. Desde un punto de vista objetivo, se entiende que es original una obra que introduce un elemento novedoso y, desde un punto de vista subjetivo, se entiende que una obra es original, en tanto en cuanto que esta es el reflejo de la personalidad del autor, conformando su estilo e impronta personal²⁴. No obstante, dada la complejidad, el ínfimo grado de originalidad exigible y, por ende, la necesidad de analizar cada caso en concreto, los tribunales

²³ Galacho Abolafio, A.F., p. 195, *Op. cit.*

²⁴ *Ibid.* pp. 280-87

para valorar la existencia o no de plagio, también se sirven de determinados criterios jurisprudenciales. Si bien es cierto que en nuestro país se ha acudido en ocasiones a estos, su práctica no es tan habitual como en el ordenamiento anglosajón. Por ello, estos criterios se abordarán más detenidamente en el capítulo siguiente.

3.3.1. Los criterios jurisprudenciales de valoración de plagio.

Uno de los criterios que han entrado en consideración a la hora de dilucidar si nos encontramos ante el plagio de una obra preexistente es, el conocimiento, el acceso o la posibilidad de conocer la obra preexistente, por parte del plagiador. De esta manera, se entiende que si la obra, sujeto de plagio era una obra inédita o que no ha sido difundida, entonces el acusado de plagio difícilmente podrá haber incurrido en esta práctica. En un argumento de este estilo basaron su defensa los supuestos plagiarios en la sentencia del 16 de mayo de 2006 de la Primera Sala Civil de la Corte de Casación francesa, ante la demanda interpuesta por el grupo Gypsy Kings.

El segundo de estos criterios, considerado además como requisito básico en los casos de plagio, y que se encuentra especialmente ligado al grado de originalidad exigible, radica en la prueba por parte del demandante de que existe una identidad sustancial entre las obras, es decir, estas presentan semejanzas importantes y no se trata de una mera coincidencia fortuita. Criterio acorde con la definición presentada por el ordenamiento jurídico español para determinar la existencia del plagio que requiere, “coincidencias estructurales básicas y fundamentales o esenciales, y no las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales”²⁵.

En esta línea, en lo que al ámbito de obra musical se refiere, resulta de particular interés la lectura de la SAP Barcelona núm. 274/2011, ES:APB:2011:11342. En esta sentencia la Audiencia de Barcelona, primero, rechaza la infracción porque, a pesar de que existe una “semejanza sustancial” entre los elementos objeto de disputa, estos no los considera como susceptibles de protección por derechos de autor porque carecen de la originalidad exigible y, segundo, establece que debería acudirse al “test del oyente medio” para valorar en qué medida el “consumidor medio, al que no debe atribuirse conocimientos técnico-musicales, puede distinguir una obra de otra”. Así, el test

²⁵ STS núm. 1125/2003, de 26 de noviembre, ES:TS:2003:7529

del oyente medio supone un elemento puramente jurisprudencial de valoración del plagio novedoso.

Otro elemento jurisprudencial del que hacen uso, en ocasiones, los tribunales es la comparación objetiva y técnica de los elementos que componen la obra musical. Comparación que se evidencia por su empleo en sentencias como la del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, el 14 de mayo de 2019.

3.3.2. *Los criterios jurisprudenciales en la práctica.*

En esta línea, el 14 de mayo de 2019, el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid, desestimó la demanda de Juicio Ordinario presentada por los autores de la obra musical “Yo te Quiero Tanto” contra los autores de la “La Bicicleta” por vulneración de derechos de propiedad intelectual por plagio.

De acuerdo con los demandantes, existía plagio de su canción en la expresión con música de la frase “yo te quiero yo te quiero tanto” por ser igual a la que aparece en la canción de los demandados “que te sueño y que te quiero tanto”.

Para determinar la existencia, en concreto de plagio musical, como se ha esbozado anteriormente, es menester analizar dicho plagio “atendiendo a diferentes criterios de ponderación, relativos a la letra, y a la música, y dentro de la música, a su ritmo, melodía, etc”²⁶. En lo que respecta a la letra y las frases mencionadas anteriormente, la sentencia concluye que únicamente guardan similitud las palabras “te quiero tanto”. Lo cual no resulta de importancia pues dicha expresión es muy común y, por lo tanto, no puede considerarse que goce de originalidad. Por ende, la sentencia determina que, aunque “*existe la misma expresión parcial de 4 palabras en ambas canciones*”, la letra no es idéntica en ambas composiciones.

²⁶ Kyrou, A. “Elogio del plagio. El sampling como juego o acto artístico”, en *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2004, pp.75-85

La sentencia continua con el análisis de los cuatro elementos esenciales musicales para determinar la existencia de una similitud sustancial y, por lo tanto, plagio; la melodía, la armonía, el ritmo y los matices. En cuanto a los dos primeros, se concluyó, de acuerdo con los testimonios periciales que no existía ninguna semejanza o similitud. Respecto al ritmo, las coincidencias, de acuerdo con el tribunal, eran las usuales en una composición musical de vallenato y no suponían un elemento determinante en la configuración del plagio. Por último, del estudio del entorno melódico en relación con la melodía se afirmó que este “*conlleva a diferenciar de manera clara ambas canciones*”.

Así, la sentencia estableció que “*la letra de la música en 4 palabras es igual, pero carente de sustancialidad respecto al carácter cualitativo y cuantitativo, en cuanto a la melodía no hay coincidencia alguna; la velocidad del ritmo y la armonía también son diferentes (...) no existe de ninguna manera plagio (...)*”, por lo que se desestimó la demanda.

4. TRATAMIENTO LEGAL DEL SAMPLING EN ESTADOS UNIDOS.

4.1. Marco jurídico general aplicable: los derechos patrimoniales.

La Ley de Copyright de EE. UU. actual, es decir, la de 1976, tiene su origen en el Artículo I, Sección 8 de la Constitución, que establece que “*el Congreso tendrá el poder... de promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando por períodos limitados a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus escritos y descubrimientos.*” En consecuencia, es claro que el Congreso tiene en cuenta dos factores al aplicar dicha ley: (1) proteger las obras originales y (2) evitar sofocar la creatividad.

Un *copyright* es esencialmente un conjunto de derechos exclusivos sobre obras literarias, musicales, coreográficas, dramáticas y artísticas que se aplica a obras originales de autoría, fijadas en cualquier medio tangible de expresión, ahora conocido o desarrollado posteriormente, a partir del cual puedan ser percibidas, reproducidas o comunicadas, ya sea directamente o con la ayuda

de una máquina o dispositivo²⁷. Esta protección tiene una duración, cuando el autor es el dueño de la obra de, la vida de este más otros 70 años. Una vez termina, la obra pasa a dominio público.

A diferencia de muchas otras obras protegidas por *copyright*, la Ley otorga a las grabaciones musicales dos protecciones de derechos de autor separadas. El primer *copyright*, incluye las “obras musicales”, a menudo denominadas composiciones musicales; y, el segundo, se atribuye a las “grabaciones de sonido”. Mientras el *copyright* de la obra musical ampara “la música de un artista en forma escrita”, es decir, la composición en sí, incluidas las letras y la notación musical colocadas en forma escrita y “*protege el sonido genérico que necesariamente resultaría de cualquier interpretación de la pieza*”²⁸; el *copyright* de la grabación de sonido protege “los sonidos reales fijados en la grabación”²⁹. De esta manera, como una misma obra tiene dos *copyrights*, puede darse el caso de que también tenga varios propietarios y que, en consecuencia, un *sampler* haya podido infringir el *copyright* de la grabación de sonido sin haber infringido el de la obra musical y viceversa. Por lo tanto, el *sampler* puede necesitar una autorización para poder hacer uso de cualquiera de estos elementos que conforman la obra musical.

Esta formulación del *copyright* y las obras que ampara incluye varias precisiones. En primer lugar, y de conformidad con lo dispuesto anteriormente en el Artículo 1, Sección 8 de la Constitución, que otorga a los autores derechos exclusivos sobre sus obras, la fijación en un medio tangible es un requisito previo y esencial, cuyo cumplimiento supone una protección de manera automática de la obra. De acuerdo con esta precisión, por ejemplo, una obra musical improvisada no estaría dentro del objeto del derecho de autor. Sin embargo, el Congreso ha otorgado a los artistas intérpretes, el derecho a controlar la fijación, transmisión en vivo y distribución de sus interpretaciones musicales en vivo³⁰.

²⁷ Passman, D.S., *All You Need to Know about the Music Business*, 8ª ed., Penguin Group, London, 2000, pp.221-222

²⁸ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 361 (1991) (versión electrónica disponible en la base de datos de Cornell Law School- <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/499/340> ; última vez consultado 1/2/2022)

²⁹ *Id.*

³⁰ Rosenthal Kwall, R., “*The Attribution Right in the United States: Caught in the Crossfire Between Copyright and Section 43.a*”, en *Washington Law Review*, Vol. 77, 2002, pp. 985-1033

Además de ser fija, para que una obra musical goce de protección, esta debe ser la expresión de su autor; autoría. Este es, en realidad, uno de los elementos más complicados de probar, pues en derecho anglosajón, “*las ideas, conceptos, temas, scenes-a-fair, o eventos de la vida real*”³¹ generalmente no tienen derecho a la protección garantizada por el copyright, a menos que estén significativamente embellecidos. Incluso, la doctrina de la fusión reconoce que como “*algunas ideas solo pueden expresarse en un número limitado de formas*”, cuando la expresión es tan limitada, la idea y la expresión se fusionan. En esa situación, dado que el posible propietario de los derechos de autor no puede poseer la idea en sí, los tribunales no pueden proteger la expresión. Este tipo de defensas, aunque en su mayor parte desestimadas, han sido utilizadas por artistas como la cantante Taylor Swift, para defenderse de demandas como la interpuesta por 3LW contra su canción Shake It Off por las expresiones “*players gonna play*” y “*haters gonna hate*”. Expresiones que, de acuerdo con la artista, se fusionaban con la idea subyacente de que “la gente hará lo que hará” y que, por lo tanto, no se encontraban amparadas por la protección de copyright³².

El tercer requisito que debe cumplir es que debe tratarse de una obra original. En este caso, originalidad no es necesariamente sinónimo de novedad, ni se requiere ninguna evaluación del mérito artístico³³. La frase "obras originales de autoría", se deja sin definir deliberadamente en Ley de Copyright de 1975, pues pretende incorporar el estándar de originalidad establecido por los tribunales. Estándar que, dada la cantidad limitada de notas y acordes disponibles para los compositores y debido a que los temas comunes reaparecen con frecuencia en varias composiciones, es muy bajo resultando en que, muchos, si no la mayoría de los elementos que aparecen en la música popular, no se encuentren protegidos individualmente. Por esta razón, los tribunales en los casos de derechos de autor musicales tienen la importante obligación de lograr un equilibrio entre la Primera Enmienda y la Ley de Derechos de Autor.

³¹ U.S. Code 17, 2006, s.102(b)

³² Sean Hall et al. v. Taylor Swift et al., Case No. CV 17-6882-MWF (disponible en <https://www.intellectualproperty.law/2020/09/taylor-swift-cannot-shake-it-off-with-the-merger-doctrine> ; consultado en 1/12/2021)

³³ Zimmerman, M., *The Basics of Copyright Law: Just Enough Copyright for People Who Are Not Attorneys or Intellectual Property Experts*, Fenwick & West LLP, 2015 (disponible en <https://assets.fenwick.com/legacy/FenwickDocuments/2015-03-17-Copyright-Basics.pdf> ; última consulta 15/12/2021)

La Corte Suprema de EE. UU., sostiene así que, el requisito de originalidad “*significa solo que la obra fue creada de forma independiente por el autor (a diferencia de la copia de otras obras) y que posee al menos un grado mínimo de creatividad.*”³⁴

Creada la obra y cumpliendo con estos requisitos, el propietario de cada derecho de autor, en caso de que hubiera mas de uno, recibe varios derechos exclusivos bajo 17 U.S.C. § 106, entre ellos: a reproducir la obra protegida por los derechos de autor en copias o fonogramas; a preparar trabajos derivados basados en el trabajo protegido por derechos de autor; distribuir copias o fonogramas de la obra protegida por derechos de autor al público mediante venta u otra transferencia de propiedad, o mediante alquiler, arrendamiento o préstamo; ejecutar públicamente la obra protegida por derechos de autor; exhibir públicamente la obra protegida por derechos de autor; y, ejecutar públicamente la obra protegida por derechos de autor por medio de una transmisión de audio digital³⁵.

El crítico con respecto al sampling es el derecho “a reproducir la obra protegida por derechos de autor en copias o fonogramas”. Si el demandante puede presentar un reclamo prima facie por infracción de derechos de autor, el demandado puede evitar la responsabilidad a través tres posibles defensas. En primer lugar, el demandado podría haber firmado una licencia con el titular de los derechos de autor que le permite usar el trabajo protegido por derechos de autor de una manera determinada. Como ocurre en el caso de riff inicial, característico de Gimme! Gimme! de ABBA, autorizado a la cantante Madonna para su tema Hung Up. En segundo lugar, el demandado puede haber creado su trabajo de forma independiente en lugar de copiarlo del demandante. Y, tercero, la infracción del demandado podría protegerse como “*fair use*” o uso legítimo.

4.2.La similitud sustancial.

³⁴ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S., pp. 400, *Op. Cit.*

³⁵ Abrams, H.B., *Originality and Creativity in Copyright Law, Law and Contemporary Problems*, Vol. 55, 1992, pp. 3-44

Para establecer un caso prima facie de violación de este derecho de reproducción, cuando no se ha concedido una licencia, ni se trata de un caso que la doctrina del uso legítimo pueda proteger, el demandante debe probar dos proposiciones: “la propiedad de un derecho de autor válido” y que “copia de elementos constitutivos de la obra que son originales”³⁶.

Como se ha mencionado anteriormente, la originalidad de una obra musical es muy difícil de probar, considerando el estándar establecido por los tribunales. No obstante, el requisito de la copia es en sí mismo supone una investigación de dos partes: el demandante debe establecer el hecho de la copia y demostrar que la copia es legalmente procesable. Para que la copia sea procesable, debe haber una "similitud sustancial" entre las dos obras, y se debe probar que el demandado ha tenido acceso a la misma³⁷.

La similitud sustancial se determina mediante una prueba de dos partes: la existencia de similitud extrínseca y, la de una similitud intrínseca³⁸. La prueba extrínseca plantea una cuestión de derecho que a menudo puede ser decidida por el tribunal, después de que el actor identifique elementos concretos en base a criterios objetivos de que las obras son similares³⁹. El análisis consta de dos pasos: el Tribunal identifica los elementos protegidos de la obra del demandante y luego determina si los elementos protegidos son objetivamente similares y si se refieren a elementos triviales (de minimis) o sustanciales de la obra presuntamente infractora. Así, este análisis no es únicamente cuantitativo, sino que requiere una investigación cualitativa. Y, mientras que la investigación cuantitativa analiza cuánto se ha copiado; la investigación cualitativa pregunta si la copia es de expresión o de ideas: si el copista tomó solo ideas que los derechos de autor no protegen, entonces no puede haber infracción. No obstante, una colección de elementos que de otro modo no estarían

³⁶ *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.* 499 U.S. *Op. cit.*, pp. 340, 361.

³⁷ *L.A. Printex Indus., Inc. v. Aeropostale, Inc.*, 676 F.3d 841, 2012 Copr. L. Dec. P. 30236, 102 U.S.P.Q.2d 1382, 12 Cal. Daily Op. Serv. 3855 (9th Cir. 2012) [versión electrónica disponible en Casetext- <https://casetext.com/case/la-printex-indus-inc-v-aeropostale-inc-2> ; última vez consultado 3/2/2022]

³⁸ *Three Boys Music Corp. v. Bolton*, 212 F. 3d 477, 485, (Noveno Circuito, 2000) [versión electrónica – base de datos Berkeley Law files- https://www.law.berkeley.edu/files/Three_Boys_Musc_v_Bolton.pdf ; última vez consultado el 3/2/2022]

³⁹ *Benay v. Warner Bros. Entertainment*, 607 F. 3d 620, 624 (Noveno Circuito. 2010) [versión electrónica-base de datos Casetext- <https://casetext.com/case/benay-v-warner-bros-entmt-inc> ; última vez consultado el 3/2/2022]

protegidos puede ser elegible para la protección de derechos de autor bajo la prueba extrínseca, pero "solo si esos elementos son lo suficientemente numerosos y su selección y disposición lo suficientemente originales como para que su combinación constituya una obra original de autoría."⁴⁰

Solo después de haber cumplido con la prueba extrínseca, se aplica la prueba intrínseca. Esta prueba plantea una cuestión de hecho que pregunta si la persona común y razonable encontraría que el concepto total y la sensación de las obras son sustancialmente similares. Se entiende que "[d]os obras son sustancialmente similares si 'un observador lego promedio reconocería que la supuesta copia se apropió de la obra protegida por derechos de autor'". Ambas pruebas deben cumplirse para que las obras se consideren sustancialmente similares⁴¹.

Un demandante que prueba una similitud sustancial aún debe probar el acceso. La prueba de acceso requiere la oportunidad de ver o copiar el trabajo del demandante. El demandante debe demostrar una posibilidad razonable, no la simple posibilidad de que un presunto infractor haya tenido la oportunidad de ver la obra protegida. Cuando no hay evidencia directa de acceso, la evidencia circunstancial puede usarse para probar el acceso ya sea (1) estableciendo una cadena de eventos demandante ha sido ampliamente difundido.

En noviembre de 2016, los demandantes Marcus Gray (PKA Flame), Emmanuel Lambert y Chike Ojukwu presentaron una demanda contra Katheryn Elizabeth Hudson (PKA Katty Perry), Capitol Records Inc., Universal Music Group Inc. etc alegando que el oscinato de 8 notas de la canción de los demandados "Dark Horse", infringía los derechos de autor que los demandantes tenían sobre un oscinato de 8 notas de canción "Joyfull Noise", ya que este ritmo instrumental era una expresión original protegida a la que los demandados tuvieron acceso y que, por ello copiaron.

En marzo de 2022, el Tribunal de la Corte de Apelación de California, sostuvo que la ley de derechos de autor protege las obras musicales solo en la medida en que sean "obras originales de

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Tal y como dicta la Sentencia del Noveno Circuito de 2020 en el *Asunto Skidmore contra Led Zeppelin*, 952 F.3d 1051, 1064.

autoría”, concluyendo que los ostinatos en cuestión aquí consistían enteramente en elementos musicales comunes y las similitudes entre ellos no surgieron de una combinación original de estos elementos. Además, el hecho de que tanto Joyful Noise como Dark Horse hicieran uso de “secuencias de ocho notas” tocadas con un ritmo uniforme se encuentra fuera de la protección de la ley de derechos de autor.

4.3.La doctrina del *fair use* y su aplicación en los casos de *sampling*.

Los derechos exclusivos inherentes al dueño del copyright no están exentos de límites. Cuatro son las delimitaciones de estos derechos:

- a) como el copyright solo protege contra la copia (o paráfrasis o "alternancias coloreables" de) el trabajo protegido por la Ley de Copyright, los derechos de autor no prohíben que otro autor produzca de forma independiente el mismo trabajo o uno similar.
- b) cualquiera puede copiar las ideas de una obra protegida por copyright; pues este solo protege una expresión particular de ideas.
- c) el copyright no se extiende ni a los sistemas explicados en una obra, ni a los hechos discretos contenidos en una obra.

El último y, posiblemente, el más importante de los límites a los derechos exclusivos otorgados al dueño de un copyright es la doctrina del *fair use* que, no se debe confundir con la doctrina o la defensa de la similitud sustancial. La defensa del *fair use* o uso legítimo supone la admisión intencionada y con conocimiento del uso de un trabajo protegido por derechos de autor, pero por una buena razón⁴².

Esta doctrina apareció por primera vez en el caso *Folsom v. Marsh de 1841*. El Juez Story delineó las políticas subyacentes de la doctrina especificando que, las citas de material protegido por

⁴² The Harvard Law Review Association (ed), “*A new spin on Music Sampling: A Case for Fair Play*”, *Harvard Law Review*, Vol.105, No.3, 1992, pp. 726-744.

derechos de autor en obras como biografías o comentarios críticos pueden ser excusables como fair use. No obstante, "[s]i se toma tanto que el valor del original disminuye sensiblemente, o la labor del autor original es sustancialmente apropiada en forma perjudicial por otro, entonces ha ocurrido una infracción". Además, el mismo declaró que el tribunal debe considerar "la naturaleza y los objetos de las selecciones realizadas, la cantidad y el valor de los materiales utilizados y el grado en que el uso puede perjudicar la venta, disminuir las ganancias o reemplazar los objetos, de la obra original."

En 1976, el Congreso codificó la doctrina del *fair use* en la sección 107 de la Ley de Copyright de 1976 estableciendo cuatro factores a modo de ilustración, (es decir, no exclusivos, puesto que el juez de primera instancia tiene cierta discreción para sopesar otros factores en cada caso concreto,) que podían tenerse en cuenta a la hora de determinar si un caso de copyright se encontraba bajo la protección de la doctrina del *fair use*.

En la aplicación de la doctrina del *fair use* como defensa en un caso de copyright destaca el caso *Estate of Smith v. Cash Money Records*. En 2013 el artista de hip-hop Drake lanzó su álbum "Nothing Was the Same", que incluía una canción titulada "Pound Cake/Paris Morton Music 2". Esta canción incluía una muestra de 35 segundos de "Jimmy Smith Rap". El sello discográfico de Drake obtuvo una licencia para usar la grabación de Smith pero no una para su composición lírica. Smith murió en 2005, y la discográfica Hebrew Hustle Inc. alegando que "Pound Cake" infringía los derechos de autor de la letra de Jimmy Smith Rap, demandó a Cash Money Records Inc., Drake y otros en 2014. Las partes solicitaron un juicio sumario. El tribunal de distrito, finalmente, concedió la moción de los demandados para un juicio sumario en su defensa de uso justo y rechazó la moción de los demandantes en su reclamo de infracción de derechos de autor⁴³.

4.3.1. Primer factor: Propósito y carácter del uso.

⁴³ Claflin, S. "How to Get Away with Copyright Infringement: Music Sampling as Fair Use", *B.U. J. SCI. & TECH. L.* Vol. 26.1, 2020, pp. 102-129 (disponible en <https://www.bu.edu/jostl/files/2020/04/5.-Claflin.pdf>; última vez consultado 10/2/2022)

La sección 107(1) de la Ley de Copyright, establece que el tribunal, al determinar si un uso particular es un uso legítimo, deberá considerar "*el propósito y el carácter del uso, incluido si dicho uso es de naturaleza comercial o si tiene fines educativos sin fines de lucro*".

En *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, el Tribunal de Distrito estableció una distinción entre "uso transformativo" y "uso comercial". Determinó que un uso transformador es aquel que "*debe emplear el asunto citado de una manera diferente o para un propósito diferente del original*". Por el contrario, un uso comercial puro, simplemente vuelve a emplear el material citado en el mismo modo que su uso original.

No obstante, desde la decisión de la Corte Suprema en el caso Campbell, los tribunales a menudo centran su análisis en si el uso es "transformador", es decir, si el uso de la obra por parte del demandado "agrega algo nuevo, con un propósito adicional o un carácter diferente, alterando el primero con una nueva expresión, significado o mensaje". Como explicó el Tribunal en Campbell:

"Si bien dicho uso transformador no es absolutamente necesario para determinar el uso justo, el objetivo de los derechos de autor, promover la ciencia y las artes, generalmente se ve favorecido por la creación de obras transformadoras. Dichos trabajos, por lo tanto, se encuentran en el centro de la garantía de la doctrina del uso justo dentro de los límites de los derechos de autor, y cuanto más transformador sea el nuevo trabajo, menor será la importancia de otros factores, como la comercialización, que pueden pesar contra un hallazgo de uso justo."

Dentro de un análisis transformador/comercial, un uso de explotación puramente para obtener ganancias financieras y sin la adición de ningún material nuevo sustancial, pesaría mucho en contra de la cobertura legal garantizada por la doctrina de fair use. Por ejemplo, si Hammer no hubiera obtenido una licencia para usar "Super Freak" de Rick James, sino que hubiera usado directamente los dos compases sobre los que se construye la canción y agregado su propia letra, es poco probable que el *sample* empleado se encontrara amparado por *fair use*. Sin la licencia, el arreglo de Hammer de la canción y la adición de su propia letra probablemente no habrían alcanzado el nivel de creatividad sustancial necesaria para satisfacer el estándar establecido como uso transformador. Así, existe un patrón de conducta cuando nos encontramos con una obra cuyo *sample* se ha usado

en otra con uso transformador: (1) un demandado copia una parte de un trabajo existente sin permiso (es decir, copiar) pero (2) altera la obra copiada añadiendo una nueva expresión, significado o mensaje (es decir, para crear algo nuevo)⁴⁴.

La categorización del empleo de este *sample* como de uso transformador parece simple pero no debe confundirse con la obra derivada que, de acuerdo con la Ley se trataría de una obra protegida por derechos de autor que se usa de una manera que reformula, transforma o adapta la obra en una nueva que cae dentro de los derechos de autor existentes. Podría ser una traducción, un arreglo musical....

La mayoría de los artistas que usan *samples* simplemente combinan material antiguo y nuevo para producir una composición completamente diferente a la del material original. Así, cuando un músico usa una muestra en un contexto diferente al contexto original del derecho de autor muestreado, la decisión del tribunal suele inclinarse hacia la consideración del *sample* en la composición como de uso transformativo. En consecuencia, la cuestión adecuada en un caso de infracción de muestreo digital debe ser si la muestra es la base de una nueva declaración musical o simplemente un efecto. Si la muestra es la base de una nueva declaración musical, el tribunal debe clasificar el uso como transformador y ponderar este factor a favor de un hallazgo de uso justo. Si el músico simplemente usa la muestra como un efecto, el análisis debe depender de los tres primeros factores de uso justo: la duración de la muestra, su prominencia dentro del contexto de la nueva canción y en relación con la grabación original, y la naturaleza del uso.

En el caso de Drake, por ejemplo, el tribunal de distrito determinó que “*Pound Cake*” alteraba fundamentalmente el mensaje de “Jimmy Smith Rap”. Al cambiar las palabras de “*Jazz is the only real music that’s gonna last*” a “*Only real music is gonna last*”, Drake había “transformado el comentario despectivo de Jimmy Smith sobre la música que no es jazz en una declaración sobre la relevancia y el poder de permanencia de ‘música real’, independientemente del género”. El tribunal consideró que este cambio era precisamente el tipo de uso que “*agrega algo nuevo, con un propósito adicional o un carácter diferente, alterando la primera obra con una nueva expresión, significado o mensaje*” y ello con independencia de si el oyente promedio identificaría

⁴⁴ *Id.*

la fuente de la muestra. Esta transformación del mensaje del artista hizo que el uso de la composición original por parte de los demandados fuera justo y no violatorio.

4.3.2. Segundo factor: la naturaleza de la obra amparada por el copyright.

Al evaluar este factor, los tribunales toman en consideración "*si el trabajo fue creativo, imaginativo y original... y si representó una inversión sustancial de tiempo y trabajo realizada en previsión de un retorno financiero*", es decir, si el trabajo está publicado o no, y/o es real o ficticio⁴⁵. Este segundo factor resulta extremadamente importante en casos relacionados con apropiaciones o citas de fuentes que contienen material fáctico, como directorios telefónicos o biografías⁴⁶. Sin embargo, el análisis de la naturaleza es impropio en el contexto del muestreo digital. Así, por ejemplo, en el caso de Drake, a pesar de que el tribunal de distrito determinó que debido a que “Jimmy Smith Rap” es una obra de expresión creativa, este factor pesa en contra de un hallazgo de uso legítimo; también señaló que este factor es de “utilidad limitada” cuando el trabajo creativo se utiliza con un propósito transformador.

4.3.3. Tercer factor: Similitud y sustancialidad.

Este tercer factor se pregunta si la “cantidad” y el “valor” utilizados “son razonables en relación con el propósito de la copia”. Toman gran importancia, el vínculo entre la capacidad de transformación y la sustancialidad de la parte utilizada, en relación con la obra original en su conjunto, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Por este motivo, el tribunal de distrito rechazó el argumento de los demandantes en el caso de Drake de que los demandados se apropiaron de una parte irrazonable, cuando usaron 35 segundos de la pista de un minuto y que “*cualquier declaración sobre el poder de permanencia de la música 'real' necesitaría el uso de esa sola línea.*” El tribunal de distrito consideró que la cantidad tomada por los demandados era razonable en proporción a las necesidades del uso transformador previsto⁴⁷.

⁴⁵ Ibid. p. 122

⁴⁶ Ibid. p. 123

⁴⁷ Gardner, E., “*Appeals Court Gives Drake a “Fair Use” Win in Sampling Case*”, *The Hollywood Reporter*, 3 de febrero 2020.

a. Estados Unidos v. Taxe

Uno de los primeros casos que abordó la infracción de los derechos de autor mediante la regrabación y, por ende, la existencia de una similitud sustancial fue el caso de *Estados Unidos v. Taxe*.

En *Taxe*, los demandados volvieron a grabar cintas de las canciones del demandante y las aceleraron, las ralentizaron, eliminaron ciertas frecuencias, agregaron ecos o agregaron sintetizadores. La alteración de la grabación de sonido original sirve como un factor adicional no incluido en la lista que los tribunales deben considerar al tomar muestras de las demandas por infracción. El tribunal declaró que "[s]i la obra se produce volviendo a grabar los sonidos originales, o 'recapturando' esos sonidos, la obra infringe". Además, "siempre que la obra presuntamente infractora sea producto de una regrabación, en lugar de una obra independiente de producción, existe una infracción". Esta declaración, en su esencia, describe exactamente lo que hacen los músicos cuando *samplean*. Por lo tanto, de acuerdo con este análisis, cualquier muestreo constituiría un caso prima facie de infracción de derechos de autor.

Además, los demandados, también, plantearon dos cuestiones: primero, si la regrabación más trivial (la regrabación de una o dos notas) sería una infracción, y segundo, si la regrabación combinada con cambios tan completos que la obra ya no es reconocible como la obra original (es decir, cambios extremos de velocidad o ejecutar el registro en reversa) constituiría una infracción, problemas que también pueden surgir en una demanda por infracción de *sampling*.

En cuanto a la primera cuestión, el tribunal afirmó con precisión que las regrabaciones pueden ser tan "insustanciales... como para no infringir". Esta conclusión es consistente con un análisis de uso *de minimis*, que se explicará más adelante, donde la porción del trabajo protegido por derechos de autor que se muestra es tan pequeña o trivial que su uso no disminuiría el valor del original ni desplazaría el mercado del original. La frase "Yo' Leroy", del éxito de Jimmy Castor "Return of Leroy, Part I, 'para su canción "Hold It Now, Hit It'" sirve como ejemplo de un *uso de minimis*.

Sin embargo, algunos usos *de minimis* pueden estar sujetos a causas de acción distintas de la infracción de derechos de autor. Por ejemplo, los gritos distintivos de Pitbull son una porción muy pequeña de sus grabaciones, sin embargo, también están tan estrechamente asociados con él que son reconocibles al instante⁴⁸.

Al abordar la segunda cuestión, que se refería a alteraciones extremas de los derechos de autor originales, el tribunal de *Taxe* concluyó que el caso no involucraba este tema en particular; sin embargo, insinuó que tales alteraciones integrales pueden estar lejos de la idea del Congreso de infracciones prohibidas.

4.3.4. Cuarto factor: el efecto del uso del sample sobre el mercado potencial o el valor del trabajo protegido por copyright.

Al considerar este factor, el tribunal debe sopesar el beneficio obtenido por el propietario de los derechos de autor cuando el uso se considera injusto frente al beneficio obtenido por el público cuando el uso se considera justo. De acuerdo con la Corte Suprema, "[n]o es necesario demostrar el daño presente real... Al igual que tampoco es necesario demostrar con certeza que se producirá un daño futuro. Lo que es necesario es demostrar es que existe alguna posibilidad significativa de daño futuro"⁴⁹. Además, "si el trabajo del demandado afecta adversamente el valor de cualquiera de los derechos en el trabajo protegido por derechos de autor... el uso no es justo"⁵⁰. Por lo tanto, si cualquiera de los cinco derechos del propietario de los derechos de autor de la composición musical subyacente' o cualquiera de los tres derechos exclusivos del propietario de los derechos de autor de la grabación de sonido se ven real o potencialmente afectados adversamente, el uso es presuntamente desleal.

⁴⁸ McNaughton, J.F., Kairalla, R., Zigel, L. & Perez, A.C., "EEEEEEYOOOOO! Reflections On Protecting Pitbull's Famous Grito", *The New York Journal of Intellectual Property and Entertainment*, Vol.9, No.2, 2020

⁴⁹ Lee, E., "Fair Use Avoidance in Music Cases", *Boston College Law Review*, Vol. 59, No.6, 2018, pp. 1874-1904 (disponible en <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3691&context=bclr> ; consultado por última vez 14/2/2022)

⁵⁰ Ibid.

Los tribunales, también, han interpretado que este factor incluye una consideración de si el uso o la práctica impugnada, tendría un efecto perjudicial en la industria en su conjunto si se generalizara.

Aunque los tribunales han enfatizado la importancia de este cuarto factor de uso justo, debería ser el factor menos significativo en un análisis de infracción de muestreo digital.

Primero, porque las dificultades de aplicar el marco de sustitución del mercado en el contexto del *sampling* musical presentan un problema probatorio para los demandantes. Y, en segundo lugar, porque el material muestreado es, típicamente solo una pequeña fracción de la composición original y, el uso efectivo de la muestra en la nueva composición es generalmente mínimo. La muestra a menudo se usa solo por novedad o efecto sónico. En consecuencia, es difícil decir que este tipo de uso limitado perjudique el mercado potencial del original⁵¹.

En su lugar, en los casos de uso legítimo, el demandante, en todo caso, debería establecer “*con una probabilidad razonable la existencia de una conexión causal entre la infracción y una pérdida [especulativa] de ingresos*”, transfiriendo la carga “*al infractor para demostrar que el [supuesto] daño habría ocurrido si no se hubiera tomado la expresión protegida por derechos de autor*”.

En Drake, el tribunal de distrito concluyó que no había evidencia que sugiriera que "Pound Cake" usurpara cualquier mercado potencial para "Jimmy Smith Rap", porque el álbum de jazz apunta a un mercado "muy" diferente al de un álbum de hip-hop. Y, por lo tanto, se postuló a favor del demandado.

La mayoría de los casos de *sampling* se centran en los derechos de grabación, a diferencia de los derechos musicales o líricos, por ejemplo, en 20216, el 86% de los demandados por infracciones de copyright por el uso indebido de *samples* emplearon argumentos distintos al *fair use*. Así, la importancia de esta doctrina en los casos de *copyright*, reside más en la ausencia de la misma en el sistema continental, que en su utilidad práctica en litigios en Estados Unidos y de ahí el interés inherente a la victoria del cantante Drake.

⁵¹ Ibid.

4.4.El requisito de minimis.

Íntimamente ligado a la doctrina del *fair use*, se encuentra el requisito de minimis. De minimis, es la abreviatura de la frase latina *de minimis non curat lex*, que se traduce como “[l]a ley no se preocupa por nimiedades”. Esta doctrina sostiene que, si un acusado puede probar que las alegaciones o los daños alegados por el demandante son triviales, este hecho por sí solo constituye una defensa afirmativa de la acusación⁵².

Como se señaló anteriormente, el requisito de minimis forma parte de la investigación de similitud sustancial, característica de los casos de copyright para determinar si se ha producido una infracción. En este contexto, este requisito sugiere que la copia no será procesable si la audiencia promedio no reconocería la apropiación⁵³.

Si bien *a priori* se conoce como un umbral cuantitativo, los factores cualitativos también son importantes: pues la prueba no se fija simplemente en la cantidad de copias, sino también en su carácter.

Aunque la prueba de minimis es imperfecta, cumple una función importante: garantizar que por actos considerados como razonables no seamos sometidos a responsabilidad por derechos de autor. En otras palabras, el requisito de minimis proporciona un alivio de lo que de otro modo sería el efecto sofocante de los derechos de autor sobre la creatividad. Como explica el juez Leval:

“La copia trivial es una parte importante de la vida moderna. La mayoría de los ciudadanos honestos en el mundo moderno frecuentemente se involucran, sin vacilación, en una copia trivial que, de no ser por la doctrina de minimis, técnicamente constituiría una violación de la ley. ...

⁵² Di Cosmo, F., “Return of the De Minimis Exception in Digital Music Sampling: The Ninth Circuit's Recent Holding in VMG Salsoul Improves Upon the Sixth Circuit's Holding in Bridgeport, But Raises Questions of its Own”, 95 Wash. U. L. Rev. 227, 2017.

⁵³ Weldon, C., “The De Minimis Requirement as a Safety Valve; Copyright, Creativity, and the Sampling of Sound Recordings”, *New York University Law Review*, Vol. 92, 2017, pp.1271-1273.

Debido a la doctrina de minimis, en casos triviales de copia, de hecho, no estamos infringiendo la ley”.

Es más, en la actualidad, existe una opinión dispar en los tribunales a la hora de probar casos de *sampling* y la aplicación del requisito de *minimis*. Esta disparidad se ve en las decisiones de los tribunales del Sexto y Noveno circuito.

4.4.1. Interpretación del requisito de minimis por Sexto Circuito.

La decisión del tribunal del Sexto Circuito en el caso *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films* sienta precedente en la consideración del *sampling* y el requisito de *minimis*, suponiendo una interpretación más restrictiva de la ley y, en consecuencia, una limitación a la libertad creativa, teniendo en cuenta que antes de esta decisión, existía la premisa de que solo la copia completa o copia sustancial podían suponer infracción de copyright.

George Clinton escribió para Funkadelic la canción “Get Off”, canción que comenzaba con un riff de guitarra eléctrica de cuatro segundos compuesto por tres notas: un acorde arpegiado.

A partir de ese riff de cuatro segundos, N.W.A. tomó como sample dos segundos de la grabación de sonido para usar en la canción de rap "100 Miles and Runnin", que fue incluido en la banda sonora de la película *I Got the Hook Up* (*Hook Up*). De acuerdo con el testimonio del perito de los demandantes, N.W.A lo único que hizo fue bajar el tono del sample y reproducirlo. Así, la muestra resultante tenía una duración de unos siete segundos y apareció en “100 Miles” un total de cinco veces.

Bridgeport Music, Inc. y Westbound Records, Inc., que afirmaban poseer los derechos de autor de la composición musical y la grabación de sonido de "*Get Off Your Ass and Jam*" de George Clinton, Jr. y los Funkadelics, demandaron a la productora No Limit Films.

No Limit Films solicitó un juicio sumario, argumentando (1) que la muestra no estaba protegida por la ley de derechos de autor porque no era "original"; y (2) que la muestra era legalmente

insustancial y, por lo tanto, no equivalía a una copia procesable según la ley de derechos de autor. El tribunal de distrito determinó que esta copia no alcanzaba el nivel de una apropiación legalmente reconocible y otorgó un juicio sumario al demandado.

Debido a que “no hubo disputa” de que “100 Miles” era una muestra del trabajo de los demandantes, y porque Bridgeport había autorizado la licencia la composición musical, la cuestión en apelación se limitó a la afirmación de Westbound de que la investigación de *minimis* no se aplica cuando un acusado admite que usó un sample en una grabación de sonido. El Sexto Circuito estuvo de acuerdo con Westbound pues, si bien la doctrina de *minimis* es aplicable a las composiciones, no lo es a las grabaciones sonoras dada la existente diferencia entre la propia naturaleza de estos trabajos. El tribunal encontró que "el propietario de una grabación de sonido tiene el derecho exclusivo de 'samplear' su propia grabación" y declaró que la alternativa a no comprar o adquirir una licencia era no usar samples de otras obras⁵⁴.

El principal argumento interpretativo del tribunal giró en torno a la presencia de la palabra “totalidad” en 17 U.S.C. § 114 (b):

Los derechos exclusivos del propietario de los derechos de autor sobre una grabación de sonido en virtud de las cláusulas (1) y (2) de la sección 106 no se extienden a la realización o duplicación de otra grabación de sonido que consiste en su totalidad en una fijación independiente de otros sonidos, aunque los sonidos imiten o simulen los de la grabación de sonido protegida por derechos de autor.

Al dictaminar que cualquier muestra de música es automáticamente una infracción de derechos de autor de una grabación de sonido, el tribunal hizo más que invalidar las defensas de *minimis*; también eliminó el elemento de similitud sustancial de la carga del demandante para probar la infracción de derechos de autor.

4.4.2. Interpretación del requisito de minimis por el Noveno Circuito.

⁵⁴ *Ibid.* 1280-1283

Por el contrario, en *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone*, 842 F.3d 871 (9th Cir. 2016), el Noveno Circuito se separó expresamente de la decisión del Sexto Circuito en Bridgeport y sostuvo que se aplica una excepción a la infracción por copia de minimis.

En este caso, el productor de Madonna muestreó un golpe de trompeta de 0,23 segundos de la canción de la demandante "Love Break" y lo usó 5 o 6 veces en dos mezclas diferentes de la canción "Vogue" mientras muchos otros instrumentos tocaban al mismo tiempo las trompetas. El Noveno Circuito basó su resolución en que para establecer una infracción de derechos de autor, el demandante debe demostrar que la copia fue mayor que de minimis, teniendo en cuenta que un uso de minimis es aquel que la audiencia promedio no reconocería como una apropiación.

Después de escuchar las grabaciones, el tribunal concluyó que una audiencia promedio no reconocería "Love Break" como la fuente del golpe de la trompa, y señaló que "los golpes de la trompa son fáciles de pasar por alto" y que los golpes de la trompa en "Vogue" se habían modificado en numerosos aspectos y no sonaba idéntico a los golpes de viento de "Love Break".

El Noveno Circuito rechazó el razonamiento del Sexto Circuito en Bridgeport sobre la base de que la Ley de derechos de autor trata las grabaciones de sonido de manera idéntica a todos los demás tipos de obras protegidas. También rechazó el argumento del Sexto Circuito de que el uso de la palabra "totalmente" en la Ley de Derechos de Autor otorgaba a los propietarios de grabaciones de sonido el derecho exclusivo de probar sus obras, sosteniendo en cambio que la disposición era una limitación a los derechos de los propietarios de grabaciones de sonido: "*La los derechos exclusivos del propietario de un derecho de autor sobre una grabación de sonido... no se extienden a la realización o duplicación de otra grabación de sonido [con ciertas cualidades]*". Además, interpretó esa disposición de la Ley de derechos de autor en el sentido de que una "nueva grabación que imita la grabación con derechos de autor no es una infracción, incluso si la imitación está muy bien hecha, siempre que no haya una copia real". En otras palabras, una banda puede grabar una versión "cover" de la grabación de sonido de otro artista sin infringir los derechos de autor de la grabación de sonido⁵⁵.

⁵⁵ *Ibid.* pp.1284-1286

5. CONCLUSIONES.

A lo largo del análisis del tratamiento legal que recibe el *sampling* por los dos sistemas legales coexistentes; el sistema comunitario y el sistema anglosajón, hemos podido ir desvelando tanto las principales diferencias entre ambos ordenamientos como, las dificultades y carencias existentes en la regulación de esta materia. Así, será objeto de este último apartado reunir y sintetizar una serie de conclusiones con respecto al mismo.

En primer lugar, entendemos técnica del *sampling* como una similar a la del *collage* en las obras de arte, es decir, como una técnica que emplea fragmentos de obras preexistentes y los incorpora, pudiéndolos modificar o transformar, para crear una nueva. Esta incorporación de elementos o fragmentos de obras preexistentes ya suscita un primer problema pues, la preexistencia de estos sugiere, *a priori*, la presencia de derechos de autor del autor sobre ellos y, el consiguiente requisito de autorización para su empleo, es decir, la concesión de una licencia. Sin embargo, considerando la imposibilidad de reinención de elementos musicales abstractos como, la escala dodecafónica característica de la música occidental, la Ley de Derechos de Autor imposibilita que una persona pueda apropiarse de los derechos de este tipo de ideas consideradas como abstractas, es decir, existen elementos de la obra musical que están protegidos y otros que no. Esta protección viene determinada por el cumplimiento de un requisito fundamental: que el elemento en cuestión sea original.

El que sea original únicamente significa que el trabajo haya sido creado de forma independiente por el autor y que posea al menos un grado mínimo de creatividad. Este mínimo de creatividad representa un umbral tan bajo de originalidad que hace difícil calificar la obra nueva, lo cual resulta en un problema en su tratamiento legal. No es lo mismo que la obra nueva se haya creado utilizando un *sample* pero con una licencia, que, que haya sido creada a partir de una muestra, transformada o no, pero empleada sin autorización, pues esta segunda, dependiendo del caso concreto y considerando una serie de criterios constituirá un supuesto de plagio o no.

En segundo lugar, dos son las principales diferencias en el tratamiento legal del *sampling* en los ordenamientos jurídicos comunitario y americano; los criterios jurisprudenciales empleados, doctrina del *fair use* y similitud sustancial y, los derechos inherentes a la obra nueva.

Si bien es cierto que, en España y países de la Unión Europea, como Francia o Alemania la normativa tiende a contemplar casos tasados en los que se puede utilizar material ajeno, EE. UU. ofrece un tratamiento legal mucho más relajado. Así, en el empleo del material ajeno sin autorización, existe la doctrina del *fair use*. Esta, se traduce en el derecho a copiar una parte de un trabajo con derechos de autor sin autorización, porque su uso es para un propósito limitado, como para uso educativo en un salón de clases o para comentar, criticar o parodiar el trabajo que se *samplea*. Pocos han sido los casos de *copyright* que han usado este argumento como defensa. No obstante, en tal caso, se valoran cuatro aspectos; la finalidad del uso, la naturaleza de la obra protegida, la proporción de la parte utilizada y el efecto que produce dicho uso en el mercado del autor original. Así, por lo general, cuando se presenta ante un tribunal estadounidense un caso cuyo objeto es determinar la existencia de una vulneración de los derechos de *copyright* por una obra que ha empleado un *sample* de otra preexistente, este, para determinar el tratamiento legal adecuado a cada supuesto, atiende a una serie de elementos que el demandante debe probar; la autoría, el acceso del demandado a la obra y que se han copiado elementos constitutivos de la obra que son originales, “similitud sustancial”. Para probar que existe similitud sustancial, se somete la nueva obra a dos pruebas, una intrínseca y otra extrínseca y, ambas deben ser favorables para que se de un caso de vulneración de derechos de *copyright*.

La prueba de la similitud sustancial en los casos de determinación del plagio cuando se emplean *samples* es un criterio jurisprudencial que también se ha empleado y consolidado en el sistema comunitario. Así, tanto el Juzgado de lo Mercantil nº12 de Madrid, en su sentencia 172/2019 y, STS 886/1997, 17 de octubre de 1997, reiteran que, para que se trate de plagio debe haber una copia sustancial. Esta postura se ve consolidada por el TJUE en su Sentencia de 29 de julio de 2019, en la que recoge que siempre que el resultado después de copiar sea notablemente diferente o imperceptible, aunque se emplee una muestra sin consentimiento, esto no supone una vulneración de los derechos de autor.

Si la nueva obra no constituye un supuesto de plagio, es decir, se ha incorporado la muestra con su debida autorización o no, pero esta no es necesaria porque la muestra incorporada resulta irreconocible, no se trata de un caso de similitud sustancial o el elemento en cuestión es original; entonces, dispondrá de dos tipos de protecciones; una sobre la grabación y otra sobre la composición. Si bien es cierto que, en ambos ordenamientos jurídicos existen derechos de naturaleza patrimonial sobre ambos elementos de la obra musical; en nuestro ordenamiento, además, se despliegan automáticamente derechos morales. Los derechos morales son un conjunto de derechos de autor personalísimos, inalienables e irrenunciables que se encuentran recogidos en el artículo 14 LPI y, protegen al autor de la obra musical, a través de esta. Varios son los derechos que conforman los derechos morales inherentes al autor, pero los que más relación tienen con el *sampling*: el derecho de paternidad y el derecho de integridad. Así, la protección otorgada al autor de la obra a través de los derechos morales conforma una de las principales diferencias con el sistema anglosajón.

Con todo, teniendo en cuenta que existe un número limitado de notas musicales, 12 y al año se publican en plataformas como *Spotify* 22 millones de canciones, es normal que se den coincidencias y, no por ello, nos debemos encontrar ante un supuesto de plagio. Es más, una mayor constricción de la originalidad y endurecimiento de la protección otorgada por los derechos de autor a los autores de las obras solo desbordaría los tribunales y limitaría tanto el derecho a la libertad de expresión como la creatividad. Por ello, es fundamental que exista un equilibrio y que cada caso presentado se analice en concreto.

Del análisis y el estudio de las diferencias entre ambos sistemas lo que se infiere es una aproximación más relajada y en favor de la creatividad por parte de la doctrina anglosajona en detrimento de una más rígida y preocupada por la salvaguarda y protección del autor original por parte de la comunitaria.

6. BIBLIOGRAFÍA.

6.1. Legislación.

- Convención para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de sus Fonogramas, de 29 de octubre de 1971.
- Constitución de Estados Unidos de América 1787.
- Convención Internacional sobre Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961.
- Copyright Act of 1976.
- 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. (DOCE, núm. 167, de 22 de junio de 2001)

- 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 (DOUE, núm. 376, de 27 de diciembre de 2006).
- Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.
- Real Decreto Legislativo 1/1996 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE, núm. 97, de 22/04/1996).
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor, del 20 de diciembre de 1996, en Ginebra

6.2.Jurisprudencia.

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 763/2012 (Sala Primera, de lo Civil) de 18 de diciembre de 2012. **ES:TS:2012:8866**
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1125/2003, (Civil) de 26 de noviembre, (recurso 1125/2003) **ES:TS:2003:7529**
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 88/1997, (Sala Primera, de lo Civil) de 17 de octubre de 1997 (recurso de casación 2654/1993) **ECLI:ES:TS:1997:6157**
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 274/2011 (Sección 15ª), de 21 de junio de 2011, (recurso 252/2010) **ES:APB:2011:11342**
- Sentencia de los Juzgados de lo Mercantil, núm. 172/2019, (Madrid, Sección 12), de 14 de Mayo de 2019 (Rec 141/2017) **ES:JMM:2019:220**
- Sentencia del Tribunal del Noveno Circuito sobre el caso *VMG Salsoul, LLC v. Ciccone*, **842 F.3d 871**, 2016.
- Sentencia del Tribunal del Sexto Circuito sobre el caso *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films* **410 F.3d 792**.
- Sentencia del Tribunal del Noveno Circuito sobre el caso *L.A. Printex Indus., Inc. v. Aeropostale, Inc.*, **676 F.3d 841**, 2012.

- Sentencia del Tribunal del Noveno Circuito sobre el caso *Three Boys Music Corp. v. Bolton*, **212 F. 3d477**, 2000
- Sentencia del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York sobre el asunto *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp* **758 F. Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991)**
- Sentencia del Tribunal de Distrito Sur de Nueva York en el asunto *Estate of Smith v. Cash Money Records, Inc.*, **14cv2703 (S.D.N.Y. May. 15, 2018)**

6.3. Obras doctrinales y recursos de internet.

- Abrams, H.B., *Originality and Creativity in Copyright Law, Law and Contemporary Problems*, Vol. 55, 1992, pp. 3-44.
- Bercovitz Álvarez, G., “Los derechos de explotación”, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 83-84.
- Brewster, B. & Broughton, F., *Last Night a DJ Saved My Life: The History of the Disc Jockey*, Nueva York, Groove Press, 2000, p. 144-116.
- Cámara Águila, M., “El derecho moral del autor”, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 133-34.
- Claflin, S. “How to Get Away with Copyright Infringement: Music Sampling as Fair Use”, *B.U. J. SCI. & TECH. L.* Vol. 26.1, 2020, pp. 102-129 (disponible en <https://www.bu.edu/jostl/files/2020/04/5.-Claflin.pdf> ; última vez consultado 10/2/2022)
- Demmers, J., “*Steal This Music: How Intellectual Property Law Affects Musical Creativity*”, University of Georgia Press, 2006.
- Di Cosmo, F., “Return of the De Minimis Exception in Digital Music Sampling: The Ninth Circuit's Recent Holding in *VMG Salsoul Improves Upon the Sixth Circuit's Holding in Bridgeport, But Raises Questions of its Own*”, 95 Wash. U. L. Rev. 227, 2017.
- Gardner, E., “*Appeals Court Gives Drake a “Fair Use” Win in Sampling Case*”, *The Hollywood Reporter*, 3 de febrero 2020.
- Jahn, B. & Simon, P., *Reggae Island: Jamaican Music in the Digital Age*, Da Capo Press, 1998, p.125

- Kyrou, A. “Elogio del plagio. El sampling como juego o acto artístico”, en *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2004, pp.75-85.
- Lee, E., “Fair Use Avoidance in Music Cases”, *Boston College Law Review*, Vol. 59, No.6, 2018, pp. 1874-1904 (disponible en <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3691&context=bclr> ; consultado por última vez 14/2/2022)
- McLeod, K. & DiCola, P., *Creative License: The Law and Culture of Digital Sampling*, Duke University Press, 2011.
- McNaughton, J.F., Kairalla, R., Zigel, L. & Perez, A.C., “EEEEEEYOOOOO! Reflections On Protecting Pitbull’s Famous Grito”, *The New York Journal of Intellectual Property and Entertainment*, Vol.9, No.2, 2020
- Molins, F., “Los derechos de autor y la música”, *Lleytons* (disponible en <https://www.lleytons.com/conocimiento/los-derechos-de-autor-y-la-musica/> ; última consulta 10/1/2022)
- Passman, D.S., *All You Need to Know about the Music Business*, 8ª ed., Penguin Group, London, 2000, pp.221-222.
- Ponte, L., “The Emperor Has No Clothes: How Digital Sampling Infringement Cases Are Exposing Weaknesses in Traditional Copyright Law and the Need for Statutory Reform”, 43 AM. BUS. L.J., 2006, pp 515–16
- Sisario, B., “Sony Music Buys Bob Dylan’s Recorded Music”, *The New York Times*, 24 de enero 2022 (disponible en <https://www.nytimes.com/2022/01/24/arts/music/bob-dylan-sony-recordings.html> ; última consulta 27/01/2022)
- Snapes, L., “Katy Perry wins \$2.1m copyright appeal over hit single Dark Horse”, *The Guardian*, 11 de marzo de 2022 (disponible en <https://www.theguardian.com/music/2022/mar/11/katy-perry-wins-dark-horse-copyright-appeal> ; última consulta 25/03/2022)
- The Harvard Law Review Association (ed), “A new spin on Music Sampling: A Case for Fair Play”, *Harvard Law Review*, Vol.105, No.3, 1992, pp. 726-744

- Weldon, C., “*The De Minimis Requirement as a Safety Valve; Copyright, Creativity, and the Sampling of Sound Recordings*”, *New York University Law Review*, Vol. 92, 2017, pp.1271-1273.
- Zimmerman, M., *The Basics of Copyright Law: Just Enough Copyright for People Who Are Not Attorneys or Intellectual Property Experts*, Fenwick & West LLP, 2015 (disponible en <https://assets.fenwick.com/legacy/FenwickDocuments/2015-03-17-Copyright-Basics.pdf> ; última consulta 15/12/2021)