

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



EL RECONOCIMIENTO DEL DJ SET COMO OBRA DE ARTE PROTEGIBLE POR EL DERECHO DE AUTOR PERUANO

Tesis para optar por el título profesional de abogado

Piero Sebastian Casanova Gastelumendi

Código 20131684

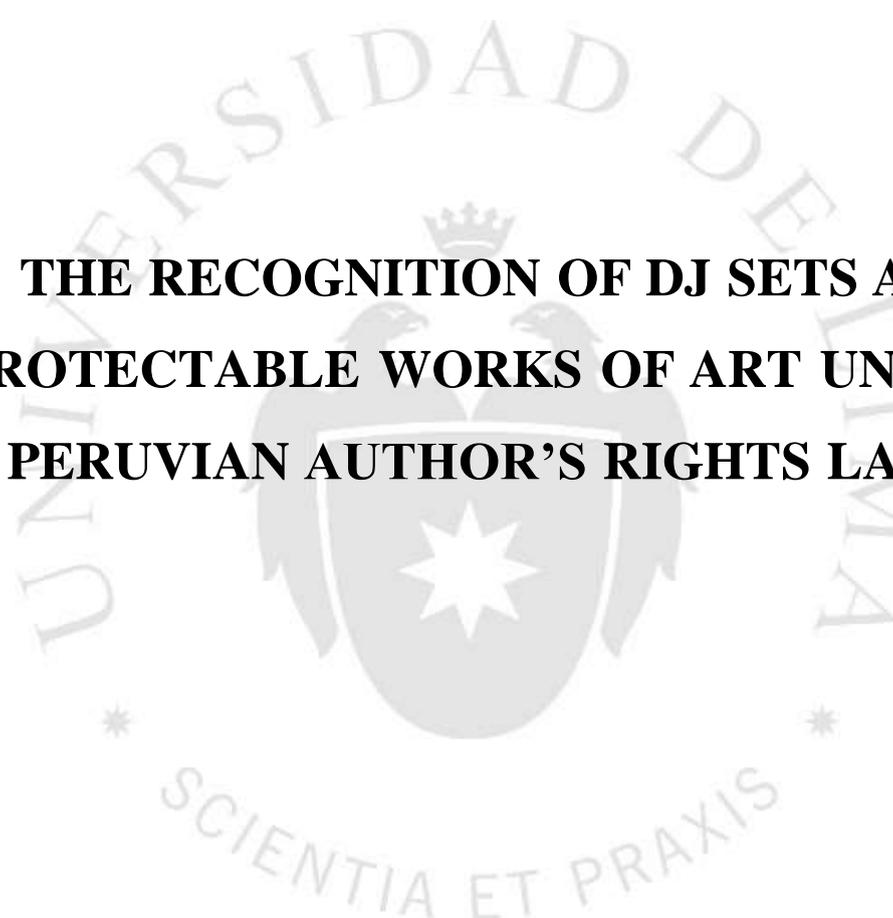
Asesora

Olga Alcántara Francia

Lima – Perú

Noviembre 2021





**THE RECOGNITION OF DJ SETS AS
PROTECTABLE WORKS OF ART UNDER
PERUVIAN AUTHOR'S RIGHTS LAW**

Dedicado a mi familia, en especial a mis padres,

*Quienes en virtud de su ejemplo,
son mi máxima fuente de inspiración.*

Un abrazo y beso al cielo a mi abuelo Lucho,

Cuyo amor infinito y bondad extraordinaria,

Siguen bendiciéndome.

Agradecimientos sensibles al apoyo incondicional de Olga,

Profesora, asesora y amiga de por vida.

*Jehová cumplirá su propósito en mí;
Tu misericordia, oh Jehová, es para siempre;
No desampares la obra de tus manos.- Salmo 138:8*

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	XI
ABSTRACT.....	XII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LAS COMPILACIONES Y OBRAS DERIVADAS COMO OBRAS PROTEGIBLES POR EL <i>COPYRIGHT</i> ANGLOSAJÓN	3
1.1 Estados Unidos – fundamento del <i>Copyright Law</i> y <i>Copyright Act of 1976</i> ...	3
1.2 El requisito de originalidad en el <i>copyright</i> estadounidense	7
1.2.1 Obras musicales protegibles por <i>copyright</i> estadounidense	11
1.2.2 Evolución histórica de la protección a favor de las grabaciones de sonido.....	13
1.3 Las compilaciones y obras derivadas como obras protegibles por la <i>Copyright Act</i>	15
1.3.1 La originalidad a través de la óptica jurisprudencial estadounidense	16
1.3.2 Las controversias jurídicas suscitadas en torno a las obras musicales derivadas del <i>sampling</i>	22
1.4 Australia – <i>Copyright Act of 1968</i>	37
1.5 <i>Fair dealing</i>	40
1.6 El tratamiento de las obras musicales derivadas del <i>sampling</i> en el ámbito jurisdiccional australiano.....	44
1.6.1 <i>Universal Music Australia Pty Ltd v Miyamoto</i>	45
1.6.2 <i>Larrikin Music Publishing v EMI Song Australia</i>	47
1.6.3 <i>Perez & Ors v Fernandez</i>	48
1.7 Necesidad de reformar el <i>Copyright Act 1968</i>	50
1.8 Reino Unido – La <i>Copyright, Designs and Patents Act 1988</i>	52

1.9	El criterio tradicional de originalidad en el Reino Unido.....	55
1.10	El nuevo criterio de ‘creación intelectual’ como prerequisite de originalidad en el Reino Unido.....	57
1.10.1	<i>Infopaq International v. Danske Dagblades Forening</i>	58
1.10.2	<i>Ministry of Sound v Spotify</i>	60
1.11	Conclusiones del capítulo I.....	62
CAPÍTULO II: LAS COLECCIONES DE OBRAS Y OBRAS DERIVADAS PROTEGIBLES POR EL DERECHO DE AUTOR DE EUROPA CONTINENTAL		
.....		64
2.1	España – Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) y los derechos patrimoniales y morales	64
2.2	El requisito <i>sine qua non</i> de originalidad según la doctrina española	70
2.3	El DJ Set como colección de obras, especie del género popurrí y/o base de datos protegible por el TRLPI	74
2.4	Los derechos de autor implicados en el DJ Set y las controversias suscitadas entre la figura del disyóquey, el local y la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores)	76
2.5	Alemania – apunte filosófico sobre el fundamento de su sistema autoral.....	78
2.6	<i>Urheberrechtsgesetz</i> (UrhG) – Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Alemania.....	79
2.6.1	Protección de las obras musicales conforme a la Ley Alemana	80
2.6.2	Protección de los fonogramas conforme a la Ley Alemana	81
2.7	Caso <i>Kraftwerk</i>	82
2.7.1	Posición de la Sociedad Europea de Derecho de Autor.....	85
2.7.2	Posición del Abogado General del TJUE.....	87
2.7.3	Dictamen de Cuestión Prejudicial del TJUE en <i>Kraftwerk</i>	90

2.7.4 Directiva UE 2019/790 y la excepción de pastiche: hacia el ‘balance justo’ ...	92
2.8 Francia: Derechos y obras protegibles por el Código de Propiedad Intelectual (‘CPI’).....	95
2.8.1 Subsunción del DJ Set como obra compuesta según el CPI y la jurisprudencia francesa	97
2.9 El reconocimiento de la labor creativa del DJ por la SACEM.....	98
2.9.1 El mecanismo de distribución de derechos de autor por SACEM en virtud de la comunicación pública de DJ Sets	100
2.10 Sanciones penales y responsabilidad civil por subir un DJ Set a la web (<i>podcast</i>)	101
2.11 Conclusiones del capítulo II	102
CAPÍTULO III: EL ENCUADRAMIENTO JURÍDICO DEL DJ SET EN EL DERECHO DE AUTOR PERUANO	104
3.1 Decreto Legislativo 822° – Ley sobre el Derecho de Autor	104
3.2 El concepto de originalidad como requisito de protegibilidad para las creaciones intelectuales en el Derecho de Autor peruano	105
3.2.1 Las teorías de originalidad recogidas por la doctrina peruana: originalidad objetiva, subjetiva e intermedia.....	107
3.3 Subsunción del DJ Set en las obras listadas en nuestra Ley	112
3.3.1 El DJ Set como una especie de composición musical.....	113
3.3.2 El DJ Set como colección de obras diversas (compilación).....	115
3.4 Otorgamiento de registro a DJ Set como compilación por la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi.....	120
3.5 Subsunción del DJ Set en el Precedente de Observancia Obligatoria	124
3.6 Naturaleza jurídica del DJ.....	126
3.7 Derechos de autor y conexos implicados en la creación y ejecución de un DJ Set	

.....	129
3.8 Rol de las Sociedades de Gestión Colectiva en relación a la presentación de un DJ en locales permanentes – comunicación pública de DJ Sets	133
3.8.1 Relevancia jurídica de la comunicación pública de DJ Sets en locales permanentes	135
3.9 El DJ como promotor músico-cultural por excelencia.....	140
3.10 El DJ Set como creación artística y manifestación del derecho de acceso a la cultura según el artículo 2 inciso 8 de la Constitución Política del Perú de 1993.....	144
3.11 El DJ Set como obra conciliadora entre el Derecho de Autor y el derecho de acceso a la cultura.....	150
3.12 Breve análisis económico del Derecho aplicado al DJ Set.....	154
3.13 Conclusiones del capítulo III	161
CAPÍTULO IV: PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN A LA LEY DE DERECHO DE AUTOR PERUANA	163
4.1 Cambio de criterio: de originalidad subjetiva a originalidad creativa.....	163
4.1.1 Nuestra propuesta de definición de originalidad creativa.....	167
4.2 Propuesta de inclusión y definición de la obra <i>remix</i> en nuestra Ley	172
CONCLUSIONES FINALES	177
BIBLIOGRAFÍA	179
ANEXOS.....	201

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 3.1 Captura de pantalla de la plataforma virtual de Consulta de Expedientes de la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi	122
Figura 3.2 Captura de pantalla de constancia del otorgamiento de registro a favor del DJ Set creado y ejecutado por el autor del presente trabajo.....	123



ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Resolución N° 0958-2020/DDA-INDECOPI	201
Anexo 2: Proyecto de ley que modifica los artículos 2° y 5° de la Ley sobre Derecho de Autor	207



RESUMEN

La presente tesis gira en torno a la protegibilidad del DJ Set como obra de arte por el Derecho de Autor peruano, dado que en la práctica se trata de una obra cuya creación implica el uso de fonogramas musicales de terceros titulares distintos a la persona del disyóquey, sin que éste cuente con la autorización expresa y por escrito de aquéllos.

En tal sentido, y en aras de contar con una base teórica sólida, inicia analizando la doctrina, legislación y jurisprudencia extranjeras sobre materias íntimamente ligadas al DJ Set, como por ejemplo el *sampling*, tanto desde el punto de vista del *copyright* anglosajón como del Derecho de Autor de Europa continental.

Posteriormente, subsume al DJ Set en el ordenamiento jurídico nacional como compilación, toda vez que en el proceso de investigación se realizó un trabajo de campo satisfactorio consistente en solicitar la inscripción al Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos de un DJ Set creado por el autor, entre otras consideraciones de orden teórico. Además, reconoce al DJ Set como expresión de la libertad de creación artística y manifestación del ejercicio del derecho fundamental de acceso a la cultura.

Para finalizar, concluye proponiendo dos (02) modificaciones a la Ley sobre el Derecho de Autor (Decreto Legislativo 822°): Primero, incluir una definición del requisito *sine qua non* de originalidad, en términos de creatividad; y segundo; añadir expresamente un nuevo concepto de obra genérica protegible al listado enunciativo del Decreto Legislativo 822° – la obra *remix*.

Palabras clave: DJ Set, Derecho de Autor, obra protegible, originalidad, acceso a la cultura

ABSTRACT

The present thesis establishes the protectability of DJ Sets as works of art by Peruvian Author's Rights Law, since in practice its creation implies the use of musical phonograms of third-party owners other than the person of the DJ, without the latter having express and written authorization from the formers.

In this sense, and in light of constructing a solid theoretical basis, it begins by analyzing foreign doctrine, legislation and jurisprudence on subject matters closely linked to DJ Sets, such as sampling, both from the point of view of Anglo-Saxon Copyright Law and Author's Rights Law of continental Europe.

Subsequently, the DJ Set is subsumed in accordance to Peruvian author's rights legislation as a compilation, since in the research process of this investigation, a satisfactory fieldwork was carried out consisting of requesting the registration of a DJ Set crafted by the author to the National Copyright and Neighboring Rights Registry, among other considerations of theoretical order. In addition, it recognizes the DJ Set as an expression of the liberty of artistic creation, and a manifestation of the exercise of the fundamental right of cultural access.

Finally, it concludes by proposing two (02) modifications to the Peruvian Author's Rights Act (Legislative Decree 822): First, the inclusion of a definition of the *sine qua non* requirement of originality, in terms of creativity; and second; the addition of a new concept of a generic protectable work to the enunciative list of the Legislative Decree 822 – the remix.

Key words: DJ Set, copyright, protectable work, originality, cultural access

INTRODUCCIÓN

Para empezar, ¿qué hace y quién es el *disc jockey*? El disyóquey o DJ (por sus siglas en inglés) es aquella persona creadora de una secuencia musical ininterrumpida cuya función principal consiste en ambientar un espacio físico (o virtual) de baile y, a través de dicha secuencia, deleitar al público espectador. Esta secuencia musical, cuya creación implica inherentemente el uso de fonogramas musicales del vasto acervo músico-cultural preexistente, se denomina DJ Set.

Así, el disyóquey, en la gran mayoría de casos, ejecuta su DJ Set utilizando fonogramas musicales de terceros titulares sin que cuente con la autorización expresa y por escrito de dichos sujetos. Razón por la cual surgió nuestra pregunta, y por ende, problemática del presente trabajo de investigación: ¿Es posible proteger al DJ Set como obra de arte por el Derecho de Autor peruano?

Independientemente de los supuestos en los cuales se comunican públicamente fonogramas musicales en locales permanentes que cuentan con las licencias de uso correspondientes, ¿es posible que un disyóquey proteja a su creación por excelencia, el DJ Set, a fin de poder explotarlo económicamente a pesar que utilizó obras de terceros titulares sin el consentimiento expreso y por escrito de estos?

Ante dichos cuestionamientos nuestra primera hipótesis consideró que sí se puede proteger al DJ Set como obra de arte por el Derecho de Autor, siempre y cuando, esté compuesto por fonogramas musicales de titularidad de la persona del DJ, no de terceros.

Y dado que el DJ Set estaría compuesto por fonogramas musicales de titularidad del mismo DJ, cumplirá con el requisito indispensable que exige el Derecho de Autor para que una obra sea protegible: la originalidad. Esta fue nuestra segunda hipótesis.

Sin embargo, a lo largo del desarrollo de la presente tesis, nos dimos cuenta que el DJ Set podrá protegerse como obra de arte por el Derecho de Autor incluso si cuenta con fonogramas musicales de titularidad de terceros, dado que se trata de una expresión de la libertad de creación artística y manifestación del derecho de acceso a la cultura; es decir, el DJ Set forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales

reconocidos expresamente en el artículo 2° inciso 8 de la Constitución Política del Perú de 1993.

En este sentido, los objetivos de la presente tesis son:

- A) Comprobar la protegibilidad del DJ Set como obra de arte por el Derecho de Autor peruano.
- B) Justificar la aplicabilidad del Derecho de Autor y/o Derechos Conexos a los DJ Sets.
- C) Proponer una regulación específica para garantizar la protegibilidad del DJ Set en el Derecho de Autor peruano.

Con la finalidad de cumplir los objetivos del presente trabajo de investigación, empleamos el método comparativo, mediante el análisis basado en el Derecho Comparado de doctrina, legislación y jurisprudencia extranjeras tanto desde el punto de vista del *copyright* anglosajón como del Derecho de Autor de Europa continental sobre materias íntimamente relacionadas al DJ Set (capítulos I y II).

Luego, en el capítulo III, a través del método descriptivo, exponemos el marco legal autoral nacional y encuadramos jurídicamente al DJ Set como obra compilatoria. Además, mediante el empleo del método interpretativo, dilucidamos la decisión de la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi de otorgar la inscripción al Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos a un DJ Set creado por el autor de la presente tesis.

Finalmente, en el capítulo IV, proponemos dos (02) modificaciones a la Ley sobre el Derecho de Autor: La primera, incluir una definición del requisito *sine qua non* para que una obra sea protegible por el Derecho de Autor – la originalidad –, en términos de creatividad; y la segunda, agregar un nuevo concepto de obra genérica protegible al listado enunciativo de nuestra Ley de Derecho de Autor – la obra *remix*. Ello, con la finalidad de actualizar y flexibilizar nuestro sistema autoral para que permita la creación de expresiones artísticas que se basan en obras preexistentes, sin que los autores-usuariostengan que contar con la autorización expresa y por escrito de los titulares de dichas obras.

CAPÍTULO I: LAS COMPILACIONES Y OBRAS DERIVADAS COMO OBRAS PROTEGIBLES POR EL *COPYRIGHT* ANGLOSAJÓN

1.1 Estados Unidos – fundamento del Copyright Law y Copyright Act of 1976

En estricto, el sistema de Derecho de Autor en Estados Unidos se denomina *Copyright Law* (en adelante, ‘*copyright*’). El *copyright* es una de las dos grandes ramas de la propiedad intelectual, junto a la propiedad industrial, que se encarga de proteger a las obras creativas producto del intelecto humano al incentivar la creación de dichas obras mediante el otorgamiento de una serie de ‘*property rights*’ (derechos de propiedad) al autor de obras creativas. Por ello es que a menudo se considera al *copyright* como el derecho del autor de controlar la reproducción de su propiedad intelectual. Es decir, le da la potestad al creador de la obra de decidir cómo se explota, utiliza, distribuye, comunica y transfiere la obra. De hecho, el autor o la autora pierde cierto control sobre su obra al publicarla. Por lo tanto, el *copyright* asegura no solo que el autor o la autora mantenga poderío sobre su obra, al prevenir la copia indiscriminada de su creación artístico-intelectual; sino que, además, garantiza que dicho autor o autora reciba los beneficios de su labor intelectual. En este sentido, la razón de ser del sistema del *copyright* es que fomenta la autoría y creación de obras al recompensar a los autores por dichas obras (Arewa, 2010, p. 613). Además, es considerado como un incentivo jurídico para la publicación de obras artísticas. Sin la protección del *copyright* un autor quizá sea renuente al tomar la decisión de publicar su obra, con lo cual, al final, el público o la sociedad no podrá disfrutar de dicha información creativa (Postel, 2006, p. 142).

La historia legislativa del *copyright* en Estados Unidos enfatiza el hecho que el *copyright* haya sido visto primordialmente como un sistema compensatorio o retributivo: un derecho económico que establece un monopolio exclusivo a favor del autor/creador de una obra, que le permita recibir una compensación por sus creaciones artísticas. La aplicación del *copyright* como una herramienta para el aseguramiento de los ‘frutos del

trabajo intelectual' es un claro enfoque de la exposición de motivos de la *Copyright Act of 1831*, que consideró claramente tales frutos en términos económicos. El *1909 House Report* señaló de manera similar que el objetivo principal de ampliar la protección otorgada mediante el *copyright* a la música fue otorgar al compositor un rendimiento adecuado como retribución económica por el valor de su composición musical. Aunque se argumentaron varios fundamentos para sustentar la existencia de este sistema mediante la jurisprudencia y doctrina norteamericanas, incluidos los derechos morales del autor, los intereses instrumentalistas fueron dominantes en la adopción y conformación del régimen del *copyright* en los Estados Unidos. Tanto es así que los derechos morales no son reconocidos expresamente por el *copyright* norteamericano (Arewa, 2006, p. 632). Sin embargo, dado que Estados Unidos ha suscrito y ratificado el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, y dicho tratado impone que todos los Estados miembro reconozcan los derechos morales de paternidad e integridad, se podría interpretar que el *copyright* estadounidense reconoció *de facto* dichos derechos morales de autor (como se citó en Pote, 2010, pp. 648-649).

No obstante ello, es menester recordar que a la vez, existe la otra cara de la moneda del *copyright*: el libre tránsito de ideas, información y expresiones artísticas que beneficiaría a la sociedad en su integridad. Por eso, la legislación estadounidense sobre la materia está sustentada en el concepto funcional de que el *copyright* debe fomentar la creación de obras, más que proteger los derechos individuales del autor. Y por esta razón, los *Founding Fathers*¹ establecieron *a priori* una limitación temporal a la aplicación rígida del *copyright*. No es coincidencia alguna que los redactores de la Constitución de Estados Unidos tipificaron en el primer artículo de la octava cláusula de la Sección 8 lo siguiente: El Congreso tendrá el poder... de promover el progreso de la ciencia y las artes, al garantizar *por tiempos limitados* [cursivas añadidas], para los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivas obras y descubrimientos.

¹ Así se les denomina a los Padres Fundadores de los Estados Unidos, quienes fueron los siguientes: George Washington, Alexander Hamilton, Benjamin Franklin, John Adams, Samuel Adams, Thomas Jefferson, James Madison y John Jay.

Así, el *copyright* es parte de los derechos de propiedad intelectual que brinda al autor el derecho exclusivo a su obra y su distribución, que surte efectos desde el momento de creación. El *copyright* protege una idea expresada en un medio tangible (Hurvitz, 2014, p. 237).

Aunque se escapa del foco central de este trabajo, consideramos pertinente mencionar brevemente la dicotomía entre idea y expresión. La reflexión norteamericana desarrolló la teoría de la dicotomía idea/expresión en el sentido que ninguna idea en sí es susceptible de protección, solo la forma de la expresión de la idea puede protegerse, como veremos más adelante en la definición de la materia artística susceptible de protección conforme a la ley de Derecho de Autor norteamericana (*Copyright Act of 1976*).

En apoyo de la definición esbozada en el párrafo anterior, en la década de 1920 la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, en el caso *Dymow v. Bolton*, proveyó una afirmación importante: Las ideas como tales no están protegidas... el *copyright* protege a los medios de expresión de una idea (como se citó en Jones, 1990, p. 557).

También, el *copyright* puede ser visto de manera general como un sistema que busca el balance legal apropiado entre los derechos económicos de los autores y editores, y los derechos de acceso y uso de los usuarios y consumidores (Abrams, 1992, p. 3). Ideal aún más notorio en nuestra sociedad actual, caracterizada por la extrema rapidez de transmisión y difusión de información debido al reino del Internet, fenómeno que ha puesto en duda la efectividad y vigencia de los principios del *copyright*.

Otra perspectiva más reciente, de acuerdo a *President and Fellows of Harvard College* (2016), el *copyright* es el derecho legal de un autor, artista, compositor u otro creador para controlar el uso de su obra por parte de terceros. Este derecho nace cuando una obra original se fija en algún medio tangible de expresión. No es necesario registrar la obra en la Oficina de Derecho de Autor (Crews, 2013, p. 5). El registro no es constitutivo sino meramente declarativo del derecho y es facultativo del autor. En términos generales, una obra protegida por *copyright* no puede ser duplicada, diseminada o apropiada por terceros sin el permiso del creador. La exhibición pública o la ejecución de obras protegidas por *copyright* están igualmente restringida. Además, la necesidad del *copyright* radica en el intento del ordenamiento jurídico de reconciliar dos objetivos en

conflicto: por un lado, se debe fomentar la creación de obras nuevas proporcionando incentivos a los creadores, y el sistema del *copyright* justamente cumple esa función al otorgar a una obra intelectual algunos atributos de propiedad privada con lo cual permite al creador controlar cómo se usa la obra y así generar ganancias económicas si terceros están dispuestos a pagar por el uso de la obra. Por otro lado, la sociedad en su conjunto deberá ser la beneficiaria de estas nuevas ideas e información, por ende, la protección de la obra está limitada con excepciones de *'fair use'* o *'uso justo'* con fines educativos, de investigación o usos no-comerciales, por nombrar algunas y que luego detallaremos, establecidas en la misma *Copyright Act of 1976* (Abrams, 1992, p. 3).

Actualmente está vigente la *Copyright Act of 1976* (en adelante *'Copyright Act'*) – la ley de Derecho de Autor en Estados Unidos incluyendo sus enmiendas posteriores. En la Sección 102 de la *Copyright Act*, se establece una definición general de toda aquella expresión artística materia de protección de acuerdo a lo siguiente:

La protección de derecho de autor subsiste, de acuerdo con este título, en obras originales de autoría fijadas en cualquier medio tangible de expresión, conocido o por desarrollarse, mediante el cual se podrá percibir, reproducir o en todo caso comunicarse, sea directamente o con la ayuda de una máquina o dispositivo. Las obras de autoría incluyen las siguientes categorías:

- (1) obras literarias;
- (2) obras musicales, incluyendo la letra;
- (3) obras dramáticas, incluyendo la música;
- (4) pantomimas y obras coreográficas;
- (5) obras pictóricas, gráficas y esculturales;
- (6) películas y otras obras audiovisuales;
- (7) grabaciones de sonido; y
- (8) obras arquitectónicas (*Copyright Act*, 1976).

Como podemos apreciar, la *Copyright Act* de Estados Unidos protege principalmente dos componentes de la creatividad musical: las composiciones musicales,

comúnmente acompañadas por el “círculo de la ‘c’”, identificadas con el símbolo © - aviso de *copyright* y las grabaciones de sonido de las composiciones musicales comúnmente acompañadas por el “círculo de la ‘p’”, identificadas con el símbolo ® - aviso de *copyright* para un fonograma (Menell, 2015, p. 465).

1.2 El requisito de originalidad en el *copyright* estadounidense

La originalidad, que irónicamente es un requisito *sine qua non* para la protección de una obra artística bajo el sistema del *copyright*, es un concepto difícil de definir. Lo que puede parecer original para algunos en un contexto, puede parecer no tan original para otros en otro contexto (Arewa, 2010, p. 587). Por ejemplo, durante el desarrollo del siglo XIX, el criterio de la originalidad significó que la música debía de estar íntimamente relacionada con la personalidad o el alma del compositor, y debía escucharse como la proyección de sus emociones más intensas (Toynbee, 2006, p. 81). Por otro lado, en el caso de *L. Batlin & Son v Snyder*, se determinó que la originalidad en una obra se manifiesta en un sentido negativo: por la ausencia de plagio (Abrams, 1992, p. 7). No obstante la ambigüedad sobre el significado de dicho término, esbozaremos algunas definiciones para facilitar la comprensión sobre su alcance y relevancia para fines de este trabajo.

Aunque la originalidad no está explícitamente incluida en la Cláusula de Propiedad Intelectual de la Constitución de Estados Unidos que citamos líneas arriba, es una suposición fundamental del sistema actual del *copyright* que la originalidad está implícitamente exigida por la referencia contenida en dicha Cláusula de la Constitución de Estados Unidos cuando dispone los que “autores” tendrán derechos exclusivos por tiempos limitados sobre sus respectivas “obras”. En ese sentido, la originalidad sirve como límite mínimo para la protegibilidad de obras mediante el *copyright*. A pesar que una obra musical debe demostrar cierta originalidad para recibir la protección del *copyright*, la cantidad de originalidad requerida no está definida legislativamente en la *Copyright Act*. No obstante ello, la originalidad ha sido extensivamente discutida en la jurisprudencia americana (Arewa, 2006, p. 565).

En el caso *Satava v Lowry*, la Corte del Noveno Circuito en el 2003 mencionó que el *case law* o jurisprudencia sugiere que, la combinación de elementos desprotegidos

es susceptible de protección bajo el *copyright* solo si dichos elementos son lo suficientemente numerosos, y que si la selección y arreglo de los mismos son lo suficientemente originales, la combinación en sí de todos los elementos constituye una obra original de autoría. Asimismo, en el caso *Indus v Jason Maxwell, Inc.*, también la Corte del Noveno Circuito, pero en el año 1992, dispuso que todo lo que es necesario para satisfacer tanto la Constitución de Estados Unidos como la *Copyright Act* es que el ‘autor’ contribuya algo más que una variación ‘meramente trivial’, algo reconociblemente suyo. Finalmente, en el caso *United States v Hamilton*, se determinó que la originalidad puede encontrarse en tomar lo común y corriente y convirtiéndolo en una nueva combinación o arreglo (como se citó en Arewa, 2006, p. 565).

Como podemos apreciar, la jurisprudencia no ha definido de manera uniforme qué constituye una obra musical original. Sin embargo, un elemento central que atraviesa transversalmente muchas definiciones es que la originalidad requiere o nace de una creación independiente, con lo cual esencialmente desconsidera o prohíbe significativamente, el uso de otras expresiones musicales, evidenciando así la preeminencia del concepto de la autoría ‘romántica’, ‘divina’ o ‘sacralizada’ que data del siglo XVIII. Dicha concepción fue utilizada en los inicios de la regulación legal del *copyright* para justificar la asignación de derechos de propiedad a los autores, quienes fueron considerados dignos de dicha titularidad por virtud de su genio y originalidad (Arewa, 2006, p. 566).

Según la Real Academia Española, la palabra ‘originalidad’ significa: uno, cualidad de original; dos, actitud, comportamiento o acciones originales. Asimismo, la palabra original tiene nueve acepciones, de las cuales destacamos cuatro: uno, perteneciente o relativo al origen; dos, dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: que resulta de la inventiva de su autor; tres, que tiene, en sí o en sus obras o comportamiento, carácter de novedad; y cuatro, *objeto, frecuentemente artístico, que sirve de modelo para hacer otro u otros iguales a él* [cursivas añadidas].

En vista de la última acepción de la palabra ‘original’, no podemos dejar de recordar que, con respecto a la autoría en la música, está reconocido a nivel mundial que el uso creativo de materia musical preexistente es una práctica antiquísima aplicable a

muchos, por no decir todos, los géneros musicales. Por ejemplo, en relación a la música clásica, operística y “artística” europea, es notable que hasta el siglo XIX, muchos compositores se sintieron capaces de copiar y reestructurar tanto sus propias obras como las obras de sus colegas. Dicha práctica no fue ilegal, ni fue vista como poco original o incorrecta para los compositores al reutilizar melodías y componer variaciones de temas que habían sido creados por sus colegas. Algunos de los compositores que participaron en dicha práctica fueron de la talla de Mozart, Beethoven, Bach, Handel y Brahms. Por lo tanto, durante la primera mitad del siglo XVIII, este tipo de reutilización o reciclaje creativo de obras musicales fue ampliamente desarrollado; consecuentemente, fue visto como una práctica benévola (McDonagh, 2012). De hecho, es el acto mismo de tomar prestados fragmentos de obras preexistentes en muchos casos que sirve para conectar textos culturalmente identificables con nuevos textos para fortalecer aún más la comunidad nacida de la memoria y experiencia colectivas (Evans, 2011, p. 859).

En este mismo sentido, el mundo de la composición musical ha disfrutado históricamente una dieta saludable de préstamos musicales en los cuales un compositor toma el material musical de otro, y no hay duda de que el mundo artístico ha desarrollado sus propias reglas informales para re-utilizar ideas y expresiones musicales. En el mundo de la música, esto es especialmente cierto. Hurtar música es una práctica tan vieja como la disciplina misma. De hecho, uno no necesita recorrer los anaqueles de la historia de la música por mucho tiempo para descubrir el exceso de composiciones musicales cuyos orígenes melódicos específicos se remontan a piezas musicales preexistentes. La historia de la música occidental, en particular, demuestra este fenómeno de los préstamos musicales a proporciones prodigiosas. Tanto ha sido así que incluso en el *jazz* contemporáneo existe una técnica de composición musical clave llamada ‘interpolación’, que consiste en el proceso de tomar prestado material musical preexistente para luego improvisar sobre dicho material con la finalidad de crear una nueva obra musical (Keyes, 2004, pp. 426-427). La habilidad del DJ de mezclar música no es ajena a dicha técnica. Y no deja de tener razón William Fisher, autor del libro *‘The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States’*, cuando afirmó lo siguiente: *“The image of the lone author working in her garret is almost wholly obsolete. Today, most writing (indeed, most creativity of all sorts) is collaborative”* (como se citó

en Evans, 2011, p. 844). Es decir, la imagen de la autora solitaria que trabaja en su buhardilla es casi completamente obsoleta. Hoy, la mayoría de la escritura (de hecho, la mayoría de la creatividad de todo tipo) es colaborativa.

Tomando en consideración lo expresado por la Corte Suprema en el caso que profundizaremos más adelante, *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, el *sine qua non* del *copyright*, como ya se ha afirmado, es la originalidad. Con la finalidad de ser susceptible de protección bajo *copyright*, una obra debe ser originalmente del autor. Original, como el término es utilizado en el *copyright*, significa que la obra fue creada independientemente por el autor (Arewa, 2007, p. 494).

Otra interpretación de las Cortes norteamericanas sobre el concepto de originalidad, aunque vivamente criticada, se encuentra en el caso *Northern Music Corp* en el cual se afirmó que los elementos musicales de ritmo y armonía no son susceptibles de protección de *copyright*. Así, la Corte de dicho caso aseveró que la armonía y el ritmo habían entrado al dominio público, ya que el primero es la mezcla de tonos y el segundo se limita al tempo; así, era imposible encontrar originalidad en ellos, con lo cual, el único elemento musical que podría revestir originalidad es la melodía (como se citó en Brauneis, 2014, p. 16).

Por otro lado, en el caso *Alfred Bell & Co. V. Catalda Fine Arts*, la Corte de Apelaciones definió el término ‘originalidad’ de la siguiente manera: ‘Original’ en referencia a una obra de arte protegida por *copyright* significa que esa obra en particular debe su origen al autor. No se requiere o no es necesaria mayor medida de novedad. Como se mencionó en el caso de la Corte Suprema *Baker v Selden*: ‘el *copyright* de un libro, si no ha sido copiado de otras obras, será válido sin tener en cuenta la novedad o falta de novedad en su trama. La novedad del arte o cosa descrita o explicada no tiene nada que ver con la validez del *copyright*’.

Está claro, entonces, que nada en la Constitución de Estados Unidos ordena que la materia protegida con *copyright* sea absolutamente única o novedosa. En consecuencia, no ignoramos dicha Constitución cuando declaramos que una ‘copia de algo en el dominio público’ respaldará una obra protegida si es una ‘variación distinguible’. Todo lo que se necesita para satisfacer tanto la Constitución como la *Copyright Act* es que el

‘autor’ aporte algo más que una variación ‘meramente trivial’, algo reconociblemente ‘propio’. La originalidad en este contexto significa poco más que una prohibición real de copiar (como se citó en Yamamoto, 1990, p. 9). Y también, en este mismo sentido, se pronunció el Juez Easterbrook en el caso *Nash v. CBS, Inc.* explicando lo siguiente: “*Intellectual (and artistic) progress is possible only if each author builds on the work of others. No one invents even a tiny fraction of the ideas that make up our cultural heritage.*” Es decir, el progreso intelectual (y artístico) es posible solo si cada autor se basa en las obras de otros. Nadie inventa ni siquiera una pequeña fracción de las ideas que constituyen nuestro patrimonio cultural (como se citó en Evans, 2011, p. 845).

1.2.1 Obras musicales protegibles por *copyright* estadounidense

La protegibilidad de la obra musical por el *copyright* debe entenderse desde una perspectiva histórica. La obra musical nació durante el siglo XIX como resultado de la intersección de desarrollos en la estética, tecnología y el mercado musical. Antes de dicho siglo, la ‘obra musical’, (como materia protegible por *copyright*) no se reconoció. Por supuesto, una gran variedad de música se estaba componiendo en Europa, pero el concepto de ‘obra’ que empleamos hoy en día para fijar y categorizar la música como objeto protegible por el *copyright* simplemente no aplicaba antes de 1800. En vez de dicha concepción de la obra o composición musical, la música era hecha y apreciada como un proceso continuo (como se citó en Toynbee, 2006, p. 80).

Posteriormente, durante el curso del siglo XIX, con el aumento de la importancia de la plasmación del conocimiento musical en la partitura y el ascenso de la música como una forma de arte autónoma, nació el concepto de ‘obra musical’ y el compositor-autor de la obra musical. Así, la partitura, documento mediante el cual la obra musical fue creada, se constituyó como la herramienta de composición que gráficamente representaba, medía y organizaba los elementos musicales para que las largas y complejas obras puedan crearse y reproducirse. En la segunda mitad del siglo XIX, la obra musical se había convertido en el medio de expresión del alma del compositor y de su poder intelectual de pensar musicalmente mediante el dispositivo heurístico de la partitura (Toynbee, 2006, pp. 80-81). A pesar que la legislación de *copyright* en Estados Unidos

se expandió para incluir otras obras literarias y artísticas, la modificación de dicha legislación no logró abordar adecuadamente las diferencias en la forma en que se creaban las obras literarias y artísticas dado que las artes performativas como la música habían utilizado tradicionalmente la colaboración (con y sin atribución) y los préstamos (con y sin permiso) en el proceso creativo. Dicha colaboración no atribuida y préstamos no autorizados son contrarios al requisito de ‘creación independiente’ del *copyright* y la noción occidental del autor romántico que fue concebido como un creador divino, genio e inspirado pero aislado de su entorno se mantuvo (Evans, 2011, p. 880).

Así, desde el punto de vista administrativo, la obra musical fue íntimamente asociada con la partitura, tanto era así que se asumía que ambos conceptos se confundían o definían entre sí – las composiciones musicales eran obras creadas mediante el lenguaje de la partitura y la obra musical necesitaba del lenguaje de la partitura. O mejor dicho, sin la partitura, no existía la obra musical y vice-versa. Y para reforzar aún más la identificación de la composición musical con la partitura, la *Copyright Office* (Oficina de Derecho de Autor de Estados Unidos), hasta antes de la entrada en vigencia de la actual *Copyright Act*, solo registraba composiciones musicales sobre la base del depósito en sus instalaciones de la partitura que contenía la obra musical. Esta perspectiva se explica en base al romanticismo que predominaba en la concepción del compositor-autor divino y su genialidad en la originalidad; y por ello, para que una creación sonora sea considerada una obra musical dicha creación debió generalmente contener notaciones representativas de sucesiones de sonidos musicales, usualmente en un patrón melódico y rítmico (Brauneis, 2014, pp. 13-14).

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, en el caso de infracción al *copyright* de una obra musical, *Newton v Diamond*, en la Corte Distrital, la magistrada Manella definió a la composición musical como aquella obra que consiste en ritmo, armonía y melodía, y que en estos elementos se puede determinar la originalidad... una composición musical protege a la música del autor en su forma escrita... el *copyright* de una composición musical protege el sonido genérico que resulta necesariamente de la ejecución o performance de esa pieza (como se citó en Toynbee, 2006, p. 91).

Tomando en consideración el origen del concepto de obra musical, podemos definir que dicho concepto es la canción original escrita por un compositor/cantautor. El titular del *copyright* en una obra musical es el compositor/cantautor (American Council on Education, 2013, p. 5).

1.2.2 Evolución histórica de la protección a favor de las grabaciones de sonido

Nuevamente retomando la perspectiva histórica, esta vez desde un punto de vista específicamente legislativo, no es sino recién en el año 1971 (cuando estaba vigente la *Copyright Act of 1909*) que en Estados Unidos se promulgó la *Sound Recording Amendment Act of 1971* o Ley de Enmienda de Grabaciones de Sonido de 1971, que sirvió como enmienda a la *Copyright Act of 1909*. En dicha enmienda, se introdujo el concepto de grabación de sonido como materia protegible por el *copyright* mediante la sección 1(f), que reconoció que las grabaciones de sonido revisten protección en el sentido que cualquier persona con derecho al *copyright* de su obra musical, tendrá el derecho exclusivo de reproducir y distribuir al público las reproducciones de dicha obra si estuviera contenida en una grabación sonora (Toynbee, 2006, p. 86).

No obstante ello, en sus inicios, el alcance de la protección mediante el *copyright* de las grabaciones de sonido era limitado en comparación con la obra musical subyacente. Dicha protección, limitada en dos aspectos, se derivó de la concepción que tuvo el Senado al emitir su exposición de motivos respecto de la *Sound Recording Amendment Act of 1971*, que entendía a dichas grabaciones de sonido como meramente performances o ejecuciones musicales fijadas en un medio tangible. En primer lugar, el Congreso de Estados Unidos limitó el alcance de los derechos de reproducción y obras derivadas a la práctica que en las décadas de 1950 y 1960 se denominó ‘*dubbing*’ – la reproducción mecánica o electrónica, el equivalente sonoro a la fotocopia. En ese sentido, según la *Sound Recording Amendment Act of 1971*, la protección del *copyright* por una grabación de sonido no se extiende a la creación o duplicación de otra grabación de sonido que consiste enteramente de una fijación independiente de otros sonidos, a pesar que dichos sonidos imitan o simulan aquellos contenidos en la grabación de sonido protegida por *copyright*. En segundo lugar, la *Sound Recording Amendment Act of 1971* no otorgó el

derecho exclusivo de ejecución pública a los titulares de las grabaciones de sonido. Por lo tanto, quien se consideraba autor en una obra o composición musical fijada en una partitura tenía derecho a recibir ingresos cada vez que esa obra se ejecutaba públicamente; quien se consideraba autor de una grabación de sonido, no tenía derecho a percibir semejante beneficio pecuniario cada vez que se ejecutaba públicamente (Brauneis, 2014, p. 3).

En este sentido, inicialmente a la dación de la *Sound Recording Amendment Act of 1971*, otro derecho que escapaba la esfera jurídica del titular del *copyright* sobre la grabación de sonido era el derecho de ejecutar públicamente la grabación de sonido ante una audiencia. Por tanto, cuando una estación de radio comunicaba o ejecutaba una grabación mediante ondas sonoras vía satélite, o un promotor de un evento presionaba *play* en un sistema de sonido para reproducir una composición contenida en una grabación sonora, ambas partes, tanto la estación radial como el promotor de un evento, no necesitaban permiso del titular de la grabación sonora ni tenía que pagarle a este último sujeto las regalías derivadas de dicha comunicación pública (pero eso sí, tenían que obtener autorización de parte del titular del *copyright* de la composición musical subyacente) (Cardi, 2007, p. 849).

A pesar de la falta de materialización de un derecho de ejecución pública a favor del titular de una grabación de sonido, en 1995, el Congreso de Estados Unidos reaccionó al creciente potencial de la compartición digital de música mediante la Internet al aprobar la *Digital Performance Right in Sound Recordings Act*. Como su nombre implica, dicha ley otorgó a los titulares del *copyright* sobre las grabaciones de sonido el derecho de ‘ejecutar la grabación de sonido públicamente mediante una transmisión digital de audio’. Por tanto, aunque una estación radial no necesitaba pagar regalías de comunicación pública a los titulares de las grabaciones de sonido por las transmisiones radiales convencionales, dichas estaciones debían obtener las licencias correspondientes y pagar regalías a los respectivos titulares por las transmisiones mediante la Internet de sus programas radiales (Cardi, 2007, p. 850).

Bajo esta línea de ideas, la grabación de sonido también es, valga la redundancia, la grabación de una ejecución de la composición musical (obra musical) subyacente

(American Council on Education, 2013, p. 5). Además, las grabaciones de sonido pueden contener, por ejemplo, la voz de una persona recitando poesía hasta el trueno de una tormenta que se acerca. Dichas obras, son protegidas independientemente del *copyright* en la obra musical subyacente. Con respecto a la industria estadounidense, la gran mayoría de las grabaciones de sonido de obras musicales protegidas por *copyright* son de titularidad de cinco (05) sellos discográficos importantes: *Universal Music Group*, *Sony Music Entertainment*, *Warner Brothers Music*, *BMG Entertainment* y *EMI Group* (Cardi, 2007, pp. 847-848).

Hoy en día, la misma *Copyright Act* define a dichas grabaciones como obras que resultan de la fijación de una serie de sonidos musicales, hablados u otros, pero que no incluyen los sonidos que acompañan a una película u otro trabajo audiovisual, independientemente de la naturaleza de los objetos materiales, como discos, cintas u otros fonogramas en los que están incorporados.

1.3 Las compilaciones y obras derivadas como obras protegibles por la *Copyright Act*

Conforme a la Sección 103 de la *Copyright Act*, una ‘compilación’ es una obra conformada por la colección y el ensamblaje de materiales preexistentes o de data que son *seleccionados, coordinados, ordenados o arreglados de tal manera que la obra resultante en su integridad constituye una obra original de autoría*. Con respecto a las obras derivadas, estas *son obras basadas en una o más obras preexistentes, como pueden ser, las composiciones musicales, grabaciones de sonido... o cualquier otra forma en la cual una obra puede ser transformada o adaptada* [cursivas añadidas] (*Copyright Act*, 1976).

Posteriormente, en la misma Sección 103 de la *Copyright Act*, se precisa el alcance de la protección de las compilaciones y las obras derivadas, es decir, cuándo, en qué supuestos o circunstancias, serían obras protegible por *copyright*, estableciendo lo siguiente:

(a) La materia objeto de protección bajo *copyright* de acuerdo a lo establecido en la Sección 102 incluye a las compilaciones y a las obras derivadas, pero la protección para una obra que emplea material preexistente en el que subsiste el *copyright* no se extiende a ninguna parte del trabajo en el que dicho material se ha utilizado ilegalmente.

(b) El *copyright* en una compilación u obra derivada se extienden solo al material aportado por el autor, a diferencia del material preexistente empleado en la obra, y no implica ningún derecho exclusivo sobre el material preexistente. El *copyright* en dicha obra son independientes y no afectan ni amplían el alcance, la duración, la propiedad o la subsistencia de ninguna protección de *copyright* en el material preexistente (*Copyright Act*, 1976).

1.3.1 La originalidad a través de la óptica jurisprudencial estadounidense

A través del *case law*, siendo este el derecho establecido de acuerdo a decisiones jurisdiccionales previas, se puede dilucidar cómo se define la originalidad de las obras protegibles por el *copyright*. En esta parte, nos centraremos en cuatro casos específicos sobre las compilaciones tanto de datos fácticos y obras musicales, y cómo dichas compilaciones pueden revestir originalidad para ser protegidas por el *copyright* estadounidense. Ello, en razón de la selección y arreglo creativos de la información de los datos fácticos y obras musicales contenidas en una compilación.

1.3.1.1 *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*,

En el caso más emblemático, que data de 1991, *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, por primera vez la Corte Suprema de Estados Unidos aclaró el problema del grado de creatividad necesario para sustentar la protección de una compilación de hechos o datos fácticos. Dicho caso prototípico versó sobre la copia de al menos 1,309 (mil trescientos nueve) nombres, ciudades y números telefónicos de un listado de ‘páginas blancas’ de suscriptores de servicio telefónico (Abrams, 1992, pp. 9-10).

Rural Telephone Service Co (en adelante ‘*Rural*’), siendo una entidad pública que presta servicios de telefonía, fue requerida por regulación estatal emitir un directorio

telefónico anual que listara todos los suscriptores a su servicio. Como era el único proveedor de servicios de telefonía en su área geográfica, *Rural* obtuvo los nombres y domicilios de sus suscriptores directamente de sus suscriptores. Posteriormente, *Feist Publications Inc.* (en adelante, '*Feist*') publicó un directorio competidor. Cuando *Rural* rechazó licenciar sus listados a *Feist* para un directorio con el mismo alcance geográfico, *Feist* copió el listado de *Rural* sin el consentimiento de este último (Abrams, 1992).

Como era de esperarse, *Rural* demandó por *copyright infringement* o infracción al derecho de autor en su perjuicio contra *Feist*. En primera instancia, la Corte Distrital amparó la demanda de *Rural* sobre el fundamento que las Cortes habían sostenido que los directorios telefónicos son protegibles por *copyright*. La Corte del Décimo Circuito (segunda instancia) confirmó la sentencia de primera instancia. Finalmente, la Corte Suprema revocó la sentencia de segunda instancia.

La Corte Suprema sostuvo que una compilación será original, y por ende protegible por *copyright*, solo si la selección y el arreglo... son realizados de manera independiente por el compilador y *demuestran un mínimo grado de creatividad* [cursivas añadidas] en la selección y el arreglo de la información compilada (Abrams, 1992).

Así, aceptando la definición de 'autor' como 'aquel a quien algo debe su origen; originador; creador'; como el estándar constitucional, la Corte Suprema interpretó y decidió que un hecho de la realidad nunca puede ser protegido por *copyright* porque no es la creación de un autor. En ese sentido, la Corte Suprema se pronunció de la siguiente manera: los hechos no deben su origen a un acto de autoría. La distinción es una entre la creación y el descubrimiento: la primera persona en encontrar y reportar un hecho en particular no ha creado el hecho; él o ella ha meramente descubierto su existencia (como se citó en Abrams, 1992, p. 11).

Procediendo conforme al fundamento líneas arriba expuesto, la Corte Suprema luego examinó si la cuestión de originalidad, y por ende la autoría constitucionalmente necesaria, fuera posible encontrar en las compilaciones de hechos de la realidad. La Corte Suprema confirmó el uso de la selección y el arreglo como la base para la originalidad en una compilación de hechos de la realidad de acuerdo a los siguientes términos:

El autor de la compilación generalmente elige qué hechos incluir, en qué orden colocarlos y cómo organizar los datos recopilados para que puedan ser utilizados efectivamente por los lectores. *Estas elecciones en cuanto a selección y arreglo, siempre que se realicen independientemente por el compilador y conllevan un grado mínimo de creatividad* [cursivas añadidas], son suficientemente originales para que el Congreso pueda proteger tales compilaciones a través del *copyright* (como se citó en Abrams, 1992, p. 11).

Posteriormente, la Corte Suprema estableció los límites de protección ofrecida a tales autorías:

El mero hecho que una obra esté protegida no significa que cada elemento de la obra sea protegido. La originalidad permanece indispensable para el *copyright*; en consecuencia, la protección mediante *copyright* solo puede extenderse a aquellos componentes de una obra que son originales para el autor... la única expresión protegible, en este sentido, será la forma en la cual el compilador ha seleccionado y arreglado los hechos. Por ende, *si la selección y el arreglo son originales, estos elementos de una obra son susceptibles de protección por copyright* [cursivas añadidas] (como se citó en Abrams, 1992, p. 12).

Finalmente, retomando el fondo del asunto, al caracterizar el directorio de *Rural* como un directorio de páginas blancas sin el más *mínimo rastro de creatividad* [cursivas añadidas], la Corte Suprema sostuvo que la selección y arreglo de los nombres, las ciudades y número telefónicos de los suscriptores no exhibieron un mínimo nivel de originalidad necesario para satisfacer el estándar constitucional para la protección vía *copyright* (Abrams, 1992).

Por lo tanto, la originalidad en el directorio telefónico de *Rural* fue evaluada conforme a lo siguiente: La ordenación del listado de *Rural* no pudo haber sido más predecible: publica la información más básica – nombre, ciudad y número telefónico – de cada persona suscrita al servicio. Esta es una especie de “ordenación” pero carece de la cantidad mínima de creatividad necesaria para transformar una mera ordenación en una expresión protegible por *copyright*. No hay nada remotamente creativo al ordenar nombres en orden alfabético en un directorio telefónico. Es una práctica ancestral,

enraizada en la tradición, y tan común y corriente que se ha convertido en una expectativa en la organización de nombres y datos. No solamente no es original, sino que es prácticamente inevitable. Esta tradición de larga data no posee la chispa mínima de creatividad requerida por la *Copyright Act* y la Constitución (como se citó en Abrams, 1992, p. 13).

¿Cuáles son las implicancias de *Feist* más allá de los hechos inmediatos? *Feist* aclara que si los elementos subyacentes de una compilación son hechos de la realidad o están en el dominio público, no puede haber ninguna interposición de demanda de *copyright infringement* a menos que ha habido creatividad de parte del compilador a la hora de seleccionar, ordenar y/o arreglar la información recogida de la realidad incluida en la compilación. Segundo, si la selección, la ordenación o el arreglo involucra métodos tan obvios y prácticamente inevitables o provienen de una larga tradición que practicarlos se ha vuelto ‘automático’, como el organizar datos en orden alfabético, entonces la compilación no satisfará el estándar de creatividad. En adición al listado en orden alfabético, esquemas o arreglos de información que están basados en orden numérico o cronológico donde dichos esquemas son obvios y frecuentemente utilizados, también, dichas compilaciones evidenciarán una falta de originalidad (Abrams, 1992, p. 33).

1.3.1.2 *Kregos v. Associated Press*

A pesar de que en el caso *Feist* la Corte Suprema siempre mencionó el requerimiento implícito del mínimo grado de creatividad, el alcance de dicho requisito nunca fue desarrollado expresamente por la Corte Suprema de Estados Unidos. Tres meses después de la decisión final en *Feist*, la Corte de Apelaciones recibió el caso de *Kregos v. Associated Press* (en adelante, ‘*Kregos*’). En este caso, se formuló una pregunta aún más difícil (qué constituye el mínimo grado de creatividad) necesario para que una compilación de datos fácticos reviste suficiente creatividad y por ende, originalidad, en la selección y arreglo de datos para que dicha compilación sea protegida por *copyright*.

En el caso *Kregos*, ésta siendo la parte demandante, éste diseñó un formulario de información estadística de béisbol específicamente sobre los *pitchers* contrincantes que se enfrentarían en los próximos partidos. Las categorías de información fueron

esquemáticas verticalmente con los equipos de cada partido en las próximas fechas listados en dos filas horizontales, con el equipo de visita encima del equipo local. Entre las categorías, que en total fueron nueve (09), destacan las siguientes: uno, los equipos (adversarios); dos, los lanzadores probablemente titulares y si eran diestros o siniestros; y tres, la hora de arranque del partido (Abrams, 1992, p. 21).

Después de que *Kregos* empezara a publicar su formulario, la contraparte, *Associated Press*, empezó a distribuir esencialmente un formulario idéntico que solo contenía diferencias triviales. Entonces, *Kregos* demandó *copyright infringement* pero en primera instancia (en una decisión previa a la *Feist*) el juez declaró infundada la demanda.

Al apelar, la Corte de Apelaciones (ya después de la decisión de *Feist*) comparó el formulario de *Kregos* con formularios previamente publicados que habían recopilado información semejante. La Corte de Apelaciones acotó que en los formularios pasados, las pocas categorías similares a las de *Kregos* fueron agrupadas con categorías diferentes de las del formulario de *Kregos* (como se citó en Abrams, 1992, p. 22).

En ese sentido, la Corte de Apelaciones dilucidó el concepto de originalidad en dos cuestiones distintas. La primera fue la de la originalidad en el sentido tradicional de origen o creación independiente (creación intelectual propia del autor), pues si fuera copia o plagio no hubiera sido protegible por *copyright*. La segunda cuestión, la creatividad, fue dilucidada de manera separada.

En cuanto a la primera cuestión, la Corte de Apelaciones concluyó que el formulario de *Kregos* fue creado de manera independiente, y por ende revestía originalidad, puesto que *Kregos* seleccionó nueve categorías específicas sobre el béisbol en general y los lanzadores en especial, selección que se realizó en base a un universo de hechos relacionados a los lanzadores de béisbol que englobaba a una cantidad de categorías mucho más grande que nueve. Ello, reiterando que la historia de formularios publicados en el pasado sobre la materia no revela ninguno que haya incluido más de tres de las categorías seleccionadas y expuestas en el formulario de *Kregos* (como se citó en Abrams, 1992, p. 23).

Al dilucidar la segunda cuestión sobre la creatividad, la Corte de Apelaciones concluyó que el formulario de *Kregos*, al considerarse una creación independiente en

relación a formularios publicados en el pasado sobre la misma materia (performances de los lanzadores de béisbol de la liga estadounidense), es decir, al presentar al menos seis categorías diferentes de información sobre dichos jugadores, revestía creatividad. Para la Corte de Apelaciones, esta diferenciación fue suficiente para satisfacer el estándar de “mínimo grado o nivel de creatividad” requerido por *Feist* (como se citó en Abrams, pp. 23-24).

1.3.1.3 Caffey v. Cook

El estándar por el cual se evalúa la originalidad y creatividad de compilaciones de datos fácticos permanece intacto, y es aplicable a otros tipos de compilaciones. Por ejemplo, las Cortes americanas han confirmado la protección para compilaciones conforme a su particular selección y ordenación de obras musicales, siempre y cuando, el compilador demostraba “algún nivel mínimo de creatividad” en la selección. Así, en *Caffey v. Cook* (en adelante, ‘*Caffey*’) del año 2006, una Corte Distrital de Nueva York dilucidó si una compilación de un musical cumplía con los requisitos de originalidad y creatividad para calificar para la protección federal del *copyright*. La Corte Distrital concluyó que la manera mediante la cual el señor Caffey, el productor del musical, seleccionó y ordenó las obras musicales para el espectáculo, de acuerdo a su visión general del mismo, entre otras consideraciones, fue suficiente para satisfacer el mínimo grado de creatividad y reconoció protección a favor de su compilación. A pesar que las obras musicales individuales no eran de su autoría, la manera en la cual estaban organizadas sí era original, y ese es el esfuerzo creativo y proceso que el *copyright* busca proteger. Esta aspiración de orden, selección y arreglo fue suficientemente original bajo la *Copyright Act* (Misrok, 2019, pp. 1421-1422, 1434).

1.3.1.4 Estate of Edgerton v. UPI Holdings Inc.

Entrando ahora específicamente a nuestra materia bajo estudio, subsecuente a *Caffey*, en el 2010 una Corte Distrital de Maryland dilucidó si una compilación compuesta por un disyóquey y sus mezclas (DJ Set) constituía una obra objeto de titularidad válida de *copyright*. En *Estate of Edgerton v. UPI Holdings Inc.*, la Corte Distrital confirmó el

copyright de la DJ debido a su suficiente creatividad y originalidad en la selección y disposición de la música que ponía en sus programas radiales y mezclas en discotecas, las cuales contenían obras musicales originales ya protegidas. De hecho, la Corte Distrital señaló que gracias a la destreza de la DJ, cuyos pseudónimos eran “*K-Swift*” y “*Club Queen K-Swift*”, sobre todo en relación a la selección y arreglo de la música en sus presentaciones, era lo que la distinguió de los demás DJs y le consiguió su fama. Y a pesar que utilizó obras musicales originales que ya revestían protección de *copyright*, la ley y la jurisprudencia norteamericanas aclaran que solo los esfuerzos y aportes originales de la DJ en cuanto a la selección y disposición de canciones para crear compilaciones, mas no las obras musicales subyacentes, son susceptibles de protección mediante *copyright* (Misrok, 2019, pp. 1422, 1434).

En suma, mientras que *Feist* nos prescribe una interpretación negativa, es decir, qué no constituye originalidad y creatividad (seleccionar y arreglar datos fácticos en orden alfabético), *Kregos* nos ilustra una interpretación positiva sobre qué constituye originalidad y creatividad (selección independiente y arreglo distinto en las categorías de información al recopilar datos fácticos). Por otro lado, las compilaciones de obras musicales, cuya selección y arreglo de dichas obras realizados por un compilador para un musical, o por un DJ para su programa radial o presentación en una discoteca, son protegibles por el *copyright* estadounidense siempre y cuando se evidencie creatividad y originalidad en la selección y arreglo de las obras musicales. Ello, a pesar que las canciones individualmente consideradas ya cuentan con protección (como obra musical y grabación de sonido, conforme a la distinción y explicación expuestas líneas arriba) pues no se busca un *copyright* por el uso de dichas canciones de manera individual, sino una protección por la compilación en general.

1.3.2 Las controversias jurídicas suscitadas en torno a las obras musicales derivadas del *sampling*

Tomando en consideración que la *Copyright Act* también incluye a las obras derivadas como materia susceptible de protección por *copyright*, siempre y cuando el autor de la obra derivada haya aportado algún material creativo a la obra derivada (pues, de lo

contrario, sería una copia de la obra preexistente y no una ‘obra original de autoría’), veamos nuevamente según la jurisprudencia americana cómo se ha cuestionado o desconsiderado, y en algunos casos reconocido, por diferentes razones, el cumplimiento del requisito de originalidad en las obras musicales derivadas.

Cabe resaltar que de acuerdo a la Corte Suprema de Estados Unidos, el requisito del nivel de creatividad en aras de cumplir con el requisito de originalidad de la Sección 102 de la *Copyright Act* es tan extremadamente bajo que hasta una cantidad minúscula será suficiente (como se citó en Pote, 2010, p. 656).

1.3.2.1 La técnica del *sampling*

El *sampling*, cuya traducción literal sería ‘muestreo’ (o si se quiere, ‘*sampleo*’, porque la palabra ‘*sampling*’ en inglés significa ‘tomar un material preexistente como muestra’ en español) es, según explica Martínez (2013):

Un fenómeno en la práctica de producción musical que estalló en los últimos años del siglo pasado y que cambió el significado tradicional de composición musical, constituyéndose en una forma creativa jamás antes visto, con lo cual, ameritaba una reflexión de la idea de creación de obras musicales originales. La práctica del *sampling* implica utilizar fragmentos de obras preexistentes para reincorporarlas en una nueva composición musical. Dicha práctica pone en tela de juicio dos repercusiones: La primera, es que se aleja o incluso escapa, de la creación de obras a través de la partitura, en la cual se anotaban las notas y acordes, ‘pues ya no se piensa tanto en acordes sino en fragmentos que se combinan’. La segunda, es que el propósito del *sampling* es recontextualizar una obra del pasado al fijarla en una nueva obra musical para darle otro significado (p. 140).

Martínez (2013), con respecto a la definición del *sampling* indica que:

La definición [ontológica] de la técnica del “*sampleo*” nos conduce al verbo inglés *to sample* que se refiere al hecho de tomar una muestra de un conjunto mayor. Sin embargo, la referencia constante como técnica artística ha hecho incluir en diccionarios de lengua inglesa tan prestigiosos como el Collins una entrada específica en este sentido. Debido a que

nuestro Diccionario de la Real Academia Española no nos facilita ninguna definición sobre la cuestión, y que el término de remezcla resulta demasiado laxo, utilizaré la definición del Collins como base. Cito textualmente: “2. (*Music*) to take a short extract from (one record) and mix it into a different backing track, to record (a sound) and feed it into a computerized synthesizer so that it can be reproduced at any pitch, (...)”. Ya, la primera parte nos da la suficiente precisión para que la tomemos por válida. Así, comprenderemos *sampling* como el hecho de coger una muestra de un todo mayor, la obra original, para utilizarla en un contexto diferente y de nueva creación, la *obra remezclada* [cursivas añadidas]. Hay que advertir que las operaciones que se pueden realizar sobre las muestras van más allá del cambio tonal, pudiendo implementar los más diversos efectos de tratamiento de la onda sonora, lo que se ha convertido en una de las formas de expresión más notables dentro de este género.

De acuerdo con esta definición, la obra resultante del empleo sistémico de esta técnica la denominaremos *obra remezclada*. Estaríamos ante este tipo cuando el compositor usa fragmentos que representan diferentes intenciones, ideas o sentimientos, con el propósito de dar una nueva interpretación o crear un nuevo mensaje a partir de la adición de los elementos muestreados provenientes de una multitud de orígenes. (p. 144).

Por otro lado, desde el punto de vista del *copyright* estadounidense el *sampling* es definido de la siguiente manera: es la práctica de utilizar la grabación de sonido *per se*, y usualmente la fuente de dicha grabación sonora es un vinilo, un CD o un archivo digital MP3. Pero las notas, melodías, el ritmo y los acordes subyacentes de la canción también son inseparables del *sample*. Por ende, ‘*samplear*’, por lo general, implica ambos *copyrights* (tanto de la obra musical contenida en la grabación de sonido y esta última). Los artistas que hacen uso de esta técnica algunas veces vulneran los *copyrights* de la obra musical y la grabación de sonido cuando *samplean* una canción (como se citó en Hurvitz, 2014, pp. 235-236). Dicha posible doble vulneración sucede en los casos que el *sampling* es una “*autosonic quotation*” lo cual significa que el compositor musical

sampleó de la fuente primigenia (obra en la cual se encuentra la porción de música que desea extraer del fonograma), citando así directamente al autor original. En aquellos casos en los cuales el compositor musical recrea el *sample*, sin extraerla de la fuente primigenia, se denomina “*allosonic quotation*”, evitando así la vulneración del *copyright* en la grabación de sonido que contiene la obra original. Estos términos fueron acuñados por Serge Lacasse (como se citó en Williams, 2014, p. 189).

Ahora que tenemos claro qué constituye *sampling*, es menester repasar el génesis de dicha técnica de creación musical. Se ha argumentado que el *sampleo* tiene sus raíces en Jamaica y su cultura musical en los años 50, cuando los selectores (DJs) hablaban cantaban sobre un vinilo. Uno de los primeros ejemplos del *sampleo* de música es la canción ‘*The Flying Saucer*’ de Bill Buchanan y Dickie Goodman de 1956. Esta canción utilizó diez *samples* de diez éxitos distintos. A pesar de ello, el *Guinness World Record* reconoce a la canción de John Kongos ‘*He’s Gonna Step on You Again*’ de 1941 como el primer ejemplo de *music sampling* en la composición de una canción (Ewald & Oliver, 2017, p. 4). Así, posteriormente, conforme relata Martínez (2013), debido al gran impacto que tuvieron los avances tecnológicos en los años ochenta, específicamente con respecto las herramientas de composición musical como el MIDI (cuyas siglas en inglés significan *Musical Instrument Digital Interface*, que en español sería Interfaz Musical de Instrumentos Musicales) y a la democratización del Internet, se generaron comunidades cibernéticas de artistas y compositores donde compartían *samples* de canciones, las obras musicales en sí mismas y se abrieron foros de debate. Y es esta relación entre la comunidad de entusiastas y el propio modo de desarrollo de la creatividad, que serían los marcadores diferenciales que destacarían en los orígenes de la música remezclada (p. 146). Y con justa razón se ha afirmado que en las últimas dos décadas, la tecnología digital y la Internet han reformulado las maneras mediante las cuales se accede, crea y distribuye contenido artístico (Aguilar, 2018).

Conforme fue mejorando la tecnología que permitía el *sampling* digital y se volvía más asequible en la década de 1980, muchas de las prácticas del DJ de *hip-hop* (entre

el as, el ‘*crate digging*’², ‘*looping*’³ y ‘*mashup*’⁴), se trasladaron o aplicaron al compositor de música *hip-hop*. Así, el *sampling* digital surgió en la cultura *hip-hop*, para alinearse con la estética de dicha cultura: de hecho, la historia del *sampling* es un cuento de la tecnología poniéndose al día con el DJ, de la creación de equipos e instrumentos que podían hacer más rápida y fácilmente, y con mayor precisión, lo que hacía el DJ desde hace mucho tiempo. Brewster y Broughton argumentan de manera convincente que el *sampling* simplemente era una forma más rápida, compleja y permanente de recrear lo que el DJ venía haciendo (como se citó en Williams, 2014, p. 191).

Uno de esos equipos de producción musical justamente fue el *sampler*, es decir, un objeto similar a un instrumento musical a pesar del hecho que se ha tildado herramienta de robo. El *sampler* es la herramienta de audio utilizada por los compositores musicales para *samplear*. Puede ser una máquina *hardware* o un programa *software*. Es similar a un sintetizador pero en vez de generar sonidos como lo hace aquel instrumento, captura sonidos previamente grabados. Así, el *sampleo* digital permite control y manipulación sobre la grabación sonora puesto que puede aislar instrumentos específicos, modificar el tempo y cambiar sus características sónicas. De esta manera el compositor/*sampleador* va un paso más allá de la mera manipulación sonora, al utilizar fragmentos de canciones caracterizados por la sola presencia de un patrón de percusión o una línea de bajo, como elementos fundamentales para crear una nueva composición musical. Por ello, el *sampler* es esencial para el arte tipo collage que se busca crear a través del *sampling*. Dada su importancia en los estudios de grabación, el *sampler* reviste valor artístico arraigado en la música *hip-hop* y, en última instancia, en la creación musical en general. La música basada en *samples* (*sample-based music*) utiliza sonidos instrumentalmente, en vez de tocar instrumentos para crear sonidos. En el *sampleo*, el

² A sabiendas de que la música es el insumo esencial del DJ, éste siempre anda en la búsqueda por descubrir nueva música. Hoy en día, dada la democratización del acceso cultural que nos brinda la tecnología digital, encontrar música inaudita resulta fácil. Sin embargo, antes del advenimiento del Internet, esta práctica incesante de búsqueda se denominó *crate digging*, ya que los DJs rebuscaban entre grandes conglomerados de cajas llenas de discos de vinilo, en una tienda de discos (*record shop*), con la esperanza y anhelo de encontrar el álbum, LP o EP que ningún otro colega poseía en su colección de joyas musicales.

³ *Looping* es aquella acción de tomar una secuencia de sonido y repetirla *ad infinitum*.

⁴ El *mashup* es el resultado de yuxtaponer o combinar, por lo general, una letra de una canción con la percusión de otra. Dicha técnica de componer música es una especie del género de *samplear*.

sonido marca el inicio del proceso creativo, y constituye la materia prima de la obra por crear (Morey & McIntyre, 2014 p. 44). Para comprender la relevancia y presencia transversal del *digital sampling* en el *hip-hop* a una escala más amplia, solo es necesario recurrir a los *Billboard Charts*⁵ de los álbumes más destacados de Estados Unidos. En 1989 solo ocho (08) de los cien (100) mejores álbumes contenían *samples*, pero en 1999 casi un tercio del *Billboard 100* contenían *samples* de algún tipo (Evans, 2011).

Ubicados espacio-temporalmente en el nacimiento del *sampling* como expresión artística en el ámbito de la producción musical, podemos hacer referencia a dos (02) obras de dos (02) artistas distintos que aplicaron dicha técnica para crear sus propias composiciones con un éxito económico que envidiar y generando efectos positivos para el artista/compositor original del tema *sampleado*, respectivamente. El primer ejemplo es el caso de MC Hammer, rapero de *hip-hop* cuya canción ‘*U Can’t Touch This*’, *sampleó* la composición (y por ende la grabación sonora) del tema emblemático del difunto Rick James, ‘*Super Freak*’, estrella de la era del *disco-rock*. Mientras que este último generó US\$ 3, 000,000 (tres millones de dólares estadounidenses) en ventas, la obra remezclada (obra que *sampleó* el tema de Rick James) generó US\$ 10, 000,000 (diez millones de dólares estadounidenses). El segundo ejemplo, es el del tema de Run D.M.C. (también otro grupo de *hip-hop*) ‘*Walk This Way*’. En este caso específico, la razón por la cual aplicaron *sampling* fue para rendir tributo a los creadores originarios de la obra: la grandiosa banda de *rock* Aerosmith. Como resultado del lanzamiento de la obra remezclada, Aerosmith obtuvo mayor reconocimiento por la obra original, y regresó a los *charts*. Por otro lado, el artista famoso de *funk*, George Clinton, afirmó que el *sampling* lo ayudó bastante porque muchas personas escucharon la obra original contenida en la obra remezclada y por ende quisieron escuchar la versión más larga de donde provenían los *samples* (Hurvitz, 2014, p. 237).

Sin embargo, el *sampling* no siempre ha sido interpretado, ni reconocido, como una expresión artístico-musical digna de protección o como una excepción a la regla de *copyright*. Es más, la decisión de *samplear* y reutilizar obras preexistentes – y por ende

⁵ Plataforma en la cual se exponen los más grandes éxitos musicales en la industria musical de Estados Unidos.

crear un beneficio económico en el mercado para dichas obras – es puesta en duda por una crítica en relación a la institución de *fair use* (sobre la cual detallaremos más adelante) de la *Copyright Act*, específicamente con respecto a su impredecibilidad en el ámbito jurisdiccional (Schuster, Mitchell, & Brown, 2019). Tanto ha sido así que el conflicto entre la legislación estadounidense de la materia y la música *hip-hop* creada sobre la base de *samples* es evidente: el *copyright* estadounidense protege a las obras originales contra la copia no autorizada (entre otras actividades), mientras que la manifestación musical del *hip-hop* se basa en utilizar una obra preexistente para producir, bajo la óptica *strictu sensu* del *copyright*, una obra derivada, con lo cual suscita cuestiones de *copyright infringement* tanto en la grabación de sonido como en la obra musical subyacente (Hesmondhalgh, 2006, p. 54). Veamos ahora casos polémicos sobre la materia del *sampling*, y cómo las Cortes de Estados Unidos la han calificado, con decisiones tanto semejantes como antagónicas.

1.3.2.2 *Grand Upright Music Ltd. V. Warner Bros Records, Inc.*,

Se trata de un caso que se llevó a cabo en el distrito sureño de Nueva York, cuya Corte competente admitió la interposición de una *preliminary injunction*, es decir, una medida legal utilizada por el demandante para prohibir al demandado realizar un acto específico a fin de preservar el *status quo* hasta la sentencia. Para ello, el *plaintiff* (demandante) debe probar, según US Legal (s.f.) lo siguiente: uno, que sufrirá un daño irreparable si la moción no es otorgada; y dos, que, por un lado, tiene verosimilitud en el derecho invocado en la demanda, o que, por otro lado, con respecto a las dificultades del litigio y dudas suficientemente relevantes con respecto a los méritos de las partes, ambos conceptos se inclinan a favor del demandante (párr. 1).

Considerando el otorgamiento de dicha medida a favor de *Grand Upright Music* (demandante) esta parte era la titular del *copyright* de la canción ‘*Alone Again (Naturally)*’, compuesta y originalmente interpretada por Raymond “Gilbert” O’Sullivan, que había alegado *copyright infringement* en dicha obra musical y su grabación de sonido por parte del demandado. Este último, el famoso Marcel Hal (alias ‘Biz Markie’), había *sampleado* la grabación de O’Sullivan para crear su canción ‘*Alone Again*’ para su álbum

‘*I Need a Haircut*’. Al sentenciar a favor del demandante, la Corte citó la proscripción del Séptimo Mandamiento “*Thou shall not steal*” y desestimó los argumentos del demandado, que alegó la omnipresencia de la costumbre de *samplear* en el mundo del *rap*. En adición a ordenar el cese de distribución del álbum de Biz Markie, la Corte trasladó el caso a la Fiscalía por posible responsabilidad penal (Anderson, 2008).

1.3.2.3 *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension*

Sigamos con el ejemplo del *hip-hop*. Éste fue un movimiento urbano-cultural de la sociedad americana (nació en los años setenta entre los grupos marginados compuestos por jóvenes afroamericanos e hispanos) cuyo elemento lírico o poético, el *rap*, está lleno de ritmos y melodías de composiciones musicales y grabaciones de sonido que recaían sobre la titularidad de personas distintas al rapero (o *MC – Master of Ceremony*⁶) y al compositor (o *record producer*⁷) de la obra musical. Al *samplear* dichos materiales, el compositor de una canción de *hip-hop* crea un ritmo nuevo a base de esos fragmentos y los repite a lo largo de la duración del *rap* para que el *MC* pueda, justamente, rimar sobre la base musical (Anderson, 2008, p. 126).

Teniendo claro el esquema básico de la producción musical de una canción de *hip-hop*, vayamos al fondo del asunto del caso en cuestión. Se trata de la canción ‘*100 Miles and Runnin*’ del súper grupo NWA cuya obra contenía un *sample* digital de un *riff*⁸ de tres notas de una guitarra de la canción ‘*Get Off Your Ass and Jam*’ de George Clinton y Funkadelics. A pesar que, como hemos mencionado, el *sampling* es una práctica generalizada en la producción musical del *hip-hop*, los titulares (Clinton y Funkadelics) del *copyright* tanto de la obra musical como de la grabación de sonido originales de ‘*Get Off Your Ass and Jam*’ interpusieron una demanda alegando que la canción de NWA, resultaba infractora y por ende vulneraba el *copyright* de su obra.

⁶ Maestro de ceremonia. Los inicios de la aparición de dicho personaje se remontan a la época del reggae de Jamaica.

⁷ Quien vendría a ser el compositor de la música en sí, principalmente, utilizando el *sampler*.

⁸ Un *riff* es aquella frase musical breve, rítmica y melodiosa que se repite durante la canción.

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones acordó y sostuvo que, en esencia, el *sampleador* (el artista que practica *sampling* para componer) debe de obtener una licencia para utilizar la grabación de sonido dado el valor económico de dicha grabación (Gasser & Ernst 2006, p. 12). Además, razonó que la técnica del *sampling* ‘nunca es accidental’ dado que ‘cuando *samples* una grabación de sonido tú sabes que estás hurtando la obra de otra persona’. En ese sentido, aseveró que uno debe ‘obtener una licencia para *samplear*; y si no la obtienes, no *samples*’. Finalmente, la Corte de Apelaciones recalcó que la *Copyright Act* otorga derechos exclusivos al titular del *copyright* de una grabación de sonido pero que dichos derechos no se extienden a la creación o duplicación de otras grabaciones de sonido que consiste en una fijación *enteramente* [cursivas añadidas] independiente de otros sonidos, a pesar que dichos sonidos imitan o simulan aquellos en la grabación sonora primigenia. Por ende, la Corte de Apelaciones interpretó que el Congreso de Estados Unidos, al prescribir ‘fijación enteramente independiente de otros sonidos’ y que ‘imitan o simulan aquellos en la grabación sonora primigenia’ no pretendía autorizar la creación de obras y grabaciones musicales que contenían obras previas; por ello y *per se*, dichas obras derivadas (producto del *sampling*) constituirían *copyright infringement* (como se citó en Hurvitz, 2014, pp. 246-247).

1.3.2.4 *Newton v. Diamond*

En este caso, adelantamos que la Corte Federal sentenció (inesperadamente, dado el panorama vislumbrado hasta ahora) a favor de los demandados. Pero... ¿por qué? La controversia comenzó con la interposición de la demanda de *copyright infringement* basada en la obra musical (obra controvertida, mas no la grabación de sonido pues el uso de dicha grabación fue licenciado a favor del demandado) de autoría y titularidad del compositor/flautista de *jazz* James Newton (en adelante, ‘Newton’). Sucedió que el grupo de *rap* llamado Beastie Boys había *sampleado* un fragmento de duración de seis (06) segundos y de tres (03) notas de la obra musical de Newton llamada ‘Choir’. Cabe resaltar que, a diferencia del uso autorizado de la grabación sonora de ‘Choir’ vía licencia por *EMI Records* (el sello discográfico titular como productor fonográfico del *copyright* de

la grabación de sonido de ‘Choir’), los Beastie Boys no obtuvieron licencia para el uso de la obra musical por parte de Newton (Rimmer, 2005, p. 42).

En ese sentido, la Jueza Mary Schroeder afirmó que el uso por parte de los Beastie Boys con respecto a ‘Choir’ fue *de minimis*. Es decir, la Corte Federal determinó que el uso fue mínimo al analizar la cantidad y la extensión del fragmento *sampleado* con relación a la obra original (Arewa, 2006, p. 574). De hecho, la misma Jueza razonó lo siguiente: habiendo fallado al demostrar cualquier significancia cuantitativa o cualitativa del *sample* de ‘Choir’ en relación a la obra musical considerada en su totalidad, Newton está en una posición débil para argumentar que las similitudes entre las obras son sustanciales, o que una audiencia promedio podría reconocer la apropiación. Así, la Corte Federal concluyó que el uso de un segmento breve de la obra consistente en tres notas no resultó suficiente para sustentar una demanda de *copyright infringement* (como se citó en Rimmer, 2005, pp. 42-43).

1.3.2.5 Campbell v. Acuff-Rose Music Inc.

Nuevamente, y para finalizar la exposición de controversias jurídico-musicales respecto la práctica generalizada del *sampling* en la producción musical del *hip-hop*, exponemos un caso que llegó hasta la máxima instancia jurisdiccional de Estados Unidos: la Corte Suprema. Este fue un caso algo diferente en las disputas que hemos expuesto hasta ahora. De hecho, en este proceso específico, viene a colación una de las excepciones al *enforcement* del *copyright*: la excepción del *fair use*, es decir, el ‘uso justo’ o ‘uso permisible’ que es tolerado por el *copyright* estadounidense. ¿En qué sentido? En el sentido que el *fair use* constituye una excepción a la exclusividad que tiene el titular de un *copyright* para usar su obra de acuerdo a su interés, y permite a un tercero justamente utilizar la obra sin previamente contar con la autorización o licencia otorgada por parte del titular a su favor. Se ha recalcado que el *fair use* es la válvula de seguridad del *copyright* estadounidense porque sin dicha excepción, el propósito constitucional del *copyright* de promover las ciencias y el arte sería imposible (American Library Association, 2002). No olvidemos que el *copyright* de Estados Unidos tiene el propósito

fundamental de maximizar la creatividad y el conocimiento (Schmidt, 2015, p. 5). Dicha limitación está codificada en la Sección 107 de la *Copyright Act* que dispone lo siguiente:

Sin perjuicio de las disposiciones de las Secciones 106 y 106(a), el uso justo de una obra protegida por *copyright*, incluyendo a dicho uso la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado en dicha Sección, para fines de crítica, comentario, periodismo, enseñanza (incluyendo a múltiples copias para uso dentro del aula), beca, o investigación, no es considerado un uso infractor de *copyright*. Al determinar si el uso de una obra en cualquier caso particular es un uso justo, los factores a considerar son los siguientes:

- (1) El propósito y el carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial o es para fines sin ánimo de lucro;
- (2) La naturaleza de la obra utilizada y protegida;
- (3) La cantidad y la sustancia de la porción utilizada en relación a la obra protegida en su totalidad; y
- (4) El efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida por *copyright*.

Con esto en mente, la excepción de *fair use* permite el uso de una obra musical preexistente por parte de un tercero sin incurrir en responsabilidad alguna, siempre y cuando la meta utilitaria del *copyright* (beneficiar de manera global a la sociedad mediante la creación y disfrute de obras originales) tenga mayor probabilidad de cumplirse (Schuster, Mitchell & Brown, 2019, p. 188). Cabe resaltar que, dada la complejidad de la aplicación de dicha excepción y la variedad de factores a tomar en cuenta, la misma Corte Suprema en este caso afirmó que para una adecuada determinación del *fair use* de una obra protegida por *copyright*, se debe de realizar un análisis caso por caso (como se citó en Sayers, 2014, p. 15).

El caso concreto versó sobre el grupo de *rap* llamado 2 Live Crew el cual realizó una parodia al clásico de Roy Orbison ‘*Oh Pretty Woman*’, presentando una versión rapeada, alterando una parte de la letra y dándole una connotación cómica. Al aplicar la excepción de *fair use*, la Corte Distrital (primera instancia) concluyó que la versión de 2

Live Crew calificaba como *fair use*. Sin embargo, la Corte también reconoció que el propósito comercial de la versión de dicho grupo de *rap* no favoreció la determinación del *fair use*. No obstante ello, la naturaleza parodial de la obra (pues la canción rápidamente degenera en un juego de palabras, sustituyendo la letra por una impactantemente explícita para demostrar cuán sosa y banal es la canción de Orbison), evidencia el reconocimiento de que 2 Live Crew había tomado no más de lo necesario para ‘evocar’ la versión original y parodiarla, y la improbabilidad de que la parodia ‘afecte adversamente el mercado de la canción original’ hicieron que la Corte determinara en primera instancia la aplicabilidad del *fair use*. En apelación, el Sexto Circuito revocó la sentencia de primera instancia, enfatizando que ‘el propósito descaradamente comercial’ del uso y de la apropiación del corazón de la canción imposibilitó la determinación de un uso justo. Finalmente, en una opinión que flexibilizó la excepción de *fair use*, el Magistrado Scouter, dictaminando para una Corte Suprema unánime, reconoció la transformabilidad del uso como un factor sustancial en analizar el *fair use*, eliminando cualquier presunción que el uso comercial establecido afectó adversamente el mercado para la versión original de la canción y así abrió paso a las parodias. Basándose en estas consideraciones, la Corte Suprema revocó la sentencia de segunda instancia (Menell, 2017, pp. 474-475).

Es menester recalcar que al evaluar la transformabilidad de la nueva obra al utilizar la preexistente, el uso total de una obra musical previamente protegida improbablemente constituirá *fair use*, dada la ausencia de un cambio en la expresión, propósito o significado en la nueva creación. El uso de obras preexistentes como ‘materia prima’ de la cual uno crea ‘nueva información, nuevas estéticas, ideas e interpretaciones’, a diferencia de la copia literal, probablemente constituirá un *fair use* dado el carácter transformativo de la obra derivada. El meollo del asunto está en determinar si el nuevo uso sustituye la expresión de la obra primigenia o crea algo que no existía previamente (Schuster, Mitchell & Brown, 2019, p. 191).

1.3.2.6 *The Grey Album*

Se trata de un álbum que llevó la práctica del *sampling* al extremo. De hecho, la composición del álbum se basó en una técnica del *sampling* conocida con el nombre de *audio mashup* o solo *mashup*. ¿Qué significa esto? La producción de obras musicales mediante la técnica del *mashup* es la creación de una obra derivada mediante la combinación del ritmo y percusión de una canción y la letra cantada o rapeada de otra (Rimmer, 2005, p. 40). De hecho, se suele afirmar que los *mashups* están compuestos enteramente por obras preexistentes y, por ende, no contienen ningún material original (Pote, 2010, p. 646). En este mismo sentido, se ha opinado que, al reinterpretar el material pregrabado por otro, el *mashup* pone en tela de juicio la idea de autoría y se aleja de la anacrónica noción de genialidad artística. Los *mashups* están compuestos enteramente por materiales creados por otros. No hay, en estricto, nada original o auténtico en el producto final de un *mashup*. Todo – cada nota, sonido y letra – se deriva y extrae de otra fuente. La remezcla resultante puede comprender una cantidad impresionante de *samples*... pero nada puede ser considerado original en el sentido usual de la palabra. Por dicha razón, un *mashup* no puede acreditarse como una expresión única e individual de un autor/genio que crea algo desde cero, mas sí una práctica parasitaria y derivada del material grabado por otros autores (como se citó en Adams, 2015, p. 20).

Sin perjuicio de las opiniones negativas acerca del mérito de esta obra artística propia del siglo XXI, el *mashup* más prominente, de acuerdo a la corta historia de la existencia de dicha especie de obra es el caso de ‘*The Grey Album*’, creado por DJ Danger Mouse. Dicho DJ utilizó, por un lado, todo el contenido de la letra rapeada de Jay-Z incluido en su álbum titulado ‘*The Black Album*’; y por otro lado, utilizó todos los bombos, todas las tarolas y todos los acordes del ‘*White Album*’ de los Beatles (como se citó en Rimmer, 2005, p. 42). Al combinar estos dos álbumes de géneros y épocas distintos, el *mashup* se volvió viral en el año 2004, convirtiéndose en una sensación de noche a la mañana y penetró el ámbito comercial de la industria musical, a pesar que DJ Danger Mouse lanzó *online* solo tres mil (3000) copias descargables de manera gratuita de ‘*The Grey Album*’ y nunca tuvo la intención de vender el álbum debido a inquietudes relacionadas al *copyright* (Menell, 2015). De hecho, el proceso creativo de DJ Danger Mouse puede ayudar a contextualizar ‘*The Grey Album*’ en relación a otras tradiciones

de préstamos musicales. El uso de materiales prestados para crear nuevas obras musicales, como ya lo hemos dicho, es una práctica de hace siglos, que data desde las épocas de Charles Ives y J.S. Bach hasta los motetes macarrónicos y el organum medieval. Lo que cambió, en este caso específico, fue el uso *per se* de las grabaciones de sonido para crear una obra derivada (Adams, 2015, p. 11).

Ante dicha notoriedad, e incluso con la revista *Rolling Stone* alabando ‘*The Grey Album*’ como un ‘álbum ingenioso de *hip-hop* que suena extrañamente adelantado a su época’, no tardó mucho para que el sello discográfico, *EMI*, siendo este el titular del *copyright* de la grabación sonora del ‘*White Album*’ de los Beatles, empezara a mandar *cease and desist letters* o cartas de cese y desiste a las páginas web que ponían a disposición del público ‘*The Grey Album*’ (como se citó en Menell, 2015, p. 454). Con respecto a Jay-Z y el sello discográfico que lanzó su álbum, no hubo reproche alguno; es más, Jay-Z lanzó una versión *a capella* (solo la letra rapeada) de ‘*The Black Album*’, supuestamente, para alentar la creación de *mashups* (Pote, 2010, p. 646).

Como muestra de rebeldía y oposición por parte de las *file-sharing sites* (páginas que promueven el intercambio de archivos digitales como el MP3) en contra de las amenazas de *EMI Records*, los activistas musicales de *Downhill Battle* lanzaron una campaña que denominaron “*Grey Tuesday*” o “Martes Gris”. Dicha campaña culminó con la distribución de 100,000 (cien mil) copias de ‘*The Grey Album*’ en más de 170 (ciento setenta) páginas web que habían acordado distribuir el álbum (Sayers, 2014, p. 18). Curiosamente, el día miércoles 24 de febrero de 2004, gracias a una encuesta que analizó la actividad del intercambio de archivos digitales en las *file-sharing sites*, se reportó que ‘*The Grey Album*’ era álbum número uno en Estados Unidos por un gran margen. Tanto fue así que los manifestantes presumieron: DJ Danger Mouse movió más ‘unidades’ que Norah Jones y Kanye West, con más de cien mil copias descargadas (como se citó en Rimmer, 2005, p. 41).

Interponiéndose en el debate, la fundación *Electronic Frontier* emitió un breve análisis legal sobre el caso. Acotó que al menos habían cuatro titulares de *copyright* como partes interesadas en la controversia: en primer lugar, estaba *EMI Records* (productor fonográfico), titulares del *copyright* en las grabaciones de sonido del ‘*White Album*’ de

los Beatles; en segundo lugar, estaba *Sony Music/ATV Publishing*, titulares del *copyright* en las obras musicales contenidas (obras subyacentes en las grabaciones de sonido) del ‘*White Album*’; así como, los titulares del *copyright* de las grabaciones de sonido y las obras musicales contenidas en el ‘*Black Album*’ de Jay-Z (Rimmer, 2005, p 41). Dado que con respecto a estos últimos no había controversia alguna, solo quedaba esperar una demanda de *copyright infringement* por parte de *EMI* y *Sony Music/ATV Publishing*. Sin embargo, eventualmente, dichos titulares decidieron no ejercer sus derechos de acción e interponer demanda alguna (Sayers, 2014, p. 18).

1.3.2.7 American Edit

A pesar que este álbum no tuvo tanta repercusión y exposición mediática como ‘*The Grey Album*’, igual cabe rescatarlo por la opinión pública de una de las partes involucradas. Se trata del caso desatado al año siguiente al “Martes Gris” (2005) con Dean Gray, un equipo de DJs como protagonista y presunto artista infractor de *copyright*, quien creó una obra remezclada basado en el álbum ‘*American Idiot*’ de la banda de *rock* Green Day. El álbum que el dúo remezcló, titulado ‘*American Edit*’ fue subido a la Internet para disposición del público de manera gratuita. Dentro de diez (10) días de haber estado a disposición el álbum en la web, dicho dúo recibió cartas de cese y desiste por parte de *Warner Music*, el sello discográfico y titular de las grabaciones de sonido contenidas en ‘*American Idiot*’ ordenándole que ‘*American Edit*’ debía ser retirado de la red cibernética. Interesantemente, el cantante principal de Green Day, Billy Joe, le dijo a MTV⁹ en una entrevista que le pareció “*really cool*” o “bien chévere” refiriéndose al álbum (Sayers, 2014).

Como podemos notar, tenemos varias bases tanto legislativas como jurisprudenciales de derecho comparado estadounidense, aunque sean controversiales y grises, que podemos extrapolar para reconocer a los DJ Sets como obras de arte protegibles por el Derecho de Autor mediante el argumento analógico y el *a fortiori*. La analogía se aplicaría con relación a las compilaciones, puesto que, –e incluso como se

⁹ Canal de televisión de Estados Unidos llamado *Music Television*, de ahí sus siglas en inglés “MTV”.

había previamente reconocido en el caso *Estate of Edgerton v. UPI Holdings*–, el DJ Set se basa, en parte, en la selección y ordenación creativas de obras musicales preexistentes que realiza el DJ, sea en una presentación radial o en una discoteca. En este sentido, y dado el vasto universo de obras musicales con el que cuenta la persona del DJ para crear su propia secuencia musical (DJ Set), éste constituye una obra original porque cumple con evidenciar un mínimo grado de creatividad. Asimismo, si se otorga protección a una compilación compuesta por hechos de la realidad, con mayor razón se debería otorgar protección a una compilación cuya creación implica la mezcla y remezcla, yuxtaposición y combinación de obras musicales que se reproducen simultáneamente, una tras otra, sin solución de continuidad, como profundizaremos más adelante.

1.4 Australia – Copyright Act of 1968

Continuando con el sistema del *common law* con relación al *copyright*, entramos en este capítulo a analizar específicamente la protegibilidad de las obras musicales derivadas del *sampling* (práctica musical exhaustivamente detallada en el capítulo anterior) dentro del marco legislativo australiano. Pero para ello, primero es necesario basarnos en la *Copyright Act of 1968* (en adelante, la ‘*Copyright Act 1968*’), ley de la materia actualmente vigente en Australia.

Para fines de la *Copyright Act 1968*, una obra musical, literaria o grabación de sonido será considerada original si el creador no se ha copiado de otra obra o grabación sonora y es el resultado de su propio esfuerzo o labor, asimismo, su protección es automática una vez fijada o registrada de alguna forma; de hecho, no existe procedimiento registral de creaciones susceptibles de protección de *copyright* en Australia (Australian Copyright Council, 2019). Entonces, una vez fijada la obra en un medio tangible, y sobre la base que el *copyright* no protege ideas sino la expresión de las mismas (dicotomía idea/expresión), esta pieza de legislación federal otorga a una sola obra musical distintos tipos de *copyrights* a saber: Por lo general, existen tres (03) *copyrights* distintos en una grabación musical; en primer lugar, como se puede intuir, se protege a la obra musical subyacente (las notaciones en las partituras y/o las notas musicales *per se*); en segundo lugar, la obra musical subyacente viene a veces acompañada de letra, entonces el

copyright también subsiste separadamente de la obra musical para dicha letra como una obra literaria; y en tercer lugar, también se le otorga protección a la grabación sonora (fonograma) de la obra musical (Dharmatilake, 2015, p. 7).

Así, podemos afirmar que existe un *copyright* específico en cada tipo de obra artística, de manera independiente. Por ejemplo, una canción grabada en un CD de audio puede estar protegida por dos (02) *copyrights* distintos: la partitura como obra musical y las letras que la acompañan como obra literaria. Además, los sonidos grabados en el CD capturan la ejecución de la canción, la cual, también puede estar protegida por *copyright* como una grabación sonora. El *copyright* con relación a la obra musical recompensa el esfuerzo creativo involucrado en escribir la canción mientras que la protección otorgada a la grabación reconoce el arte y la inversión necesaria para hacer y distribuir grabaciones de sonido al público (Attorney-General's Department, 2005).

Cabe resaltar que acá evidenciamos una primera diferencia con respecto a la protección del *copyright* estadounidense: este último sistema no distingue entre la letra de una obra musical y la música en sí, sino que engloba a ambos conceptos y los trata como una sola obra protegible – la obra musical. En contraste, en Australia, se distingue entre la obra musical *strictu sensu*; es decir, solo la música (o la anotación de las notas en la partitura de haber una) y la letra de la canción, protegiendo al primer elemento como una obra musical y al segundo como una obra literaria.

Además, una segunda diferencia con respecto a la *Copyright Act* de Estados Unidos, es que la norma australiana, aparte de otorgar una serie de derechos económicos a favor de los titulares de las obras y/o materias protegibles, también reconoce expresamente los derechos morales. Estos son el derecho de atribución de autoría de la obra (conocido también como el derecho de paternidad, que se manifiesta cuando el nombre del autor aparece al costado de la obra), el derecho contra la atribución falsa de autoría y el derecho de integridad (el derecho de objetar y oponerse al tratamiento de la obra cuyo efecto resulta dañino o perjudicial con respecto al honor o la reputación del autor). Los derechos morales aplican a todos los creadores de obras literarias, dramáticas, musicales y artísticas, cineastas (productores, directores y guionistas) y también a todos

los intérpretes por sus ejecuciones tanto en vivo y como en aquellas contenidas en grabaciones de sonido (Commonwealth of Australia, 2016).

Considerando que el *copyright* australiano otorga una serie de derechos de explotación económica al titular de una obra y/o materia protegible (como el estadounidense), podemos aseverar que este sistema proporciona un *bundle of rights*, o paquete de derechos, con lo cual le otorga la potestad al titular de la obra de: vender, reproducir, publicar, comunicar públicamente (usualmente vía ejecución en vivo) y hacer adaptaciones de la misma obra (Dharmatilake, 2015). Este paquete de derechos es propiedad personal que también puede ser licenciada o cedida mediante contrato u otra manera, como por ejemplo, vía testamento o por ley (Attorney-General's Department, 2005). Además, se argumenta que el *copyright* promueve la creatividad e innovación al ofrecer un incentivo económico a los autores para obtener estos derechos exclusivos a fin de controlar el uso y la difusión de sus obras con fines comerciales, a pesar de que dicho incentivo, supuesta y directamente derivado de la regulación del *copyright*, no está empíricamente evidenciado (Atkinson, 2007).

Sin perjuicio de ello, para equilibrar los derechos de los titulares de los distintos *copyrights* con los del público en general, existen excepciones a las potenciales infracciones al *copyright* que están previstas en la *Copyright Act 1968* para promover los beneficios sociales que pueden derivarse del libre flujo de información (Murray, 2014). Lo curioso es que, cuando el gobierno australiano emitió en el año 2005 un documento titulado '*Attorney-General's Issues Paper*', utilizó lenguaje intrigante. Si bien el acceso razonable para los usuarios no se describió como un derecho en sí mismo – en su lugar hizo referencia a dicho acceso como parte de las excepciones al ejercicio de los derechos de los titulares del *copyright* en cuestión – y la palabra clave 'equilibrio' apareció más de una vez. Este término podría implicar, o dejar entender, que existe algún tipo de igualdad entre los titulares del *copyright* y los usuarios, por lo que los dos grupos (aquí, aparentemente también considerados como mutuamente excluyentes), serán igualmente protegidos por la ley vigente y sus respectivas excepciones. Pero también puede interpretarse que, en última instancia, el hecho de establecer excepciones al ejercicio de los derechos de *copyright* se constituye más bien una sujeción legal por parte del público al monopolio exclusivo que ostentan los titulares a fin de que estos últimos puedan

beneficiarse económicamente de la explotación de sus obras (Christou & Maurushat, 2009).

Dichas excepciones se conocen como *fair dealing* o trato justo, institución parecida a la *fair use* estadounidense, pero que se diferencia en el sentido que la lista de los tratos justos es una de carácter taxativo y que no considera a los usos transformativos de obras preexistentes para calificarlos como excepciones, siendo la lista de *fair use*, una de carácter meramente enunciativo y que sí considera a los usos transformativos de obras preexistentes para calificarlos como justos (Suzor, 2008).

1.5 Fair dealing

Los sistemas de *copyright* alrededor del mundo cuentan con excepciones y limitaciones en relación al ejercicio los derechos de control por parte de los titulares. Una excepción al *copyright* es una exención que permite el uso de material previamente protegido sin autorización del titular o compensación a favor del mismo (Attorney-General's Department, 2005). Conforme a la legislación australiana, este sistema contiene varias excepciones de trato justo que permiten a los usuarios utilizar material protegido sin necesidad de contar con la autorización previa por parte de quien(es) ostenta(n) la(s) titularidad(es) correspondiente(s). Hablamos en plural porque, de acuerdo al estándar de la industria musical, existen al menos dos titulares de *copyright* según se trate de la obra musical (y letra) o la grabación sonora de dicha obra. En ese sentido, por lo general, el titular de la obra musical es el compositor y el titular de la grabación de sonido vendría a ser la compañía discográfica (Australian Copyright Council, 2019).

Entonces, la aplicación de dichas excepciones son jurídicamente relevantes cuando un usuario destina el uso de material ya previamente protegido por *copyright* a supuestos de hecho exclusivamente reservados para la esfera jurídica del titular del derecho (e.g., reproducción de la obra musical), y de manera concurrente:

- a) La duración de la protección no ha expirado (en Australia, la duración de la protección de *copyright* equivale a la vida del autor más 70 años post mortem).
- b) El usuario no cuenta con autorización por parte del titular de la obra.

- c) El usuario utiliza todo o una parte sustancial de la obra (Australian Copyright Council, 2020).

En este contexto, las excepciones del *fair dealing* autorizan *ex lege* el uso del material sujeto a *copyright* para fines específicos, incluyendo de manera taxativa: la investigación y/o estudio, parodia y/o sátira, crítica, y el reportaje de noticias, entre otros (Australian Copyright Council, 2014). Por ello podemos calificar a dichas excepciones como específicas, puesto que definen en detalle si un uso en particular constituye infracción o no a los *copyrights* del titular de la obra (Attorney-General's Department, 2005). La determinación del tratamiento de la obra como 'justo' depende de las circunstancias de cada caso, y requiere de un análisis basado en dos pasos a seguir: primero, evaluar si el uso intencionado califica como uno de los supuestos de hecho permitidos por la *Copyright Act 1968*; y dos, si el uso mismo califica como 'justo' (Johnson, Wright, & Corbett, 2016). En ese sentido, en el caso emblemático del año 2002 *TCN Channel Nine Pty Ltd V Network Ten Pty Ltd* (también conocido como '*The Panel Case*'), el juez principal estableció algunos principios en relación al *fair dealing*:

- El *fair dealing* implica cuestiones de grado e impresión;
- El *fair dealing* debe ser evaluado con el criterio de una persona justa y honesta; y
- El *fair dealing* es un concepto abstracto (Australian Copyright Council, 2020).

Dichas excepciones están prescritas en los siguientes artículos del *Copyright Act 1968*:

40. Trato justo para fines de investigación y/o estudio

- (1) El trato justo de una obra literaria, dramática, musical o artística, o con una adaptación de una obra literaria, dramática o musical, con fines de investigación o estudio, no constituye una infracción al *copyright* de la obra.
(...)

41. Trato justo para fines de crítica

- (1) El trato justo de una obra literaria, dramática, musical o artística, o con una adaptación de una obra literaria, dramática o musical, no constituye una infracción al *copyright* en la obra si tiene el propósito de crítica o revisión, ya

sea de esa obra u otra obra, y se le otorga un reconocimiento suficiente a la obra criticada.

(...)

42. Trato justo para fines de parodia y/o sátira

- (1) El trato justo de una obra literaria, dramática, musical o artística, o con una adaptación de una obra literaria, dramática o musical, no constituye una infracción al *copyright* en la obra si tiene el propósito de parodia o sátira.

(...)

43. Trato justo para fines de reportaje de noticias

- (1) El trato justo de una obra literaria, dramática, musical o artística, o con una adaptación de una obra literaria, dramática o musical, no constituye una infracción al *copyright* en la obra si:
 - (a) Tiene el propósito de, o está asociado con, informar noticias en un periódico, revista o publicación periódica similar y se le otorga un reconocimiento suficiente a la obra; o
 - (b) Es para el propósito de, o está asociado con, el reportaje de noticias por medio de una comunicación o en una película cinematográfica.
- (2) La reproducción de una obra musical en el transcurso de la presentación de noticias por medio de una comunicación o en una película cinematográfica no constituye un trato justo con relación a la obra musical para los propósitos de esta sección si la reproducción de la obra musical no forma parte de la noticia reportada (*Copyright Act, 1968*).

Como crítica, señalamos que la naturaleza prescriptiva de las excepciones de trato justo significa que el sistema de *copyright* australiano no puede adaptarse fácilmente a los desarrollos tecnológicos, puesto que, en esencia, para establecer derechos de usuarios en relación con los avances tecnológicos, el poder legislativo de dicho país debe enmendar la ley, un proceso engorroso, complejo y lento (Johnson, Wright, & Corbett, 2016). No es coincidencia alguna que existe crítica sobre el *fair dealing* por parte de la doctrina australiana, identificando el carácter problemático de dicha excepción conforme a los siguientes puntos: uno, invita a una interpretación restrictiva (dado que son supuestos de hecho específica y taxativamente establecidos en la *Copyright Act 1968*) de

los propósitos de trato justo por parte de los tribunales australianos, cuyos magistrados ponen demasiado énfasis en el propósito, y no observan si el trato fue ‘justo’; dos, existe un enfoque *ad hoc* por parte de los tribunales australianos al evaluar la ‘equidad’, lo cual significa que la calificación de las excepciones es incierta e impredecible y no puede ser fácilmente entendida por aquellos que deben cumplir con la legislación de la materia; y tres, dada la ausencia de una salida flexible, se generan dudas respecto de la existencia de un supuesto de excepción basado en el ‘interés público’ (Hudson & Weatherall, 2005).

Para fines ilustrativos, explicaremos muy brevemente la incertidumbre al momento de aplicar el *fair dealing* con relación a *The Panel Case* mencionado anteriormente. Los hechos del caso son bien conocidos. Involucró un programa televisivo llamado ‘*The Panel*’ que consistió en un guion improvisado y humorístico sobre conversaciones de eventos y cultura popular. Como parte del programa, los panelistas mostraban extractos de otros programas de televisión entremezclados con sus propios comentarios. En ese sentido los creadores del programa argumentaron que realizaron un trato justo, en términos de crítica o reportaje de noticias, de dichos fragmentos de los programas televisivos. En primera instancia, el Juez Conti sostuvo que algunos usos constituyeron *fair dealing*. En apelación, los magistrados de la *Full Court* discreparon con el juez de primera instancia, y entre ellos mismos, al determinar qué tratamientos constituyeron justos. La decisión fue confusa, y la doctrina australiana la considera un problema múltiple y profundo, dejando a la *Copyright Act 1968* en relación a las defensas de *fair dealing* en Australia oscura y ambigua. Y la exacerbación de dicho problema se evidencia por la predisposición de los magistrados en segunda instancia de revocar la sentencia de primera instancia sobre la base subjetiva de tener ‘impresiones’ distintas sobre los supuestos de *fair dealing* alegados por el Juez Conti, con lo cual, pone a las partes en una situación de absoluta arbitrariedad (Hudson & Weatherall, 2005).

Siendo esta última diferencia la otra jurídicamente relevante para el presente trabajo, no entraremos a analizar minuciosamente las especificidades del *Copyright Act 1968*. Sin embargo, sí nos llama la atención la interpretación restrictiva de los *fair dealings* o tratos justos. A continuación, expondremos y evaluaremos las principales controversias jurídicas suscitadas en torno a las obras musicales derivadas del *sampling* con relación a la aplicación (o no) de las excepciones de *fair dealing*.

1.6 El tratamiento de las obras musicales derivadas del *sampling* en el ámbito jurisdiccional australiano

Con respecto al aspecto literario y musical de las grabaciones de sonido, la *Copyright Act 1968*, como ya hemos explicado, brinda protección a la letra de una canción como obra literaria y a la obra musical *per se* siempre y cuando sean originales. Sin embargo, en dicha ley, no existe una definición de ‘obra musical’, generalmente se acepta que esta categoría protege al método de producción musical, más que cualquier cualidad artística o estética de la obra. En virtud de ello, cualquier combinación de sonidos estará protegida por *copyright*, una vez fijada de alguna forma (partitura o grabación sonora). Ahora, en el contexto del *sampling* musical, la infracción al *copyright* en la obra literaria o musical se dará cuando el *sampling artist* realiza cualquiera de los actos circunscritos en la esfera jurídica de los derechos exclusivos del titular del *copyright* correspondiente. En el caso del *sampleo* de música, esto ocurrirá con mayor frecuencia cuando la obra literaria (la letra) o musical (en la grabación de sonido o partitura) es reproducida en una nueva fijación musical. A fin de probar la infracción, ya sea en la obra literaria o musical el titular del *copyright* deberá demostrar que el *sample* infractor (la copia) constituye una reproducción sustancial de la obra primigenia (Fitzgerald & O’Brien, 2007).

El otro derecho relacionado con la música grabada y el que está más comúnmente asociado con el *music sampling* es el *copyright* en las grabaciones de sonido. En contraste con la obra musical, la grabación sonora sí está definida en la *Copyright Act 1968*: constituye la totalidad de sonidos agregados e incluidos en una fijación, y que por lo general está contenida en un *compact disc* (CD). En ese sentido, conforme al artículo 85 (1) de dicha norma, el titular del *copyright* en una grabación de sonido tiene el derecho exclusivo de hacer una copia de dicha grabación, hacer que se escuche en público, comunicarla públicamente y celebrar un contrato de cesión o licencia con respecto a la grabación. La infracción del *copyright* en una grabación de sonido ocurrirá cuando un tercero realice cualquiera de los actos circunscritos a la esfera jurídica del titular. Esto ocurre más comúnmente en el *sampleo* de música donde se genera una copia que reproduce la grabación primigenia. Para probar la infracción al *copyright* correspondiente, el titular deberá demostrar que el *sample* infractor fue una reproducción nuevamente, sustancial, de la grabación sonora primigenia (Fitzgerald & O’Brien, 2007).

Para cerrar la idea antes de entrar a analizar la jurisprudencia de la materia, y dado que la *Copyright Act 1968* reconoce expresamente los derechos morales a favor de los creadores de obras, es menester relacionar el *sampling* con el derecho de integridad de la obra. En este aspecto, una vez más surge una posible infracción (en relación a la música y la letra de la canción, mas no en la grabación sonora) en virtud de la naturaleza inherente a la técnica del *sampling*, la cual implica una manipulación de la canción que podría dañar la reputación del autor. Sin embargo, lo fundamental a determinar es la medida en que el *sampleo* digital degrada una obra primigenia. ¿Tomar parte de una grabación de sonido y/o colocarla en otro contexto impacta la integridad de la letra y/o la música? Como no hay derechos morales en la grabación de sonido, parece razonable que el derecho moral de integridad en relación con la música grabada debe permitir un margen amplio de libertad artística ante cualquier intento de censura previa; no obstante, las expresiones racistas u otras formas aborrecibles de comunicación sí serían cuestionables (Fitzgerald & O'Brien, 2007). A continuación, el *case law* al respecto.

1.6.1 *Universal Music Australia Pty Ltd v Miyamoto*

Debemos acotar que, en Australia, no hay mucha jurisprudencia sobre los usos transformativos de obras musicales preexistentes en comparación a Estados Unidos. Sin embargo, la decisión más significativa en torno al *sampling* musical, una forma de apropiación creativa, es *Universal Music Australia Pty Ltd v Miyamoto*. Este caso versó sobre la falta de autorización de obras musicales *sampleadas*, contenidas en grabaciones de sonido por cinco (05) disyos (DJs). Sobre la base que dichos artistas argumentaron que habían hecho un CD para que sus perfiles crezcan y se hagan conocidos dentro del ámbito musical australiano, la Corte Federal Australiana sostuvo que el *samplear* y vender obras musicales contenidas todas en un CD, sin autorización previa de parte de los titulares, constituye una infracción a los correspondientes titulares de los *copyrights* dado que los DJs habían generado ganancias económicas (Hurvitz, 2015, p. 248).

En ese sentido, el Juez Wilcox condenó a los DJs por descaradamente inobservar las restricciones propias del *copyright* (entre ellas, el no poder usar la obra musical ni grabación de sonido sin autorización previa por parte del titular); no obstante ello, sí acotó

que de no haberse generado ganancias económicas derivadas de la venta de los CDs por parte de los infractores, hubiese tenido una perspectiva menos severa sobre las vulneraciones. Sin embargo, la opinión del Juez Wilcox no hizo nada para disipar la alegación de infracción al *copyright* por parte de los DJs, y tampoco hubo una justificación en razón de un *fair dealing* para poder defender el uso transformativo que hicieron los DJs respecto de las obras preexistentes (Dharmatilake, 2015, p. 12). Peor aún, ni siquiera tomó en consideración los alegatos de Peter Papalii, alias ‘DJ Gunz’ (uno de los demandados), que argumentó que los artistas y las compañías discográficas (los demandantes) se hubiesen beneficiado de las mezclas contenidas en los CDs por la circulación de los mismos dentro de la comunidad. Literalmente arguyó que ellos (los DJs) promocionaron indirectamente a los artistas cuyas obras incluyeron en el CD, promoción que conllevó al descubrimiento, en Australia, del rapero 50 Cent (como se citó en Rimmer, 2005, p. 43).

Cabe resaltar que, dicho caso fue resuelto en el año 2004, dos años antes de que se introdujeron las excepciones de parodia y sátira en la lista taxativa de *fair dealing* vía enmienda en la *Copyright Act 1968* (Hurvitz, 2014, p. 249). Sin embargo, no hubo una fundamentación clara en la decisión del gobierno de incluir a la sátira como un supuesto de *fair dealing*. Además, no quedó claro por qué otras formas de uso transformativo de obras, como las apropiaciones artísticas y musicales, mediante el *sampling* digital, no recibieron la misma calificación favorable como excepciones del *fair dealing* (Christou& Maurushat, 2009).

A menudo pensamos en los *samples* como referencias o citas, pero dichos extractos musicales son más matizados y particulares. Juegan con la singularidad de una grabación sonora, su calidad sónica, melodía, ritmo, etc. Pero el obstáculo al utilizar un *sample* (o varios) es que deben ser autorizados por el titular correspondiente (en este caso específico, tanto del titular de la obra musical como de la grabación de sonido). La obtención de dicha licencia puede resultar un altísimo costo de transacción, pues limita el uso de materiales descubiertos por nuevos músicos emergentes. Y dado que los compositores *amateurs* de música también han sido una fuente de innovación en la música popular en los últimos 40 años, la negociación de licencias para *samplear* se convierte en un impedimento para la creación de una nueva obra sobre la base de una

preexistente. O, más precisamente, dado que es de conocimiento general que el *sampling* es una técnica inmersa en la era digital de bajos costos de producción, se considera a dicha práctica aberrante, ilícita o circunscrita al uso personal. En pocas palabras, el *copyright* la censura. Y es en tales casos, como el que acabamos de explicar, es que el *copyright* restringe al público el acceso a la industria musical (Borschke, 2012).

1.6.2 Larrikin Music Publishing v EMI Song Australia

En el año 2010, las Cortes australianas resolvieron un caso ejemplar con una decisión que nuevamente reforzó la perspectiva anti maximizadora de creatividad del *copyright* dado que, a pesar de existir similitudes de notación de las canciones objeto de análisis, dichas similitudes apenas fueron detectables (Dharmatilake, 2015, p. 13).

En *Larrikin Music Publishing v EMI Song Australia*, se determinó que el demandado había *sampleado* dos compases de la obra musical del demandante. Este último era el titular del *copyright* de la canción para niños llamada ‘*Kookaburra Sits in the Old Guntree*’, que fue originalmente escrita por Marion Sinclair en 1934. Dicha canción es única puesto que solo contiene cuatro compases de música. Dos de esos compases fueron reproducidos en 1981 por Men at Work en su canción ‘*Down Under*’ mediante un *riff* de flauta, es decir, el 50 por ciento de la obra (Mcdonagh, 2012, p. 414). En dicho contexto, la Corte aplicó un *test* de cuatro pasos siguiendo la *Copyright Act 1968* para determinar si los dos compases constituían una infracción a los *copyrights* de la parte demandante *Larrikin Music Publishing* (en adelante, ‘*Larrikin*’). El análisis consistió en lo siguiente: primero, si había una similitud objetiva entre las dos obras; segundo, si había una conexión causal entre las obras; tercero, si había un grado suficiente de similitud objetiva entre el *riff* de flauta en ‘*Down Under*’ y los dos compases en ‘*Kookaburra*’; y así sucesivamente, una evaluación de consideración cuantitativa y cualitativa de los compases que se reprodujeron. La Corte Federal de Australia finalmente determinó que había una similitud objetiva en el sentido que una persona reconocería los dos compases de ‘*Down Under*’ como procedentes de ‘*Kookaburra Sits in the Old Guntree*’, y así, declaró fundada la demanda de *Larrikin* (Hurvitz, 2015, p. 250).

Incluso si concedemos que la dos obras son, en efecto, similares, es razonable sugerir que *Larrikin* accionó contra *EMI Song Australia* (en adelante, ‘EMI’) por potenciales beneficios económicos (daños y perjuicios), y no por considerar que la infracción de parte de EMI era un desincentivo para seguir creando (en alusión al dogma de que el *copyright*, al otorgar un monopolio económico y exclusivo a favor de los titulares, incentiva a los autores a crear obras artísticas). Esto se evidencia por el dato curioso que *Larrikin* descubrió la ‘infracción’ accidentalmente: solo cuando un personaje televisivo señaló la similitud entre ambas obras en un programa llamado ‘*Spicks and Specks*’. Uno no puede sino cuestionar si *Larrikin* hubiese interpuesto acciones legales si el *riff* de flauta en cuestión no fue utilizado en una canción tan exitosa a nivel comercial como ‘*Down Under*’ (Dharmatilake, 2015).

Trágicamente, el músico Greg Hamm de la banda Men at Work se suicidó porque después de haber tenido una carrera fructífera en la industria musical, él aseveró que estaba terriblemente decepcionado por el hecho que será recordado en la historia como un copión (Hurvitz, 2015).

1.6.3 *Perez & Ors v Fernandez*

Dos años después, en el 2012, el Tribunal Federal de Magistrados de Australia resolvió una controversia jurídica entre la estrella internacional de música latina Pitbull (en adelante, el ‘señor Pérez’) y Jaime Fernández, también conocido como Dj Suave (en adelante, el señor Fernández). Este será el último caso que expondremos y explicaremos dentro de la jurisprudencia relevante de la materia, y que, para nuestra sorpresa, versa sobre la infracción al derecho moral de integridad de la obra musical ‘Bon, Bon’ de autoría del señor Pérez como consecuencia de la manipulación de la letra inicial de la canción mediante el *sampling* por parte del señor Fernández.

Resulta que en 2008, el señor Fernández celebró un contrato de gira para que el señor Pérez recorriera Australia y el señor Fernández lo promocionara. Como parte de dicho contrato, el señor Pérez le dio al señor Fernández un archivo digital de sonido en el cual el señor Pérez interpretó las siguientes palabras en inglés: “*Mister 305* (una referencia propia al señor Pérez) *and I am putting it right down with DJ Suave*” (frase

que da a entender que existe una asociación entre ambas partes) a fin de que el señor Fernández promocióne la gira. De pronto, la gira fue cancelada (Pascarl & Creek, 2012).

Antes de que se lanzara la obra musical 'Bon, Bon' en Australia, el señor Fernández, al utilizar un programa de manipulación de audio, hizo una copia digital de dicha canción y la modificó con el resultado de que la letra "je, je, je, je, je, mira que tú estás rica" fuera eliminada y reemplazada por el archivo digital de sonido que le fue entregado por el señor Pérez, con lo cual creó una nueva versión de 'Bon, Bon'. En estas circunstancias, el mismo 9 de diciembre de 2010, o unos cuantos días antes, el señor Fernández subió una copia de dicha versión de la canción a su página web. Durante aproximadamente un mes, cada vez que una persona visitaba la página del señor Fernández, su versión de 'Bon, Bon' se reproducía de inmediato a través de la computadora del cibernauta. El señor Fernández también tocó su versión de 'Bon, Bon' en lugares públicos donde se presentó como DJ. Estos actos parecían estar diseñados tanto: uno, para vengarse de la gira cancelada por el señor Pérez e iniciar los procedimientos legales resultantes de dicha gira (pues el señor Fernández demandó en paralelo al presente caso una demanda de incumplimiento de contrato); y dos, para promoverse a sí mismo (Lee, 2012).

Más allá de las infracciones a los *copyrights* correspondientes a la reproducción y comunicación pública tanto de la obra musical 'Bon, Bon' como de la grabación de sonido que la engloba, la Corte Federal de Magistrados de Australia descubrió que al eliminar la letra inicial de la canción para reemplazarla con el archivo de sonido, el señor Fernández hizo parecer que él era el tema central de la canción, así como su asociación con el señor Pérez. Así, se calificó a este comportamiento (la manipulación o mutilación del comienzo de la canción) como una infracción al derecho moral de integridad del señor Pérez puesto que su obra musical no pudo, ni debió someterse, a un trato despectivo y, debido a que se creó una asociación falsa, fue perjudicial para su honor y reputación como artista (Toole, 2012).

El señor Pérez pretendió recibir \$85,000 (ochenta y cinco mil dólares estadounidenses) en daños y perjuicios, pero solo se le otorgó la suma de \$10,000 (diez mil dólares estadounidenses) con respecto a la infracción a su derecho moral de

integridad. Esto, a pesar que el Tribunal descubrió que Fernández tenía la intención de causar daños comerciales, artísticos y reputacionales al señor Pérez como un acto de venganza por los agravios que sufrió por la gira cancelada, mientras que al mismo tiempo aprovechaba la controversia en aras de autopromocionarse (Mattock, 2012).

1.7 Necesidad de reformar el *Copyright Act 1968*

Como podemos apreciar, en ninguno de los casos anteriormente expuestos se aplicaron las excepciones de *fair dealing* en el ámbito del *sampling* musical de obras preexistentes como base para la creación de una segunda obra musical, y consecuentemente, grabación sonora. En ese sentido, es menester enfatizar que no hay duda de que la reforma a este aspecto de la *Copyright Act 1968* resulta urgente y que la introducción de una disposición de *fair use* o trato justo similar a la contenida en la *Copyright Act* de Estados Unidos contribuirá en gran medida a resolver los presuntos problemas legales creados por el *sampling* y la cultura digital. Las disposiciones actuales de *fair dealing* en la norma australiana ya no son capaces de proporcionar un tratamiento moderno y tuitivo al de contenido de segunda generación. Esto se debe en gran parte al hecho de que las disposiciones actuales se limitan a una gama minúscula de actividades que no reflejan el potencial del entorno digital. En ese sentido, se requiere la introducción de una defensa abierta de trato justo que sea lo suficientemente flexible como para adaptarse a los nuevos usos que surgen con los desarrollos tecnológicos, pero también lo suficientemente segura como para salvaguardar los intereses tanto de los titulares de obras protegibles por *copyright* como los de los usuarios como beneficiarios del contenido previamente protegido (Fitzgerald & O'Brien, 2007).

Ante dicha urgencia de reforma, la Comisión de Reforma Legal Australiana (en adelante, 'CRLA') ha recomendado recientemente extender los supuestos de excepciones de *fair dealing* para incluir en algunos casos el *sampling* como una forma de citar. Dicha excepción cubriría el *sampling* propiamente dicho, los *mashups* y el *remixing*¹⁰, así como

¹⁰ *Remixing* se refiere a la acción general de remezclar obras preexistentes, tanto musicales, visuales, o de otra naturaleza, e incluso fragmentos de las mismas, para crear una nueva obra como producto de la combinación y transformación de las utilizadas en el proceso creativo. Por ejemplo, Kirby Ferguson, uno

el collage, particularmente cuando la nueva obra tiene una lógica artística e independencia con respecto a la obra citada, y el acto de citar tiene poco o ningún efecto sobre el valor de mercado de la obra citada. El razonamiento de la recomendación de la CRLA es que dichas formas apropiativas de expresión para los propósitos de comentario intelectual o idea artística no deberían constituir presuntamente una infracción al *copyright*, incluso si el fragmento citado supera el límite de la similitud sustancial. En vez de prohibir de plano dicha práctica, su aplicación deberá ser sujeta a una evaluación de *fair dealing* conforme al criterio *fair use* estadounidense (Kaila, 2015).

En este sentido, de acuerdo a la CRLA, el uso de *samples* en el ámbito comercial será considerado un factor en contra del demandado si pretende ampararse en la excepción del *fair dealing*. No obstante ello, es necesario rescatar que el *sampling per se* no será interpretado como una práctica absolutamente prohibida. Similarmente, el grado de uso con respecto a la obra primigenia en la nueva será un factor relevante, mas no decisivo, cuando la obra primigenia es corta, y el efecto del uso en el mercado deberá evaluarse en términos de potenciales licencias sobre los fragmentos citados, así como con respecto a posibles impactos positivos mediante un incremento en el valor de mercado de la obra primigenia. Otras consideraciones sugeridas incluyen la determinación de si la cita fue implementada de buena fe, si la extensión de la cita excede o no su propósito dentro de la nueva obra, el grado de interferencia de la cita en la nueva obra con respecto a los intereses comerciales de los titulares de la obra primigenia; y si, de manera correlativa, el uso de la cita fomenta el interés de la comunidad en su ejercicio de la libertad de expresión y libertad artística. La CRLA no considera necesario que la cita expresamente reconozca la fuente, ya que en muchos casos la interrelación entre ambas obras es tan obvia que tal reconocimiento sería redundante, pero recomienda que el

de los expositores de las charlas TED, alega y sustenta, con razón, que toda creación intelectual (no solo obras sino también programas de ordenador) es, en esencia, un *remix*. Brinda ejemplos de cómo Bob Dylan se “copió” de motivos musicales para crear sus propias composiciones, e incluso escribir sus letras. Además, expone cómo irónicamente Steve Jobs, previo al auge de *Apple*, no tenía problema alguno en citar públicamente a Picasso: “Buenos artistas copian, los grandes roban”; sin embargo, luego del ascenso del sistema operativo *Android* en el mercado tecnológico, declaró que estaba dispuesto a iniciar una guerra termonuclear porque *Android* era un producto robado (o que se había copiado de *Apple*).

reconocimiento sí podría tomarse en consideración para determinar si el uso de la cita fue efectivamente justo (Kaila, 2015).

1.8 Reino Unido – La *Copyright, Designs and Patents Act 1988*

El *copyright* en el Reino Unido, como es conocido hoy en día, se originó en virtud del *Statute of Anne*. El Estatuto de la Reina Ana reconoció la protección real de *copyright* para los autores de libros. Previo a la promulgación de dicha ley, solo el *publisher* o la editora era la titular del *copyright* para explotar económicamente el libro (Oliver & Ewald 2017, p. 6). Así, con la aprobación del Estatuto de la Reina Ana por parte del parlamento inglés en 1710, se estableció la primera norma sobre *copyright* de la historia. Posteriormente, se promulgó la *Copyright Act 1911* que estuvo vigente hasta la dación de la *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, sobre la cual ahondaremos ahora.

La *Copyright, Designs and Patents Act 1988* (en adelante, la ‘*CDPA*’ por sus siglas en inglés), es la ley que rige el sistema de *copyright* en el Reino Unido. En este sentido, la *CDPA*, en la parte introductoria, define taxativamente los conceptos de *copyright* y *copyright works* (obras protegibles por *copyright*) de la siguiente manera:

44. *Copyright* y obras protegibles por *copyright*.

- (1) El *copyright* es un derecho de propiedad que subsiste de acuerdo con esta Parte en las siguientes obras:
 - (a) obras literarias, musicales o artísticas originales
 - (b) grabaciones de sonido, películas (o transmisiones), y
 - (c) las disposiciones tipográficas de las ediciones publicadas.
- (2) En esta Parte “*copyright work*” significa cualquier obra definida a continuación y en la cual subsiste *copyright*.
- (3) (...)
(...)

45. Obras literarias, dramáticas y musicales.

- (1) En esta Parte – “obra literaria” significa cualquier obra, salvo la dramática o musical, que está escrita, hablada o cantada y que incluye –
 - (a) una tabla o compilación (aparte de la base de datos)

- (b) (...)
- (c) (...)
- (d) una base de datos.

“obra musical” significa una obra compuesta por música, exclusiva de cualquier letra o acción cuya intención es ser cantada, hablada o ejecutada con música.

- (2) El *copyright* no subsiste en una obra literaria, dramática o musical salvo y hasta que sea fijada, en escritura u otra forma.

(...)

46. Bases de datos

- (1) En esta Parte “base de datos” significa una colección de obras independientes, data u otros materiales que –
 - (a) están arreglados de una manera sistemática o metódica, y
 - (b) son individualmente accesibles electrónicamente o por otros medios.
- (2) Para fines de esta Parte *una obra literaria consistente en una base de datos es original si, y solo si, por razón de la selección o el arreglo del contenido de la base de datos constituye la creación intelectual propia del autor* [cursivas añadidas].

47. Grabaciones de sonido

- (1) En esta Parte “grabación de sonido” significa –
 - (a) una grabación de sonidos, de la cual los sonidos pueden ser reproducidos,
o
 - (b) una grabación de una parte o la totalidad de una obra literaria, dramática o musical de la cual los sonidos reproducen la obra o una parte de ella, independientemente del medio que contiene a la grabación o el método mediante el cual los sonidos son reproducidos o producidos.
- (2) El *copyright* no subsiste en una grabación de sonido que es una copia directamente tomada de otra grabación de sonido (*Copyright, Design and Patents Act, 1988*).

De manera general, esta rígida categorización de las obras susceptibles de protección por el *copyright* británico mediante una lista *numerus clausus* significa que

dicho sistema otorga protección solo y exclusivamente a aquellas creaciones que encajan en las definiciones dentro de las siguientes ocho (08) categorías de obras: literarias, dramáticas, musicales y artísticas; películas, grabaciones de sonido, transmisiones y arreglos tipográficos de ediciones publicadas. A este tipo de sistema se le he etiquetado como “*pigeon hole system*” o sistema de agujero de paloma (Bonadio & Lucchi, 2019).

De manera específica, aunque ambos conceptos están formalmente clasificados como obras, el *copyright* del Reino Unido hace una distinción entre dos (02) categorías: obras de autoría (como las obras musicales) y obras de emprendimiento (las grabaciones de sonido o el fonograma). Esta diferenciación reviste importancia porque algunas de las diferencias más relevantes en cuanto a la protección de las obras y las interpretaciones de las mismas son inherentes a las diferencias entre las obras musicales y las grabaciones de sonido (Aguilar, 2018). Enfatizaremos más adelante dicha distinción cuando dilucidaremos si un DJ es un autor o solo un mero interprete/ejecutor. Pero con respecto a este último término, no cabe duda de que un DJ es un *performer* (ejecutante de obras musicales) puesto que se va de gira y llena *raves*¹¹ (conciertos de música electrónica) de la misma manera como lo hacen las superestrellas de los géneros musicales *rock*, *pop*, y *country*. Tocan en festivales como *Coachella*, y existen festivales dedicados específicamente para *EDM* (*Electronic Dance Music*)¹² como *Electric Daisy Carnival*¹³ y *Electric Zoo*¹⁴, entre otros (Epstein, 2017). Y quizá esta sea una razón por la cual no se haya reconocido, o es un área gris reconocer, a las mezclas de disyos (DJ Sets) como obras protegibles por *copyright*, dado que en esta forma artística es imposible diferenciar entre la obra musical y la ejecución de la misma, pues: el DJ es el compositor de su set

¹¹ Nombre originario de las fiestas clandestinas de música electrónica surgidas en Inglaterra durante la década de los 90, cuyas siglas en inglés R.A.V.E significan *Radical Audiovisual Experience*. Es decir, experiencia audiovisual radical.

¹² *Electronic Dance Music* es un término cajón de sastre para referirse, de manera general, a todo tipo de música electrónica, entre los cuales, resaltamos los siguientes: House, Techno, Trance, Progressive House, etc.

¹³ Es el festival de música electrónica más grande que se lleva a cabo en Estados Unidos en las ciudades de Las Vegas y Orlando.

¹⁴ Es el festival de música electrónica que se lleva a cabo durante el feriado conocido como ‘*Labor Day Weekend*’ en la isla de Randalls en Nueva York.

considerado en su totalidad y a la vez intérprete de cada canción individual que mezcla (Bonadio & Lucchi, 2018).

1.9 El criterio tradicional de originalidad en el Reino Unido

Así como se prescribe en la *Copyright Act* de Estados Unidos, la *CDPA* exige, para la protección de una obra musical, que esta sea fijada en un medio tangible de expresión como puede ser la escritura (desde el punto de vista tradicional, en la partitura musical, o también, desde el punto de vista moderno o contemporáneo, en la grabación de sonido); y que, además, sea original. En ese sentido, una composición musical solo será protegible como una obra musical siempre y cuando sea suficientemente original. A pesar de que existen fundamentos jurisdiccionales para afirmar que el criterio de originalidad se ha armonizado en la Unión Europea, de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, 'TJUE') en el caso *Infopaq* que analizaremos más adelante, la visión tradicional del Reino Unido sobre la originalidad está basada en la 'originación' y 'habilidad, juicio y labor' del autor de la obra intelectual (McDonagh, 2012).

Con respecto a esta perspectiva tradicional, en el caso de *University of London Press v University Tutorial Press* se estableció que el requisito de originalidad se relaciona con la expresión de un pensamiento. Pero la *CDPA* no requiere que aquella expresión sea de una forma original o novedosa; solo establece que la obra no debe de ser copia de otra – aquella debe originarse por virtud del autor. En ese sentido, se ha acotado que no es necesario que una obra sea creada sin precedente alguno, rompiendo así la concepción romántica y anacrónica del autor autónomo, genio y creador de una obra maestra sin igual e influencia alguna del siglo XVIII, que sirvió de fundamento para considerarlo titular del *copyright* de una obra musical. Y reconocer esta última como materia protegible por el mismo sistema con el *boom* económico de las partituras musicales en el siglo XIX. De hecho, el estándar tradicional de originalidad no ha sido reemplazado por otro puesto que, en el caso *Ladbroke v William Hill*, el Juez Reid dictó que la 'capacidad, el juicio y la labor' de parte del autor son los requerimientos necesarios para establecer la originalidad de una obra (McDonagh, 2012).

En dicho sentido, la razón subyacente para obtener el derecho de propiedad del *copyright* en el Reino Unido es la protección a la inversión del autor en la producción de su obra artística en contra de la competencia desleal; y especialmente, en contra del *free rider*, que, según Méndez (2008), engloba a aquellos: “individuos que obtienen beneficios de las actividades de otros sin incurrir en costos directos” (p. 48). Así, el *copyright* del Reino Unido, conforme a la teoría de ‘*sweat of the brow*’ o ‘sudor de las cejas’ (como alusión a la habilidad, juicio y labor del autor) busca evitar que el *free rider* destruya el esfuerzo económico desplegado por el autor al crear – sin autorización o licencia alguna – una copia barata y parasitaria de la obra primigenia en detrimento de la inversión del autor (Rahmatian, 2013, p. 5).

La meta del *copyright* británico es proteger a la habilidad y labor del autor solo en tanto y en cuanto exista la necesidad de lograr dos propósitos más profundos. Por un lado, la justificación del incentivo (para crear, diseminar y explotar eficiente y económicamente obras protegidas) solo requiere que el alcance de la protección del *copyright* sea lo suficientemente amplio para generar dicho incentivo y no lo suficientemente amplio de tal manera que conlleve costos innecesarios de monopolio. El régimen del *copyright* debe dar suficiente control al autor sobre su obra y así incentivarlo a la creación, diseminación y explotación de más obras, pero sin un grado de control mayor que lo estrictamente necesario para dichos propósitos y que podría obstaculizar el uso de la obra por terceros. Por otro lado, la justificación de la autonomía (siendo la obra del autor su propia expresión) requiere que el alcance de la protección del *copyright* sea lo suficientemente amplio para otorgar dicho control al autor sobre el uso de sus obras en tanto en cuanto sea necesario para reconocer la expresión autónoma del autor, sin impedir indebidamente la libertad de expresión o *freedom of speech* y el disfrute de la información de los demás. A partir de estos dos propósitos, la interpretación del *copyright* se convierte en un ejercicio conciliatorio entre los intereses contrapuestos del titular del *copyright* de la obra y el futuro usuario (Endicott & Spence, 2005).

Así, la concepción británica tradicional de la originalidad en el *copyright* es tan familiar que en las siguientes líneas resumiremos brevemente su núcleo. Las obras que se originan por virtud del autor y son producto único y propio de la habilidad, labor, esfuerzo, gastos y juicio (cabe resaltar que todos estos criterios no son acumulativos),

obtienen protección mediante el *copyright* británico. La originalidad o ingenuidad artística, la creatividad y novedad, son irrelevantes. El fundamento de la protección del *copyright* en el Reino Unido (en la forma exclusiva de un derecho de propiedad, a diferencia de la corriente de Europa continental, que también incluye a los derechos morales del autor) es la prevención de un atajo que podría tomar un competidor a través de la práctica del *free ride* en perjuicio y desconsideración del empeño e inversión de un autor primigenio. De esta manera, el *copyright* protege la propiedad del autor que él mismo ha creado (la obra). Esta idea filosófica proviene del espíritu de John Locke: como la propiedad de una persona está protegida para salvaguardar la libertad de dicha persona, ésta misma queda amparada a través de la protección de la propiedad que la persona crea. Así, el autor, como creador de propiedades, obtiene protección indirecta mediante la propiedad que ha creado: la obra protegida por el *copyright*, protege indirectamente a su autor, sobre todo su posición económica. No es la creatividad (artística) sino el valor económico (potencial) de la inversión, labor y juicio desplegados por el autor al crear una obra que el *copyright* protege (Rahmatian, 2013).

1.10 El nuevo criterio de ‘creación intelectual’ como prerrequisito de originalidad en el Reino Unido

Tras la decisión del TJUE en el caso *Infopaq*, y a pesar de la efectiva separación del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit), la *CDPA* podrá interpretarse en el sentido que refleja el principio de la Unión Europea que cualquier obra que constituya una ‘creación intelectual’ sea susceptible de protección bajo *copyright* (Bonadio & Lucchi, 2019). En ese sentido, este nuevo estándar de ‘creación intelectual’ es ahora potencialmente de gran importancia en relación a la originalidad de las obras musicales. Tanto es así que incluso, para algunos comentaristas, esto presenta un reto al estándar de originalidad como se ha venido aplicando en las Cortes nacionales de la Unión Europea, sin dejar a lado el Reino Unido, en relación a este último con el estándar tradicional de ‘habilidad, labor y juicio’ del autor (McDonagh, 2012). De esta manera, el TJUE pareció forzar al Reino Unido a cambiar su concepción de originalidad del *copyright* para alinearlo con el enfoque

continental o romano-germánica del derecho de autor (*author's rights*) intentando así armonizar a todo Europa (Rahmatian, 2013).

1.10.1 Infopaq International v. Danske Dagblades Forening

En la importante decisión en el caso *Infopaq*, el TJUE tuvo que decidir mediante una cuestión prejudicial (las únicas de su competencia, pues, el fondo de la controversia lo resuelven las Cortes nacionales) en relación al artículo 2¹⁵ de la *Information Society Directive 2001/29/CE* (en adelante, la ‘Directiva de la Sociedad de la Información’). Específicamente, sobre si el almacenamiento y la posterior impresión de un extracto de texto de un artículo en un periódico deben considerarse como actos de reproducción protegidos mediante el *copyright*.

El TJUE sostuvo en el presente caso que las disposiciones de la Directiva de la Sociedad de la Información en cuestión (especialmente la frase “reproducción... de la totalidad o parte” tipificado en el artículo 2) no se reflejan expresamente en las leyes de los Estados Miembro para su interpretación, por lo que se les debe dar una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea (en adelante, ‘UE’). Esto refleja en

¹⁵ Artículo 2.- Derecho de reproducción

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

- a) a los autores, de sus obras;
- b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
- c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;
- d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;
- e) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

particular los considerandos 6¹⁶ y 21¹⁷ de la Directiva de la Sociedad de la Información, que destacan, de conformidad con las normas de interpretación establecidas en la legislación de la UE, la armonización de la interpretación de los derechos de propiedad intelectual en toda la UE. A la luz de este principio armonizador de interpretación, el TJUE continuó manifestando que, de acuerdo con la Directiva de Software, la Directiva de las Bases de Datos y la Directiva de Términos, los programas informáticos, las bases de datos y las fotografías están protegidos por derechos de autor solo si son originales en el sentido que constituyen la creación intelectual de su propio autor. Esto también debe aplicarse a los prerequisites de la protección de las obras en virtud del artículo 2 (a) de la Directiva de la Sociedad de la Información actualmente discutida.

Por lo tanto, una obra, como se menciona en la Directiva de la Sociedad de la Información, es original (y por lo tanto protegible) si es la creación intelectual de su propio autor. Esto también se relaciona con las partes de una obra, que no pueden tratarse de manera diferente a la obra en su integridad. Los artículos periodísticos serían claramente la creación intelectual de su autor y estarían protegidos como obras literarias bajo la Directiva de la Sociedad de la Información. Las palabras como tales, consideradas de forma aislada, no parecen ser una creación intelectual del autor; es solo a través de la elección, secuencia y combinación de esas palabras que el autor puede expresar su creatividad de una manera original y lograr un resultado que es una creación intelectual. Si once palabras consecutivas, como en el caso en cuestión, constituyen realmente

¹⁶ (6) Sin una armonización a nivel comunitario, las actividades legislativas a nivel nacional, que se han emprendido ya en algunos Estados miembros para hacer frente a los desafíos tecnológicos, pueden crear diferencias significativas de protección y, por ende, restringir la libre circulación de los servicios o productos que incorporen obras protegidas o se basen en ellas, dando lugar a una nueva fragmentación del mercado interior y a incoherencias de orden legislativo. Las repercusiones de tales diferencias legislativas y de esta inseguridad jurídica resultarán más significativas a medida que siga desarrollándose la sociedad de la información, que ya ha dado lugar a un considerable aumento de la explotación transfronteriza de la propiedad intelectual. Dicho desarrollo puede y debe proseguir. La existencia de diferencias legislativas y la inseguridad jurídica en materia de protección puede impedir las economías de escala para los nuevos productos y servicios protegidos por derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor.

¹⁷ (21) La presente Directiva debe definir el alcance de los actos protegidos por el derecho de reproducción en relación con los distintos beneficiarios. Ello debe efectuarse en consonancia con el acervo comunitario. Es necesaria una definición general de tales actos para garantizar la seguridad jurídica dentro del mercado interior.

expresión de la creación intelectual del autor, dicha cuestión queda en manos de la Corte nacional para que decida (Rahmantian, 2013).

1.10.2 Ministry of Sound v Spotify

En el año 2013, el grupo económico (que luego fue adquirido por *Sony Music UK*) *Ministry of Sound Group Ltd* y *Ministry of Sound Recordings Ltd* (en adelante, ‘*Ministry*’) era renombrado mundialmente por operar en el ámbito de la música electrónica. Su principal fuente de ingresos provenía de fonogramas, incluyendo a los álbumes compilatorios. En 20 años, desde 1993 hasta 2013, *Ministry* había logrado vender 50 millones de copias de sus álbumes compilatorios a nivel mundial y dichas compilaciones habían ganado numerosos premios. En ese sentido, *Ministry* era posiblemente la marca más grande de música electrónica en el mundo. En el mismo año, *Spotify* lanzó su servicio de *streaming*, que permite a sus usuarios crear *playlists* o listas de reproducción de canciones. Los usuarios pueden nombrar y ordenar las *playlists* en cualquier forma que deseen (Iverson, 2014).

Ministry alegó que *Spotify* había infringido el *copyright* en sus álbumes compilatorios al llevar a cabo, o autorizar llevar a cabo, a sus usuarios ciertos actos en relación a la totalidad o una parte sustancial de las compilaciones de *Ministry* sin su consentimiento; principalmente, reproducir las compilaciones en sus plataformas. Así, afirmó que los usuarios de *Spotify* estaban compilando listas de reproducción que eran iguales, o sustancialmente iguales, a las de *Ministry*. Por ello, *Ministry* le solicitó a *Spotify* eliminar las *playlists* de los usuarios que presuntamente copiaban el contenido (la selección de las obras musicales) de las compilaciones de *Ministry*. Como *Spotify* se rehusó, *Ministry* interpuso una medida cautelar requiriendo a *Spotify* borrar dichas *playlists* e imponer un bloqueo permanente sobre otras *playlists* que copiara sus compilaciones. Finalmente, exigió daños y perjuicios (Fritzsche, 2016, p. 265).

La base legal de *Ministry* para defender sus álbumes compilatorios como bases de datos susceptibles de protección de *copyright* fueron las secciones 1, 3(d), y 3A (1) de la *CDPA*. Ello, en razón que cada compilación era una obra original (una base de datos) debido a que su selección y/o arreglo de sus contenidos constituían una ‘creación propia

del autor’, según la sección 3A(2) de la *CDPA*, la cual señala que una compilación es una colección de obras independientes, data u otros materiales que:

- Están organizados de una manera metódica o sistemática, y
- Son individualmente accesibles por medio electrónico u otros (Bonadio & Lucchi, 2018).

Al contestar la demanda *Spotify* contradujo varios puntos, siendo el más significativo, la objeción al reconocimiento de la protección de *copyright* a favor de compilaciones de obras musicales. *Spotify* argumentó que *Ministry* había sustancialmente sobre-estimado el proceso creativo al crear álbumes compilatorios. Manifestó que los conceptos de dichas compilaciones eran temas triviales y simples generalmente relacionados a un estilo específico de música electrónica y que, por supuesto, no hay *copyright* para un concepto (teoría de la dicotomía idea-expresión). Además, muchos de los *tracks* eran estándares obvios dentro de un género particular, que habían sido extraídos de una compilación preexistente o que su elección estaba basada en popularidad u orden cronológico, razones por las cuales no había una auténtica ‘creación intelectual del autor’ en las compilaciones musicales de *Ministry* en el sentido de la sección 3A de la *CDPA*. Alternativamente, incluso en el supuesto negado que subsistiera protección de *copyright* para una compilación de grabaciones de sonido, la propia creación intelectual del autor en este caso era insuficiente para superar la presunción en el Recital 19 de la Directiva de Bases de Datos (en adelante, ‘DBD’) (Iverson, 2014).

Además, *Spotify* argumentó que una compilación de grabaciones de sonido no estaba protegida por el *copyright* de las bases de datos, citando a los Recitales 17 y 19 de la DBD, los cuales, prescriben lo siguiente:

(17) Considerando que debe entenderse que el término base de datos incluye colecciones de obras, ya sean literarias, artísticas, musicales u otras, o de otros materiales como textos, sonidos, imágenes, números, hechos, datos; considerando que debe abarcar colecciones de obras, datos u otros materiales independientes que estén organizados de forma sistemática o metódica y se pueda acceder a ellos individualmente; *esto significa que una grabación o una obra audiovisual, cinematográfica,*

literaria o musical como tal no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva [cursivas añadidas].

(19) Considerando que, por regla general, *la compilación de varias grabaciones de performances musicales en un CD no entra en el ámbito de aplicación de esta Directiva, tanto porque, como compilación, no cumple las condiciones para la protección del copyright puesto que no representa una inversión lo suficientemente sustancial como para ser elegible bajo el derecho sui generis [cursivas añadidas].*

Se debe recalcar que, el derecho *sui generis* en una base de datos es distinto al *copyright* de una base de datos. El derecho *sui generis* aplica en defecto del criterio de creación intelectual del autor, es decir, solo se reconoce dicho derecho cuando hay una inversión sustancial de parte del autor al crear la base de datos (en este caso aplica, *mutatis mutandis*, el criterio tradicional de protección del *copyright* británico: ‘habilidad, juicio y labor’). *Spotify* alegó que los Recitales 17 y 19 de la DBD reflejaron una decisión del Consejo Europeo para excluir a las compilaciones de las grabaciones de sonido del alcance de la DBD. En ese sentido, la DBD no tuvo la intención de otorgar una ampliación del plazo a la protección ya aplicable a las grabaciones de sonido. En dicha línea de razonamiento, al otorgar protección a las compilaciones de grabaciones de sonido, como las de *Ministry*, sobre la base que constituye una compilación de otras grabaciones de sonido, sería extender injustificada del plazo de protección para las grabaciones de sonido (Bonadio & Lucchi, 2018).

Finalmente, para cerrar la explicación y recuento de este caso, debemos resaltar que nunca hubo sentencia por parte del tribunal británico, pues las partes transaron extrajudicialmente.

1.11 Conclusiones del capítulo I

1. En Estados Unidos, se reconoce la protegibilidad de DJ Sets como compilaciones, en virtud del razonamiento de una Corte Distrital de Maryland en el caso *Estate of Edgerton v. UPI Holdings Inc.*, en tanto y en cuanto dicha

especie de obra compilatoria evidencia originalidad en razón de la selección y ordenación de las obras musicales que realiza el disyóquey para crear sus DJ Sets.

2. La protegibilidad de obras musicales derivadas de la técnica del *sampling* no ha sido uniformemente reconocida en Estados Unidos. Por un lado, favorable, se podrá proteger a aquellas obras musicales que incorporan en su composición fonogramas de titularidad de terceros mediante el *sampling* siempre y cuando dicha técnica sea ejecutada dentro de los supuestos del *fair use* (como por ejemplo, la parodia). Por otro lado, desfavorable, no se podrá proteger a aquellas obras musicales que incorporan en su composición fonogramas de titularidad de terceros mediante el *sampling* si dicha técnica se realiza sin autorización del titular de la grabación de sonido y si la obra resultante no encaja dentro de los supuestos del *fair use*.
3. En Australia, los supuestos del *fair dealing*, a diferencia de los del *fair use* estadounidense, están taxativamente previstos en la *Copyright Act 1968*, por lo que, la aplicación de los supuestos de excepción al *copyright* son cerrados, dificultando que la técnica del *sampling* sin autorización del titular correspondiente sea amparada en la vía judicial.
4. En el Reino Unido, las compilaciones pueden protegerse ya sea mediante el criterio de ‘creación intelectual’ de la Unión Europea, que implica que dicha creación es la expresión propia de su autor; o mediante el derecho *sui generis*, cuyo criterio se basa en la inversión sustancial realizada por el titular para poder crear su base de datos.
5. El único caso jurídicamente relevante de la materia en Inglaterra, *Ministry of Sound v. Spotify*, no fue objeto de pronunciamiento jurisdiccional sino acuerdo transaccional extrajudicial, impidiendo así el establecimiento de un precedente que brinde criterios esclarecedores sobre la protección de compilaciones de fonogramas musicales.

CAPÍTULO II: LAS COLECCIONES DE OBRAS Y OBRAS DERIVADAS PROTEGIBLES POR EL DERECHO DE AUTOR DE EUROPA CONTINENTAL

En el capítulo anterior analizamos la protegibilidad de las compilaciones y obras musicales derivadas desde el punto de vista del *copyright* de la tradición jurídica del *common law* anglosajón en tres países distintos: Estados Unidos, Australia y el Reino Unido. Ahora, en el presente capítulo, estudiaremos las mismas obras en cuestión pero desde la óptica del Derecho de Autor proveniente del Derecho Continental europeo; específicamente, el tratamiento que se les otorga en los siguientes países: España, Alemania y Francia.

2.1 España – Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) y los derechos patrimoniales y morales

Según lo señalado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España (MECD 2003), se debe recalcar que:

A efectos puramente terminológicos, una primera precisión que debe hacerse al referirnos al término “propiedad intelectual”, es que éste en el ordenamiento jurídico español abarca exclusivamente lo que en la mayoría de los ordenamientos nacionales e internacionales se conoce como derechos de autor y derechos afines, vecinos o conexos, dejando fuera todo el campo propio de la propiedad industrial. (p. 1).

Por otro lado, Costa Gálvez (2015), en contraposición a la precisión líneas arriba presentada, señala que “[la] Propiedad intelectual y derechos de autor no son sinónimos, de este modo antes de continuar debemos aclarar las diferencias. En líneas generales la diferenciación radica en que los derechos de autor son una parte de la propiedad intelectual” (p. 222).

No obstante estas primeras diferencias terminológicas, sobre lo que sí existe unanimidad es que “en España, la Propiedad Intelectual es una propiedad especial derivada del Derecho Civil, es un derecho genérico a producir y crear obras, *siendo su objeto de protección la libertad de la persona de crear* [cursivas añadidas] a través de sus propias ideas” (Amaya Rico, 2008, p. 409). Ahondando más en la libertad creativa, como especie del derecho fundamental de la libertad de expresión, García Sedano (2016) expresa que:

En Propiedad Intelectual el objeto de protección es la obra literaria, artística o científica por lo que resulta decisivo determinar cuál es el contenido del objeto en el ordenamiento jurídico español y ello unido, indisolublemente, al hecho de que *la libertad de utilización de ideas y conocimientos es esencial para el desarrollo social, cultural, económico y científico* [cursivas añadidas]. (p. 251).

Asimismo, retomando las ideas del MECD (2003), dicha entidad estatal asevera que: “la propiedad intelectual es una propiedad de naturaleza privada, ahora bien, en la que se dan una serie de elementos que hace que los ordenamientos la conceptúen como una propiedad especial” (p. 4).

Explayándose, el MECD (2003) continúa:

Entre los elementos que justifican esta especialidad y la intervención pública en su regulación podemos encontrar la *profunda relación entre la creación y los derechos de autor derivados de ella y la cultura, el enriquecimiento del acervo cultural, el acceso a la cultura o la libertad de expresión y creación* [cursivas añadidas].

En cualquier caso, la intervención estatal en el campo de la propiedad intelectual se da desde los tres poderes clásicos. Así, al legislador le corresponde la determinación de los derechos que corresponden a los autores sobre las obras por ellos creadas, así como lo que pueden corresponder a los otros titulares de derechos por sus prestaciones, en la medida en que estas prestaciones suponen aportaciones personales a las obras (piénsense en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes) o en la

contribución a la creación y a la difusión de las creaciones (piénsese en los productores de fonogramas o de obras audiovisuales). En esa determinación de derechos, además, el legislador tendrá en cuenta el alcance de estos derechos y los límites o excepciones a esos derechos; es decir, *el legislador habrá de precisar aquellos supuestos en los que valores superiores del ordenamiento menoscaban o impiden el ejercicio del derecho a favor de terceros usuarios de las obras creadas y que darán lugar a que estos terceros puedan utilizar libremente las obras sin autorización de sus titulares, de modo gratuito o a cambio de remuneraciones* [cursivas añadidas]. De ahí que las leyes de propiedad contengan una relación de actos permitidos (piénsese en los supuestos de copia privada, el llamado derecho de cita o del préstamo público, entre otros), cuestión que, por cierto, no es ajena a la normativa internacional y, así, el propio Convenio de Berna, en su artículo 9.2, se remite a las legislaciones de los Estados a fin de que éstos determinen estos límites, siempre y cuando tales límites sólo se apliquen en supuestos especiales y no atenten a los interés legítimos del autor ni a la explotación normal de la obra. (p. 5).

Sobre el objeto de protección, la Universidad de Alicante (s.f.), nos informa que la “propiedad intelectual protege los derechos que corresponden a los autores y a otros titulares (artistas, productores, organismos de difusión) respecto de las obras y prestaciones originales fruto de su creación” (p. 3). Por su parte, el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996) dispone que: “la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. Dicha norma determina el objeto de protección en función a la dicotomía idea/expresión, la cual admite que:

Sólo las expresiones creativas pueden recibir protección, mientras que las ideas o la información pueden ser utilizadas libremente por todo el mundo, o, según las famosas palabras de Desbois, son ‘de *libre parcours*’. Las obras son la manifestación y materialización de ideas, hechos, principios, métodos. (Dusolier, 2010, p. 21).

Finalmente, es necesario tener presente que:

Para que nazca el derecho a la propiedad intelectual es necesario que la obra tenga expresión concreta, manifestación suficiente, es decir, que la obra salga de la mente del autor al mundo exterior por cualquier medio.

Así pues, la creación original científica, artística o literaria debe ser expresada a través de cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. (García Sedano, 2016, pp. 254-255).

Presentadas las nociones previas de la propiedad intelectual española, su interrelación con la cultura y la libertad de expresión, y los límites o excepciones al *enforcement* del derecho de autor (este último aspecto, como pudimos apreciar, y reiteramos enfáticamente, cede ante valores jurídicos superiores, tales como, el derecho de información, expresión y acceso a la cultura) conviene ahora adentrarnos en los derechos tanto de orden patrimonial como moral que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 12 de abril de 1996¹⁸, (en adelante, ‘TRLPI’) reconoce en su articulado.

Como afirma Moreno Cobos (s.f.), en relación a los derechos patrimoniales prescritos en el TRLPI: “los pilares fundamentales de los derechos de autor se identifican en el derecho de reproducción, explotación, distribución, comunicación y transformación (encontrados en el art. 18 al art. 21 de la LPI)” (p. 6). Estos derechos de explotación económica que señala la normativa española corresponden de manera exclusiva a la esfera jurídica del titular.

Así, la reproducción es definida en el TRLPI como la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella (art. 18). Con respecto a la distribución, esta se define como la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo, o cualquier otra forma (art 19.1), con el agregado que dicho derecho se extingue en el territorio de la

¹⁸ Cuya última actualización fue publicada el 8 de julio de 2020, conforme al sitio web de Boletín Oficial del Estado de España.

Unión Europea con la primera venta y solo respecto de las ventas sucesivas que se realicen en dicho ámbito por el titular del mismo o con su consentimiento (art. 19.2). En relación a la comunicación pública, dicha consiste en todo acto por el que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, salvo que ese acto tenga lugar en un ámbito estrictamente doméstico, siempre que éste no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (art 20.1). Finalmente, la transformación de una obra implica su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente (art. 21.1). Así pues, como bien alega Dusolier (2010):

El objeto del derecho de autor es controlar la difusión pública de la obra. O lo que es lo mismo, el centro de atención del derecho de autor es la explotación, en que “explotación” se define como difusión pública. *El derecho de autor nunca ha consistido en regular el acceso o la utilización de las obras* [cursivas añadidas]. (p. 7).

Con respecto a los derechos de orden moral, originarios de la tradición romano-germánica de Europa continental:

Los derechos morales permiten al autor adoptar ciertas medidas para preservar la unión con su obra (art. 14 del TRLPI). Son irrenunciables e inalienables y se corresponden con el derecho a:

- Realizar la divulgación de la obra
- Exigir el reconocimiento de la autoría (atribución)
- Exigir el respeto a la integridad de la obra
- Modificar la obra respetando los derechos adquiridos
- Retirar la obra del comercio por cambio de convicciones, previa indemnización a los titulares de derechos de explotación, y reconociendo la preferencia de los anteriores titulares de derechos, en el caso de que decidiera reprimir la explotación de su obra
- Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en poder de otro. (Universidad de Alicante, s.f., p. 3).

Conforme al primer derecho moral: “se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el *consentimiento del autor* [cursivas añadidas], la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma” (Amaya Rico, 2008, p. 418). Reforzando la importancia del consentimiento del autor a efectos de divulgar su obra, García Sanz (2004) nos detalla que:

Es “el consentimiento del autor” la más importante de las facultades que ejerce el autor, tanto en su dimensión patrimonial como moral. Está presente, de una manera u otra, desde la primera ley. Y no es casualidad que la Ley española la establezca como la primera facultad moral del autor. De ella se desprenden o dependen todas las demás. Y ésta sí ha encontrado una verdadera solidez en todas las legislaciones, de cualquier tradición, con independencia de su formulación o su aparición expresa o tácita. Pues, amén de la creación misma, sin el consentimiento del autor a dar a la luz pública su obra, no existiría ni la tradición del *copyright* ni los derechos morales. No en balde, más de un autor ha afirmado que ésta *es la facultad troncal del derecho de autor* [cursivas añadidas]. Y por ello, las facultades patrimoniales son accidentales al derecho. (pp. 37-38).

En virtud del derecho moral de paternidad, el TRLPI señala que el autor tiene el derecho de exigir que se le reconozca su condición de autor de la obra, con lo cual dicho poder “se encuentra íntimamente relacionado con el derecho al nombre” (Amaya Rico, 2008, p. 419). Es decir, cualquiera que fuese la identificación denominativa del autor, dicha debe aparecer junto a la obra. Por otro lado, el derecho moral de integridad consiste en que el autor, de manera defensiva, puede impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. Sin embargo, dicho precepto puede generar ciertas dudas:

¿Qué hay que entender por legítimo interés del autor? ¿Se refiere a su naturaleza personal o patrimonial? ¿Afecta al *corpus mysticum* o al *corpux [sic] mechanicum*¹⁹?

Se trata de conjugar los intereses entre autor y propietario [del soporte físico de la obra] en los que hay que considerar criterios tales como, las características del objeto, lugar de ubicación, dimensiones, la buena fe, dolo, culpa, caso fortuito, fuerza mayor. (Amaya Rico, 2008, p. 419).

2.2 El requisito *sine qua non* de originalidad según la doctrina española

Según R. Casas Valles, la originalidad es: “la prueba y la materialización de la autoría y lo que justifica la concesión del derecho de autor” (como se citó en Dusolier, 2010, p. 23).

Por su parte, Palacios Ibañez (2018), sobre la materia protegible y la originalidad según el TRLPI señala lo siguiente:

El TRLPI en su art. 1 establece que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde a su autor por el solo hecho de su creación, por su parte el art. 5,1 dispone que “*se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica*”. Ambos preceptos debemos ponerlos en conexión con el art. 10. 1 del TRLPI el cual enuncia que “*son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas, expresados por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*” [cursivas añadidas]. (p. 5).

En el mismo sentido, García Sanz (2004) apunta lo siguiente:

El autor, por el solo hecho de la creación, ha encontrado reconocimiento y protección, sobre todo en la legislación vigente, donde es la creación y

¹⁹De acuerdo a la distinción ofrecida por Romero (2014): “es así como aún hoy permanecen los conceptos *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*, el primero de ellos entendido como los derechos sobre la obra, y el segundo como los derechos sobre el soporte que la contiene” [cursivas añadidas] (p. 157).

no la publicación el elemento clave para ejercitar el derecho... El objeto protegido es la creación que cumple unos determinados requisitos, es decir, esencialmente, la obra original... Es la expresión original de la información el objeto jurídico de protección... es la originalidad la que confiere el carácter de creación y convierte a una obra en obra de autoría... La originalidad... unido [*sic*] al concepto romántico de divino espíritu creador del autor, convierten a la autoría en la clave de la bóveda jurídica del derecho de autor. (p. 20, 22-23, 29).

Como podemos apreciar, existe una similitud fundamental entre la legislación española y las abordadas en el primer capítulo, a saber: las obras, tanto para el *copyright* anglosajón como el Derecho de Autor español deben revestir originalidad para estar protegidas.

En ese sentido, respecto a los rasgos básicos del concepto de originalidad, se afirma lo siguiente:

El TRLPI protege las *creaciones originales* que aporten algo distinto y se diferencien de las previamente existentes. Será el componente de originalidad lo que atribuya la propiedad de la obra o creación a su autor, pero no tendrá derecho sobre la parte de la obra que no resulte original. De lo anterior se entiende que “*la falta de originalidad de una creación no excluye su protección si es solo parcial y no se deriva de coincidir con la parte original de otra creación*” [cursivas añadidas].

Por tanto, podemos afirmar que la *originalidad* ha de ser considerado como un requisito *sine qua non* que debe encontrarse en cualquier creación intelectual digna de protección como obra por el derecho de autor y, cuanto mayor es la originalidad de una obra, mayor será la protección que ésta recibirá.

La originalidad es el requisito recogido en el art. 10 del TRLPI de mayor relevancia en cuanto al hecho de cuestionarnos y entrar a valorar la posibilidad de protección de una obra por esta parte del ordenamiento jurídico, y esta idea también ha sido reiterada en sede doctrinal y

jurisprudencial. En definitiva, mediante la originalidad se busca proceder a la diferenciación entre “obras” y “meras creaciones”, distinción que es apoyada y exigida en una obra o creación para poder ser susceptible de la protección ofrecida por la Ley, tanto en España como en los ordenamientos jurídicos de aquellos países que tienen normativa reguladora de los derechos de autor, como Alemania o Francia. (Palacios Ibañez, 2018, pp. 14-15)

Sin embargo, existe ambigüedad y reparos respecto de la originalidad:

En muchos países el nivel mínimo de originalidad que se exige para obtener protección por derecho de autor es muy bajo [como en Estados Unidos] y se aplica generalmente a cualquier actividad que entrañe un esfuerzo intelectual o en la que se imprima de algún modo la personalidad del autor. (Dusolier, 2010, p. 24).

Siguiendo la línea de pensamiento con respecto al nivel de originalidad que debe evidenciar una obra: “Las dosis de originalidad no están establecidas, pero su exigencia pasa por mínimos, y su evolución ha ido ‘*in decrescendo*’ hasta el momento” (García Sanz, 2004, p. 23).

Como esfuerzo de fijar cierto estándar que debe cumplir la originalidad en una obra, sea cual fuere su naturaleza, la doctrina ha ideado dos corrientes que explican y delimitan este requisito “sobre el que se sostiene el edificio jurídico del derecho del autor, y que permite excluir legítimamente al público de lo que ‘pertenece’ al sujeto privado que es el autor (García Sanz, 2004, p. 23). Dichas corrientes son la subjetiva y objetiva.

La primera, entiende a la originalidad como la manifestación de la personalidad del autor a través de su creación intelectual, la obra; la segunda, reconoce la originalidad en una obra siempre y cuando esta última contribuya una novedad creativa en comparación a las demás obras preexistentes (Palacios Ibañez, 2018).

No obstante, entre estas corrientes antagónicas, de acuerdo con García Seldano (2016), existe un criterio intermedio:

En este supuesto, como el efecto de la novedad puede ser mínimo, se requiere que tal carisma radique en la forma de exteriorizar el concepto que pudiera pertenecer al común de la sociedad o a alguna persona en concreto.

Así, el derecho moral estriba en la aportación individual que se hace a la obra preexistente. Ahí radica la razón de la protección de las traducciones, adaptaciones o cualesquiera otra forma de transformación, ex artículo 11 LPI [refiriéndose al TRLPI], e incluso, la aportación individualizada y personal del autor derivativo, artículo 11 LPI, o del artista intérprete o ejecutante de la obra, artículos 105 a 113 LPI. De este modo, podemos considerar asentada la idea de que, además de la anterior nota, la catalogación como objeto de propiedad intelectual exige también una cierta altura creativa. En ese sentido, la última jurisprudencia identifica la noción legal de ‘creación original’ con la originalidad creativa, exigiendo a la obra artística una ‘mínima originalidad y altura creativa’ [criterio que fue esbozado, como vimos en el anterior capítulo, en el caso *Feist* de la Corte Suprema de Estados Unidos].

El grado de altura creativa habrá de depender del tipo de obra y del margen de libertad con el que cuente el autor [cursivas añadidas]. En este sentido, la exigencia de “altura creativa” no ha de suponer un problema conceptual para reconocer como dignas de protección por el derecho de autor a las denominadas obras menores o “*Kleine Münze*” [de Alemania], siempre que medie en ellas un *mínimo tratamiento que denote un mérito creativo* [cursivas añadidas].

En ese sentido, *lo imprescindible es que exista en la obra altura creativa* [cursivas añadidas] con independencia de que radique en el fondo o en la forma de exteriorización de la obra. (pp. 263-264).

Finalmente, en cuanto a la originalidad en las obras musicales, la misma autora rescata de manera precisa lo siguiente: “en el contexto de las obras musicales, la originalidad ha de darse en la combinación de sus tres elementos fundamentales: armonía,

melodía y ritmo. *Dicha originalidad puede existir incluso en sintonías muy breves* [cursivas añadidas] (García Seldano 2016 p. 259). Esta última idea nos servirá de base más adelante cuando presentemos y hablemos sobre las mezclas que los DJs realizan al momento de yuxtaponer, por momentos, dos obras musicales en simultáneo, creando obras derivadas espontáneas englobadas en una compilación.

2.3 El DJ Set como colección de obras, especie del género popurrí y/o base de datos protegible por el TRLPI

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define, en la primera acepción del término ‘colección’, como aquel conjunto ordenado de cosas, por lo común de una misma clase y reunidas por su especial interés o valor. Es menester tener presente esta definición puesto que el TRLPI no prescribe una definición específica para dicho término. Pero a pesar de dicha imprecisión, en el primer inciso del artículo 12 del TRLPI²⁰, se reconocen tanto a las colecciones y a las bases de datos como materias protegibles por el Derecho de Autor español.

Así, invocando dicha base legal, Díez Alfonso (2012) afirma que “el Dj Set puede configurarse como una colección de obras original, atendiendo a la originalidad tanto en la selección de las obras preexistentes empleadas, como en la disposición de las mismas”(p. 21).

Por otro lado, el mismo autor también explora la posibilidad de que un DJ Set pueda constituir una especie de expresión musical como parte del género de los popurrís:

²⁰ Artículo 12. Colecciones. Bases de datos.

1. También son objeto de propiedad intelectual, en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos. La protección reconocida en el presente artículo a estas colecciones se refiere únicamente a su estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a éstos.

2. A efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.

3. La protección reconocida a las bases de datos en virtud del presente artículo no se aplicará a los programas de ordenador utilizados en la fabricación o en el funcionamiento de bases de datos accesibles por medios electrónicos.

Un popurrí se caracteriza por la inclusión de parte de varias obras y el establecimiento de puentes que permitan una transición idónea entre cada una de ellas. La doctrina mayoritaria reconoce como obra protegida por el derecho de autor a un popurrí que sea original o en la selección de las obras preexistentes utilizadas para su elaboración, o en la disposición de dichas obras, en virtud de lo establecido en el art. 12.1 TRLPI.

Un Dj Set encaja en el concepto de popurrí, si bien se debe matizar que el grado de originalidad de un popurrí corriente no se corresponde exactamente con el de un Dj Set, ya que *la actividad de un disc-jockey de música electrónica ofrece una mayor altura creativa* [cursivas añadidas]. Ello es así ya que la persona que efectúa el solapamiento de las obras en un popurrí ordinario prescinde de la mezcla, que es el rasgo característico de un Dj Set. Es decir, los puentes establecidos entre las canciones por parte de los disc-jockeys de música electrónica son objeto de mayor creatividad que los puentes de unión realizados a los efectos de un popurrí corriente.

Quizá podría pensarse en que el término popurrí hace referencia a un género, dentro del cual caben diferentes especies, como el Dj Set. Así, si se acepta que los popurrís pueden gozar de la protección conferida por el derecho de autor, habría que asumirse *a fortiori* que las sesiones de un disc-jockey pueden encontrar resguardo al amparo del TRLPI como obras, al menos en los que a la originalidad en la disposición de las canciones se refiere. (Díez Alfonso, 2012, pp. 20-21).

Finalmente, como última propuesta, Díez Alfonso (2012) encuadra jurídicamente la labor artístico-musical de un DJ en la figura de la base de datos:

Teniendo en consideración que la normativa española establece una distinción entre colecciones de obras y bases de datos protegidas por el derecho de autor, no es baladí analizar la posibilidad de que un Dj Set pueda ser entendido también como una base de datos en algunos casos, teniendo presente lo establecido en el art. 12.2 TRLPI, cuya redacción es

la siguiente: *se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma* [cursivas añadidas].

Por tanto, *a priori* parece que es posible la consideración de un Dj Set como base de datos, al menos en lo que a un recopilatorio se refiere, debido a que la práctica generalizada del mercado discográfico de música electrónica es separar las canciones en el medio de la mezcla, de tal modo que un usuario puede escuchar la pista número 7 sin tener que escuchar necesariamente las 6 anteriores. (pp. 23-24).

Conforme a esta línea de razonamiento, se deduce que:

Existen motivos razonables para plantear las siguientes conclusiones: a) La mezcla es una obra derivada fruto del solapamiento de dos obras preexistentes; b) El Dj Set es una colección de obras derivadas (las mezclas) [no olvidemos que una obra derivada se crea a partir del uso de una preexistente] y de obras originarias parciales (los fragmentos que quedan fuera de la mezcla sonando sin ser solapados con otra canción); c) En ocasiones, el Dj Set puede ser considerado como una base de datos; d) Tanto si se trata de una colección de obras como si se trata de una base de datos, ambas son [obras] originales. (Díez Alfonso, 2012, p. 25).

2.4 Los derechos de autor implicados en el DJ Set y las controversias suscitadas entre la figura del disyóquey, el local y la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores)

Dado que el DJ es un persona que mezcla varias obras musicales contenidas en fonogramas, por un tiempo determinado, y, por lo general (o antes de la pandemia), en un lugar abierto al público, dicho sujeto al momento de ejecutar su creación intelectual – y por la naturaleza inherente a su obra artística– “hace entrar en juego a los diferentes derechos patrimoniales exclusivos de autor reconocidos en el TRLPI” (Díez Alfonso,

2012, p. 25). Dichos derechos son los de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

Considerando específicamente que el disc-jockey utiliza obras preexistentes para crear una nueva expresión musical ininterrumpida en el tiempo, viene a colación la siguiente acotación de Díez Alfonso (2012):

Es oportuno pensar que [el Dj Set] se trata de una obra derivada. El art. 21.2 TRLPI, relativo al derecho de transformación, hace referencia a la *necesidad de que el autor de la obra derivada cuente con la autorización del autor de la obra originaria o preexistente para poder explotar la correspondiente obra derivada* [cursivas añadidas]. (p. 27).

Y no es solo el derecho patrimonial de transformación el que cobra relevancia jurídica y genera problemas para con la Sociedad General de Autores y Editores (en adelante, 'SGAE'), la entidad de gestión colectiva de derechos de autor de España, sino adicionalmente el derecho de comunicación pública que también forma parte de la esfera jurídica exclusiva de los autores cuyas obras se mezclan en discotecas y distintos lugares públicos donde el disyóquey puede presentarse, generando así conflictos de intereses potenciales en el ámbito jurisdiccional.

Así pues, el 7 de julio del 2008 se resolvió en el Poder Judicial Español lo siguiente:

El Juzgado de Primera Instancia número 8 y Mercantil de León dictó sentencia en la que estimó íntegramente la demanda interpuesta por la SGAE contra el local de León *Delirium House* en el que unos disc jockeys (DJ) mezclaban canciones de autores como Melendi o Amaral con ritmos *house*.

Aun cuando el Juzgado entiende acreditada que los DJs utilizaban en sus composiciones música house confeccionada por ellos mismos así como composiciones de música de libre descarga de Internet, también valora la prueba presentada por SGAE que acredita que en las mezclas

había obras musicales del repertorio registrado de sus artistas, entre otros Melendi, Alejandro Sanz o Amaral. (El País, Tecnología, párrs. 1-2).

2.5 Alemania – apunte filosófico sobre el fundamento de su sistema autoral

La diferencia fundamental entre los regímenes legales que protegen las obras artísticas en Estados Unidos (el *copyright* del *common law*) y Alemania (el derecho de autor, propio del derecho civil continental) puede entenderse estudiando la filosofía que existió en el siglo XVIII, cuando la protección de las obras creativas cambió de un privilegio soberano a un derecho estatutario. La primera escuela filosófica que surgió durante esta época en los países de tradición romano-germánica, especialmente Francia y Alemania, se centró en la teoría del derecho natural. Dicha teoría sostuvo la noción que, debido al esfuerzo creativo e inventivo que los autores realizaron para crear sus obras, éstas deben pertenecer a ellos, y los derechos sobre dichas obras deben extenderse no solo a su interés económico, sino también a su interés personal (Reilly, 2012, pp. 163-164).

En la teoría del derecho natural, la personalidad del autor es de suma importancia y es la esencia de la relación entre el autor y su obra. Dicha relación no se basa en el resultado final, es decir, la obra *per se*, sino en la materialización de la personalidad del autor en su creación. Algunos han descrito estos derechos como ‘derechos morales’ o ‘derechos humanos’ porque protegen los rasgos individuales, propios del autor, manifestados en su obra así como una dimensión de esa creación que refleja algo más allá del deseo del artista de obtener un ingreso de la explotación económica de su obra (Reilly, 2012, p. 164).

Por ejemplo, el abogado e historiador de derecho alemán, Otto von Gierke, relacionó esta teoría de derecho natural y abogó por un régimen legal de derechos de autor que le permitiera al autor controlar cada aspecto de su obra, ya sea personal o material. Pasando del enfoque de propiedad a una teoría del derecho de la personalidad, el sistema de derecho de autor alemán se caracteriza por el monismo [en contraposición al dualismo del *droit d’auteur* francés que separa los derechos morales de los patrimoniales], que se sustenta en razón de que toda obra creativa refleja la personalidad

del autor. En consecuencia, el autor de una obra ejerce un derecho de personalidad según el cual los derechos morales y patrimoniales del autor son inseparables (Ager, 2013).

Por lo tanto, considerando las diferencias filosóficas entre el *copyright* de Estados Unidos (este último, visto en el primer capítulo del presente trabajo, basado principalmente en un monopolio económico de explotación de la obra por el titular) y el Derecho de Autor alemán, podemos afirmar que la justificación del Derecho de Autor predominantemente aceptado en Alemania es la calificación del derecho de autor como un derecho de la personalidad, o ‘derecho moral’ conocido como *Urheberpersönlichkeitsrecht*, que significa que los derechos de autor están intrínsecamente e indisolublemente atados a la personalidad del autor. Al igual que con otras categorías de autoría creativa, la legislación alemana ofrece protección a obras musicales de conformidad con un sistema enfocado en los derechos de un autor que protege no solo los esfuerzos creativos del propio autor, sino también el económico, o esfuerzos empresariales del *Tonträgerhersteller*, del productor fonográfico (Reilly, 2012, p. 190).

2.6 *Urheberrechtsgesetz* (UrhG) – Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Alemania

La Ley de Derecho de Autor y Derechos conexos del 9 de setiembre de 1965, cuya denominación en alemán es *Urheberrechtsgesetz* (en adelante, la ‘Ley Alemana’), constituye la principal fuente normativa en relación a los derechos de los autores, derechos conexos y creadores de obras. Dicha ley está dividida principalmente en cinco partes: los derechos de los autores, los derechos conexos, provisiones especiales para obras cinematográficas, disposiciones comunes para los derechos de los autores y los derechos conexos y disposiciones transitorias y finales (Ager, 2013, pp. 10-11).

La Ley Alemana establece una distinción terminológica entre obras originales, que son el resultado de la creación intelectual de autores (obras musicales), y obras empresariales (fonogramas). Mientras que el primer tipo de obra recae bajo el amparo de los derechos de autor propiamente dichos, el segundo se protege conforme a los derechos conexos (*verwandte Schutzrechte*) (Ager, 2013, p. 11).

Esta distinción es de suma importancia puesto que más adelante analizaremos el caso emblemático de *Kraftwerk*, cuyo litigio –basado en la infracción a los derechos conexos de los productores fonográficos sobre la grabación de sonido de la obra musical titulada ‘*Metall auf Metall*’– llegó incluso al TJUE.

2.6.1 Protección de las obras musicales conforme a la Ley Alemana

Para que una persona pueda solicitar protección para su obra, es necesario que su creación cumpla con los requisitos de la Ley Alemana, el primero siendo la determinación de una obra protegible. Conforme al primer párrafo del segundo artículo de la Ley Alemana, ésta prescribe una definición abierta para considerar una creación intelectual como obra protegible. Señala, mediante una lista *numerus apertus*, todas aquellas creaciones (literarias, musicales, fotográficas y cinematográficas, entre otras) que serían susceptibles de protección por el Derecho de Autor. A través de este listado abierto, el legislador buscó establecer una disposición flexible y adaptable a los cambios culturales y tecnológicos. Posteriormente, el segundo apartado requiere que la obra sea la creación intelectual propia del autor (*persönliche geistige Schöpfung*). A pesar de que dicho requisito parece oscuro y ambiguo, constituye el criterio que define la protegibilidad de una obra. Una obra protegible es la creación propia del autor que encarna un contenido intelectual (*geistiger Gehalt*) en una forma específica (*konkrete Formgestalt*). Juntas, dichas manifestaciones pueden ser categorizadas de manera genérica bajo el concepto de creación individual (*individuelle Gestaltung*). Si estos requisitos son acumulativamente satisfechos, el autor de la obra protegida gozará de manera exclusiva de los derechos morales y patrimoniales conferidos por el Derecho de Autor (como se citó en Kempfert & Reißmann, 2017, p. 67).

Bajo este entendimiento, lo crucial de la cuestión es determinar si una obra logra cierto nivel de creatividad (*Schöpfungshöhe*). En esencia, las Cortes alemanas han interpretado el quantum creativo extensiva o ampliamente, particularmente para las obras de naturaleza literaria, artística, musicales y dramáticas. De hecho, las obras musicales y otras de distinta naturaleza han mantenido un nivel mínimo de creatividad como una

metodología general [para otorgarle protección mediante el Derecho de Autor] (Ager, 2013, pp. 13-14).

2.6.2 Protección de los fonogramas conforme a la Ley Alemana

Dado que en la jurisdicción alemana ha habido un caso emblemático con respecto a la infracción de los derechos conexos o *neighbouring rights* de los productores fonográficos (caso *Kraftwerk*), analizaremos más a detalle la naturaleza jurídica de la protección reconocida por la normativa alemana a favor de los fonogramas en este apartado.

A diferencia de las obras musicales que con protegidas por derechos de autor *strictu sensu*, ya que estas obras constituyen creaciones intelectuales conforme a los fundamentos anteriormente expuestos, los fonogramas son protegidos por derechos conexos ya que dichas creaciones son producto del esfuerzo empresarial y la inversión económica del productor fonográfico. En este sentido, la Ley Alemana, en el primer párrafo del artículo 85, dispone que el productor fonográfico tendrá el derecho exclusivo de reproducir y distribuir el fonograma.

Además, las razones político-legislativas que fundamentaron la creación de derechos conexos para los fonogramas en Alemania están enraizadas en aquellas que conllevaron a la promulgación de la Sección 114 de la *Copyright Act* de Estados Unidos, relativa a la protección de grabaciones sonoras: la fácil y creciente accesibilidad en el mercado de dispositivos de grabación, cuyo surgimiento creó el agravante problema de piratería, que al día de hoy se ha convertido en un fenómeno mundial. Otras iniciativas fueron llevadas a cabo en Alemania para proteger a los fonogramas, incluyendo la ratificación de la Convención de Roma en 1961, formalmente conocida como la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de 1961 (en adelante, la ‘Convención de Roma’). La Convención de Roma requiere que los Estados Miembros otorguen una remuneración equitativa sea para los artistas intérpretes o ejecutantes o los productores fonográficos o ambos, al brindarles el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas (Reilly, 2012, p. 191).

Específicamente, el artículo 12 de la Convención de Roma dispone lo siguiente:

Si un fonograma publicado para fines comerciales, o si una reproducción de dicho fonograma, es utilizado directamente para propósitos de radiodifusión o para cualquier comunicación destinada al público, se deberá pagar una remuneración equitativa a los artistas intérpretes o a los productores de fonogramas o a ambos. (Convención de Roma, 1961).

La legislación nacional, en caso no exista un acuerdo entre las partes señaladas, podría establecer las condiciones con respecto al reparto de la remuneración (Reilly, 2012, pp. 191-192). Sobre esto último no ahondaremos más porque escapa los fines del presente trabajo.

2.7 Caso *Kraftwerk*

La controversia jurídica surgió por la falta de autorización en la utilización de un *sample* de dos segundos del fonograma que contiene '*Metall auf Metall*', la obra musical creada en el año 1977 por el grupo pionero de música electrónica *Kraftwerk*. Dicha porción sonora, que imita ruido metálico, fue *sampleada* por el compositor de música *hip-hop* Moses Pelham (en adelante, 'Pelham'), cuando compuso, en 1997, la canción '*Nur Mir*' interpretada por la rapera Sabrina Setlur (Mezei, 2017).

La Corte Federal de Justicia de Alemania (en adelante, la 'Corte Federal'), ha emitido dos sentencias al día de hoy (pues, como detallaremos más adelante, este caso fue sometido a cuestión prejudicial al TJUE y éste ya emitió su dictamen). Ambos pronunciamientos (de la Corte Federal) dilucidaron la siguiente cuestión: ¿La utilización de dos segundos de un fonograma por parte de un tercero sin autorización constituye una infracción a los derechos conexos del productor fonográfico? Con respecto a la infracción al derecho de autor sobre la obra musical, también de titularidad de *Kraftwerk*, dicho supuesto fue inobservado por el Juez de primera instancia bajo el argumento que la demanda podría ser resuelta sobre la base de los *neighbouring rights*. En ese sentido, no hubo reclamo ni respuesta alguna con respecto a la infracción del derecho de autor sobre la obra musical (Schipper, 2014).

En la primera sentencia de la Corte Federal, ésta determinó cuán irrelevantes son los aspectos cualitativos como cuantitativos para afirmar lo siguiente: Un *sample* constituye una infracción a los derechos conexos del productor fonográfico sobre su fonograma puesto que la exclusividad sobre los derechos conexos existe independientemente de cualquier consideración cualitativa o cuantitativa de la extracción de una parte del fonograma. El hecho de extraer un fragmento de sonido del fonograma – por más minúsculo que sea – puede constituir una infracción al derecho conexo. El posible beneficio económico para el artista *sampleador* no es relevante (Schipper, 2014).

En palabras de la Corte Federal: Solo dos compases de una secuencia rítmica, y por tanto solo los pedazos más pequeños de la canción '*Metall auf Metall*' fueron extraídos del fonograma producido por la parte demandante. No obstante ello, la Corte de Apelaciones tuvo razón en su sentencia. Este hecho de extraer ya es una interferencia en los derechos exclusivos del productor fonográfico, los cuales están protegidos por el primer párrafo del artículo 85 de la Ley Alemana, incluso cuando se extrapolan las partes más diminutas de un fonograma (como se citó en Schipper, 2014, p. 7).

Ante esta primera derrota del demandado, y a pesar de haber invocado la defensa de *free use (freie benutzung)* o uso libre de obras, conforme al artículo 24 de la Ley Alemana (que permite la libre utilización de obras por parte de terceros sin recabar el consentimiento de los autores titulares, siempre y cuando el uso no implique tomar la melodía de una obra musical para crear una nueva obra en base a ella), Pelham decidió interponer una demanda de carácter constitucional ante la Corte Constitucional de Alemania (en adelante, la 'Corte Constitucional'). Esta acción fue interpuesta bajo la argumentación que las condiciones (por un lado, no podía *samplear* ni siquiera un extracto pequeñísimo de un fonograma para refijarlo en una nueva obra musical sin atentar contra los derechos conexos del producto fonográfico; y por otro lado, solo podría *samplear* dicho extracto en caso no haya tenido los equipos ni la tecnología disponibles para poder recrear esos sonidos por su propia cuenta) impuestas atentan contra su derecho constitucional de libertad de creación artística, amparado por el artículo quinto, inciso tres, de la Constitución Alemana (Jütte & Maier, 2017).

La Corte Constitucional sostuvo que en caso el acto de *samplear* limite levemente las posibilidades de explotación, los intereses del titular (el productor fonográfico) de los derechos conexos sobre su fonograma tendrán que ceder a favor de la libertad creativa. En ese sentido, se pronunció afirmando que el valor económico del fonograma no fue disminuido, añadiendo que prohibir el *sampling*, podría, ulteriormente, extinguir algunos estilos o géneros musicales. Así, manifestó también que la música *hip-hop* vive y se nutre de la reutilización de secuencias musicales previamente grabadas y si se prohíbe el *sampling*, no sobreviviría (Faisal, 2019, p. 39). Cabe recordar que la obra musical ‘*Nur Mir*’ era del género musical *hip-hop*.

Ahora, si bien la Ley Alemana reconoce los derechos patrimoniales de los productores fonográficos sobre sus fonogramas, dichos derechos no pueden generar monopolios. Esto significa que, por un lado, se les otorga todos los derechos de utilización a los titulares correspondientes. Sin embargo, por otro lado, estos derechos de utilización (reproducción, comunicación pública, etc.) pueden ser restringidos por el legislador en cualquier momento. La cuestión a dilucidar sobre qué derechos e intereses deberían priorizarse en un caso concreto se sujeta a la discreción de una Corte. En ese sentido, tras la remisión del caso por parte de la Corte Constitucional a la Corte Federal, ésta última formuló las siguientes consultas al TJUE:

- ¿Hasta qué punto permite la legislación de Derecho de Autor de la Unión Europea la práctica del *sampling*?
- ¿Cuáles son los roles de los derechos otorgados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la ‘Carta’)? Específicamente, ¿cuál es la relación entre la protección de la propiedad intelectual (segundo inciso del artículo 17²¹) y la libertad de las artes (artículo 13)? (Faisal, 2019, p. 40).

La decisión del TJUE fue ansiosamente anticipada ya que no solo fue relevante para el caso bajo análisis; sino que, además, afectó a la industria musical en su totalidad y determinó hasta qué punto la música basada en *samples* es permitida y viable en el futuro. Como veremos más adelante, si se prioriza el derecho conexo exclusivo del

²¹ Artículo 17.- Derecho a la propiedad
2. Se protege la propiedad intelectual.

productor fonográfico sobre su fonograma, entonces la técnica del *sampling* será imposible de practicar sin contar con autorización del respectivo titular. Si, en cambio, se pondera a favor de la libertad artística, entonces la legislación podría tolerar el *sampling* hasta un punto razonable (Faisal, 2019, p. 40).

Antes de entrar a la decisión del TJUE, es menester traer a colación la posición de la Sociedad Europea de Derecho de Autor (conocida en inglés como la *European Copyright Society*), puesto que constituye un grupo de académicos expertos en derechos de autor de Europa continental (Bentley, et al., 2019).

2.7.1 Posición de la Sociedad Europea de Derecho de Autor

Conforme a lo resuelto a nivel nacional, la Corte Constitucional decidió que no se podría alcanzar un ‘balance justo’ entre los derechos contrapuestos (de protección a la propiedad intelectual y la libertad artística) mediante la aplicación de una regla que considere una infracción a los derechos conexos exclusivos del productor fonográfico respecto de su fonograma si otro autor musical *samplea* el extracto más minúsculo de dicho fonograma. En particular, determinó que dicha regla violaría la libertad de actividad artística amparada bajo el artículo 5 de la norma fundamental alemana. Una evaluación sobre el ‘balance justo’ entre los derechos fundamentales de la Carta en un caso como el presente, lleva a la conclusión de que se debería llegar al mismo resultado en la legislación de la Unión Europea (Bentley, et al., 2019).

El derecho de expresión creativa, que incluye el derecho al acceso de expresiones creativas, está protegido tanto por el artículo 11²² como el artículo 13²³ de la Carta. Por lo tanto, con respecto a los hechos controvertidos en este caso, dichos derechos cobran relevancia jurídica a fin de determinar el ‘balance justo’. La utilización mediante la

²² Artículo 11.- Libertad de expresión y de información

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión.

Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

²³ Artículo 13.- Libertad de las artes y de las ciencias

Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra.

técnica del *sampling* de extractos de fonogramas para la creación de nuevas obras musicales es una manifestación cultural contemporánea de suma importancia. Valiosa actividad creativa sería disuadida si, uno: Solo se podrían utilizar *samples* de poca duración, siempre y cuando se cuente con la autorización del titular del fonograma y/o, dos: los *samples* solo podrían ser re-creados por el usuario *ab initio*. En dichas circunstancias, se generaría daño al interés público ya que se estaría limitando [a los nuevos autores] su acceso a la cultura (Bentley, et al., 2019, p. 478).

Por el contraste, la argumentación del productor fonográfico basado en el derecho de propiedad (que incluye el derecho de propiedad intelectual) bajo el artículo 17 de la Carta es menos convincente en esta instancia. El derecho de propiedad debe ejercerse siempre de conformidad con su función social. Por ello, con respecto a los hechos controvertidos en el presente caso, el contenido esencial del derecho de propiedad no se ha visto afectado. El titular sufriría, de ser el caso, mínimo daño económico como resultado del uso de un pequeñísimo extracto en forma de *sample* de un fonograma. En consecuencia, la Corte debería concluir que la única manera de establecer un ‘balance justo’ entre los derechos fundamentales contrapuestos sería legitimando y permitiendo la técnica del *sampling* para fragmentos minúsculos de fonogramas (Bentley, et al., 2019).

Por lo tanto, de acuerdo con la Sociedad Europea de Derecho de Autor, el TJUE puede asegurar la compatibilidad con la Carta al inaplicar los derechos del productor fonográfico en aquellos casos en los cuales se evidencie el *sampling* de extractos cortos del mismo fonograma y/o subsumiendo el *sampling* dentro de la excepción de cita, bajo el amparo del inciso 3 literal d) del artículo 5 de la Directiva sobre la Sociedad de la Información²⁴. Este enfoque evitaría el supuesto en la cual se le requeriría al usuario de un fonograma probar que el uso que dicha persona hace versa sobre una porción minúscula, y por ende, su utilización queda cubierta por la excepción. En una situación en la cual la aplicación de la Carta favorece la libertad creativa, semejante incidencia en

²⁴ Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos:

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

la carga de la prueba podría ser excesiva. De acuerdo a lo dispuesto por la Corte Constitucional, el riesgo de incertidumbre jurídica podría tener un efecto disuasivo sobre la creatividad artística en este caso. Una solución basada en la interpretación restrictiva del derecho conexo exclusivo de los productores fonográficos podría tener algunas ventajas desde esta perspectiva, porque alivia a los autores-usuarios de la incertidumbre jurídica que podría surgir en base a la obligación de convencer a un juez sobre la aplicabilidad de una excepción o limitación (Bentley, et al., 2019).

A pesar de contar con la ponderación sobre los derechos fundamentales contrapuestos a favor de la libertad de las artes por parte de un grupo de académicos especializados en materia de derechos de autor como lo es la Sociedad Europea de Derecho de Autor, también existe una línea argumentativa que prioriza la protección a la propiedad intelectual a favor de los productores fonográficos, esbozada por el Abogado General del TJUE - Maciej Szpunar (en adelante, el ‘Abogado General’).

2.7.2 Posición del Abogado General del TJUE

En opinión del Abogado General, éste argumentó que el *sampling* musical no es posible sin la autorización del titular del derecho conexo sobre el fonograma. Dicha argumentación, por un lado, evidencia una interpretación amplia del derecho exclusivo de un productor fonográfico amparado por el artículo 2 literal c) de la Directiva de la Sociedad de la Información²⁵. Por otro lado, constituye una interpretación restrictiva sobre la aplicabilidad de las excepciones o limitaciones al Derecho de Autor (principalmente, la excepción de uso en razón de cita). Ambas interpretaciones, en conjunto, no dejan espacio para tutelar la creatividad artística producto de un uso creativo de una obra preexistente. Además, el Abogado General refuta la posición de la Corte Constitucional, la cual había argumentado que para establecer un ‘balance justo’ entre los derechos fundamentales amparados por la norma fundamental alemana (derecho de

²⁵ Artículo 2.- Derecho de reproducción

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

c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;

propiedad intelectual y libertad artística), se debería ponderar a favor del ejercicio de la libertad artística bajo la modalidad de *sampling* de extractos cortos de un fonograma; no puede verse mermada dicha libertad a fin de proteger el derecho de propiedad intelectual de los productores fonográficos. Sin perjuicio de sus méritos, algunos académicos han sugerido que el TJUE no siga la opinión del Abogado General puesto que es una interpretación muy amplia (refuerza el poder monopólico) del productor fonográfico respecto de su fonograma, restringe la aplicabilidad de la excepción de uso en razón de citas en el ámbito musical y presenta una perspectiva cuestionable sobre el impacto de los derechos fundamentales como límites externos al alcance de los derechos de autor (Jütte & Quintais, 2019).

Con respecto a la interpretación extensiva sobre el derecho de reproducción del productor fonográfico sobre su fonograma, el Abogado General manifestó que el acto de *samplear* es una infracción al derecho mencionado del productor fonográfico puesto que el hecho de extraer un fragmento del fonograma para refijarlo en otro es una reproducción parcial del fonograma primigenio. Al interpretar ello, el Abogado General rechaza la argumentación que se basa en la existencia de un alcance *de minimis* que debe ser respetado para que el *sample* constituya una reproducción lícita de obras autorales o fonogramas. A pesar que la reproducción de pequeños extractos de obras protegidas puede constituir una infracción al derecho de autor, según el Abogado General, es innegable que dicha extracción implica la copia de una creación intelectual del autor. En este mismo sentido, incluso los extractos extremadamente cortos que no cuentan con autorización, constituyen una infracción debido a la razón de la protección del artículo 2 literal c) de la Directiva de la Sociedad de la Información – se protege la inversión organizativa y financiera del productor fonográfico (Jütte & Quintais, 2019).

Con respecto a la aplicabilidad de excepciones o limitaciones a los derechos de autor, el Abogado General afirmó que los Estados Miembros no tienen la potestad de mantener sus reglas de excepciones o limitaciones de Derecho de Autor sujetas a una interpretación abierta que va más allá del alcance del artículo 5 de la Directiva de la Sociedad de la Información (lista taxativa de excepciones y limitaciones aplicables al Derecho de Autor). De acuerdo con su perspectiva, las normas nacionales que permiten utilizations de materias protegidas por el Derecho de Autor sin autorización del titular

correspondiente fuera de los límites establecidos por las excepciones taxativas y los derechos exclusivos reconocidos en la Directiva de la Sociedad de la Información amenazan la efectividad de la armonización del Derecho de Autor a nivel de la Unión Europea. En dicho sentido, la excepción de uso libre de la Ley Alemana, prevista en el artículo 24²⁶, solo puede aplicarse en concordancia con la normativa de la Unión Europea. Si dicha excepción fuera capaz de admitir el *sampling*, excedería el alcance de las excepciones taxativas y sería incompatible con la normativa actual (Jütte & Quintais, 2019).

Ahora, con relación a la excepción de uso de cita prevista en el tercer inciso 3, letra d) del artículo 5 de la Directiva de la Sociedad de la Información, ésta podría aplicarse en principio al *sampling*. Para que una cita califique bajo la excepción de la norma señalada, deberá cumplir con ciertas condiciones: [la cita] deberá entrar en algún tipo de diálogo con la obra señalada; deberá ser distinguible del resto de la nueva obra como un ‘elemento foráneo’; y deberá indicar la fuente de donde fue extraída. Estas condiciones, según el Abogado General, no fueron cumplidas en el caso *Kraftwerk*, porque no hubo interacción con la obra *sampleada*, en parte debido al hecho que, en general, los *samples* son a menudo irreconocibles (Jütte & Quintais, 2019).

Finalmente, sobre el impacto de los derechos fundamentales como límites externos al alcance de los derechos de autor, el Abogado General rechazó expresa y tajantemente la posición de la Corte Constitucional: El *sampling* no puede ser, en ningún caso, permitido sin previa autorización del titular del derecho correspondiente. El ‘balance justo’ entre los derechos de libertad artística del usuario con relación a la utilización de un fonograma y el derecho de propiedad intelectual del productor fonográfico no exige que la actividad de *samplear* constituya un supuesto que encaje dentro de la excepción de uso libre. En otras palabras, el requerimiento de obtener una

²⁶ Artículo 24.- Uso libre

(1) Una obra independiente creada mediante el uso libre de la obra de otra persona puede ser publicada y explotada sin el consentimiento del autor de la obra utilizada.

(2) El párrafo (1) no se aplicará al uso de una obra musical cuando una melodía se haya tomado prestada de manera reconocible de la obra y se haya utilizado como base para una nueva obra.

autorización para *samplear* un fonograma no es una limitación injustificada para el derecho de libertad artística, dado que este último no garantiza el libre e ilimitado acceso al material artístico preexistente para su libre uso (Jütte & Quintais, 2019).

Ahora que contamos con ambas posiciones, tanto a favor como en contra de la libertad artística, podemos pasar al dictamen emitido por el TJUE sobre la consulta de cuestión prejudicial en el caso *Kraftwerk*.

2.7.3 Dictamen de Cuestión Prejudicial del TJUE en *Kraftwerk*

El TJUE afirmó, en primer lugar, que el productor fonográfico tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción total o parcial de sus fonogramas. Consecuentemente, la reproducción realizada por el usuario a través de un *sample* tomado de un fonograma preexistente, incluso si fuera cortísima, en principio, deberá considerarse una reproducción ‘parcial’ de dicho fonograma, y por ende, dicha reproducción recae en la esfera jurídico-exclusiva del productor fonográfico (Cuestión Prejudicial N° C-476/17, 2019).

No obstante ello, el TJUE acotó que, cuando un usuario, en ejercicio de su libertad de las artes, extrae una *sample* de un fonograma a fin de refijarlo, de manera modificada e irreconocible para el oído en otro fonograma, dicha actividad no es una reproducción propiamente dicha. En ese contexto, el TJUE subrayó que considerar semejante uso de un *sample* de un fonograma como una reproducción sujeta a la autorización de un productor fonográfico estaría contrariando, particularmente, la exigencia de establecer un ‘balance justo’ entre, por un lado, los intereses de los titulares de los derechos de autor y conexos con respecto a la protección de su propiedad intelectual garantizados por la Carta y; por otro lado, la protección de los intereses y derechos fundamentales de los usuarios de dicha materia protegida, la cual está amparada por la libertad de las artes, también enmarcadas dentro de la Carta, así como el interés público (Cuestión Prejudicial N° C-476/17, 2019).

El TJUE también consideró que las excepciones y limitaciones (del artículo 5 de la Directiva de la Sociedad de la Información) a los derechos de los titulares otorgados

por la legislación de la Unión Europea ya reflejan el hecho que dicha normatividad ha tomado en cuenta los intereses de los productores fonográficos y usuarios de dicha materia protegida y el interés público. Además, aquellas excepciones y limitaciones fueron determinadas exhaustivamente a fin de asegurar un funcionamiento apropiado del mercado interno de los derechos de autor y derechos conexos. En consecuencia, el hecho que la legislación alemana, a pesar de que las excepciones y limitaciones anteriormente mencionadas están enmarcadas en una lista *numerus clausus*, prescriba una excepción o limitación (artículo 24 de la Ley Alemana) no contemplada por la legislación de la Unión Europea, permitiendo que una obra sea creada en base al uso libre de una obra preexistente sin que el usuario cuente con la autorización del titular de dicha obra primigenia, en principio, está disconforme con la normatividad de la Unión Europea (Cuestión Prejudicial N° C-476/17, 2019).

Con respecto a las excepciones y limitaciones de los titulares de los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública de fonogramas, el TJUE dispuso que el uso de un *sample* tomado de un fonograma que permite la identificación de dicho fonograma puede, sujeto a ciertas condiciones, constituir una cita; en particular, siempre y cuando el uso del *sample* tiene por objeto entablar un ‘diálogo’ con el fonograma en cuestión. Sin embargo, si el *sample* no permite identificar al fonograma, entonces, no es una cita (Cuestión Prejudicial N° C-476/17, 2019).

Por último, el TJUE destacó que, donde la acción de los Estados Miembros no está enteramente regulada por la legislación de la Unión Europea, los Estados Miembros pueden, en concordancia con la normatividad de la Unión Europea, aplicar estándares nacionales para salvaguardar los derechos fundamentales, siempre y cuando, dicha aplicación de los derechos fundamentales no comprometa el nivel de protección establecida por la Carta. No obstante ello, la legislación de la materia relacionada al derecho exclusivo de reproducción del productor fonográfico ha sido objeto de armonización total de tal manera que dichos estándares nacionales, a este respecto, son inaplicables (Cuestión Prejudicial N° C-476/17, 2019).

2.7.4 Directiva UE 2019/790 y la excepción de pastiche: hacia el ‘balance justo’

Dado que el fondo del asunto del caso *Kraftwerk* siempre versó sobre la ponderación entre los derechos de protección de la propiedad intelectual y la libertad artística, cuya solución implicaba necesariamente priorizar, o bien, el derecho exclusivo de reproducción del productor fonográfico respecto de su fonograma, o, la libertad artística del autor musical que *samplea* un extracto de un fonograma preexistente, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Se llegó, en efecto, a establecer siquiera un indicio de ‘balance justo’ mediante el dictamen emitido por el TJUE en relación al caso *Kraftwerk*?

Consideramos que no. Y la razón es sencilla: Porque, amparándonos en la posición de la Sociedad Europea de Derecho de Autor, no se puede llegar a establecer un ‘balance justo’ entre los intereses de los productores fonográficos y de los autores- usuarios mediante la aplicación de una norma que *a priori* identifica al *sampling* como una infracción al derecho exclusivo de reproducción del productor fonográfico sobre su fonograma.

En ese sentido, el TJUE al señalar que “la legislación de la materia relacionada al derecho exclusivo de reproducción del productor fonográfico ha sido objeto de armonización total de tal manera que dichos estándares nacionales (de salvaguarda de derechos fundamentales), a este respecto, son inaplicables”, incurrió en un gravísimo error de impedir toda clase de posibilidad de interpretación distinta a aquella que favorece al derecho exclusivo de reproducción del productor fonográfico respecto de su fonograma, en claro y manifiesto detrimento del derecho fundamental de libertad artística del autor musical que pretende *samplear* un fonograma preexistente.

No obstante ello, e incluso unos meses antes de la fecha de emisión de la Cuestión Prejudicial N° C-476/17 correspondiente al caso *Kraftwerk* (29 de julio de 2019), el 17 de abril del mismo año la Unión Europea, mediante su Parlamento y Consejo, estableció la Directiva UE 2019/790, sobre Derecho de Autor en el Mercado Único Digital, a fin de actualizar y modernizar la legislación autoral, hábida cuenta del creciente e incesante uso digital transfronterizo de obras protegidas.

Al respecto, para fines del presente trabajo, es menester resaltar una de las disposiciones novedosas de la Directiva UE 2019/790 que consideramos brinda cierto

destel o de luz hacia el establecimiento de un ‘balance justo’ entre los intereses de los productores fonográficos y el de los autores-usuarios de fonogramas musicales: el artículo 17(7) de la respectiva Directiva.

El artículo 17(7) de la Directiva UE 2019/790 prescribe lo siguiente:

La cooperación entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos no dará lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines, también cuando a dichas obras o prestaciones se les aplique una excepción o limitación. Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea:

- a) citas, críticas, reseñas;
 - b) usos a efectos de caricatura, parodia o *pastiche* [cursivas añadidas].
- (Directiva UE 2019/790).

El Considerando 70 de la Directiva UE 2019/790 sustenta el artículo invocado anteriormente en los siguientes términos:

Las medidas tomadas por los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea en cooperación con los titulares de derechos deben serlo sin perjuicio de la aplicación de las excepciones y limitaciones de los derechos de autor, incluyendo en particular aquellas que garantizan la libertad de expresión de los usuarios. Debe permitirse que los usuarios carguen y pongan a disposición contenidos generados por los usuarios para fines específicos de cita, crítica, examen, caricatura, parodia o *pastiche*. *Ello es particularmente importante a los efectos de lograr un equilibrio entre los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), en particular la libertad de expresión y la libertad artística, y el*

derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual [cursivas añadidas]. Esas excepciones y limitaciones deben por lo tanto ser obligatorias a fin de garantizar que los usuarios reciban una protección uniforme en toda la Unión. Es importante garantizar que los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea ofrezcan un mecanismo eficaz de reclamación y recurso que respalde el uso para tales fines específicos. (Directiva UE 2019/790).

Sobre la base de las normas citadas, la interrogante que naturalmente surge es la siguiente: ¿Qué significa ‘pastiche’? Al respecto, por un lado, traemos a colación la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

Pastiche

Del fr. *pastiche*.

1. m. Imitación o plagio que consiste en *tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente* [cursivas añadidas].

Por otro lado, también conviene tener presente las acepciones propuestas por *Word Reference*:

Pastiche

1. m. Plagio que consiste en *tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista o de las de varios y combinarlos de forma que parezcan una creación original* [cursivas añadidas].

2. Mezcla desordenada, mezclanza.

Así pues, sumando ambas definiciones rescatadas, la palabra ‘pastiche’ alude a la utilización de ciertos elementos de una o varias obras artísticas cuya combinación de los mismos genera la impresión o apariencia de que se está creando una nueva obra artística original e independiente.

En este marco, por último, resaltamos lo señalado por la Red de Bibliotecas Universitarias Españolas REBIUN (2020), al desarrollar que el artículo 17(7) de la

Directiva UE 2019/790 establece una norma imperativa que obliga a los Estados miembro a tutelar las creaciones artísticas que toman la forma de un ‘pastiche’ o, como hemos visto en el capítulo anterior, los *mashups*, y como veremos más adelante, el *remix*. Todas estas modalidades de creación creativa, no se refieren sino a creaciones transformativas que inherentemente implican la reutilización de material artístico preexistente cuyo ensamblaje o reciclaje está destinado al nacimiento de una nueva obra de arte (p. 19).

Por lo tanto, consideramos que la normativa de la Unión Europea más reciente en materia autoral, es decir, el artículo 17(7) de la Directiva UE 2019/790, establece un claro indicio o intención de establecimiento de un ‘balance justo’ entre la protección de la propiedad intelectual y la libertad artística; específicamente, con relación al derecho conexo de reproducción del productor fonográfico respecto de su fonograma y la libertad artística de *samplear* dicho fonograma por parte de una persona natural que pretende crear una nueva obra musical sobre la base de la reutilización de ese extracto fonográfico – lo que sucedió en el caso *Kraftwerk*. El acto artístico de *samplear* un fonograma para luego refijar ese extracto sonoro en otra grabación musical queda subsumido en la definición de la palabra ‘pastiche’, con lo cual, quedaría amparada la práctica del *sampling*, al menos bajo el paraguas legal de excepción a la protección de los derechos autorales y conexos. Y eso, es establecer una vía para llegar al destino final del ansiado ‘balance justo’, habida cuenta que los Estados miembro tuvieron hasta el 7 de junio del 2021 para incorporar la norma en su legislación nacional.

2.8 Francia: Derechos y obras protegibles por el Código de Propiedad Intelectual (‘CPI’)

Conforme hemos estado estudiando las legislaciones de los países anteriores de España y Alemania, en materia de Derecho de Autor, Francia, no es ajeno a dicho sistema jurídico de protección autoral.

En Francia, la legislación especial de Derecho de Autor está normada en el Código de Propiedad Intelectual del 30 de junio de 1992²⁷ (en adelante, ‘CPI’). Conforme al artículo L111-1 de dicho cuerpo normativo, el autor de una obra del intelecto gozará sobre esa obra, por el solo hecho de su creación, de un derecho exclusivo de propiedad incorpórea que será exigible contra todas las personas. Asimismo, Este derecho incluirá atributos de naturaleza moral, así como atributos de naturaleza económica.

Los derechos de naturaleza moral son los tipificados en los artículos L121-1 (derecho de paternidad – que el autor sea reconocido como tal en la exhibición de su obra); L121-2 (derecho de divulgación – solo el autor tiene la potestad de decidir cuándo y cómo se divulgará al público su obra); L121-4 (el derecho de retirar del mercado, sin perjuicio de la cesión de derechos de explotación a favor del cesionario, su obra), etc. (Código de Propiedad Intelectual, 1992).

Los derechos de naturaleza económica están tipificados en el artículo L122-1 que prescribe que los derechos de explotación patrimonial del autor son los derechos de ejecución y reproducción. Por un lado, en el artículo L122-2 se precisa que la ejecución consistirá en la comunicación pública de la obra mediante cualquier proceso, pero en particular: recitación pública, performance lírica, performance dramática, presentación pública, proyección pública y teledifusión. Por otro lado, en el artículo L122-3 se precisa que la reproducción consistirá en la fijación física de una obra mediante cualquier proceso que permita su comunicación al público de forma indirecta. Teniendo presente ambos derechos económicos exclusivos del autor sobre su obra, el artículo L122-4 dispone que cualquier ejecución y/o o reproducción total o parcial realizada sin el consentimiento del autor o de sus sucesores en el título o cesionarios será ilegal. Lo mismo se aplicará a la traducción, adaptación o transformación, disposición o reproducción por cualquier técnica o proceso (Código de Propiedad Intelectual, 1992).

En el primer libro del CPI, se reconoce a una serie de obras protegibles por los derechos de autor propiamente dichos; entre dicha serie de obras, se encuentra la obra musical en el artículo L112-2. En el segundo libro, se reconoce a otro listado de obras

²⁷ Cuya última versión consolidada, según el sitio web de la OMPI, es del 24 de octubre del 2019.

protegibles pero solo por los derechos conexos, entre las cuales, figura la ‘primera secuencia de sonidos’ de propiedad de un productor fonográfico en el artículo L211-4. La diferencia fundamental entre la protección de obras por el derecho de autor propiamente dicho y las amparadas por derechos conexos es que las primeras gozan de tanto derechos morales como patrimoniales; en cambio, las segundas, solo de derechos patrimoniales. Sin embargo, cabe resaltar que para la ejecución o reproducción públicas de un fonograma por parte de un tercero, éste también deberá contar con la autorización del titular sobre el fonograma para utilizarla comercialmente (Código de Propiedad Intelectual, 1992).

2.8.1 Subsunción del DJ Set como obra compuesta según el CPI y la jurisprudencia francesa

Un pequeño desarrollo técnico es esencial primero. Llamamos a mezclar [el acto por el cual un disyóquey yuxtapone o solapa dos obras musicales] una secuencia [cuyo final constituye el DJ Set en su integridad] de varios temas musicales sin interrupción: el final de una pieza musical se fusiona con el comienzo de otra para garantizar una transición gradual y sin solución de continuidad, que implica un ajuste de tempo [de las obras musicales] (Véron, 2012, párr. 2).

En este sentido, legalmente, el set de un disyóquey se analiza como una obra compuesta en el sentido del artículo L.113-2 del CPI (Véron, 2012, párr. 3). La obra compuesta es ‘aquella obra en la que se incorpora una preexistente sin la colaboración del autor de esta última’. La jurisprudencia francesa, específicamente, el Tribunal de *Grand Instance* de París, mediante sentencia de 23 de setiembre de 1992, señaló que ‘hay una obra compuesta tan pronto se utilizan elementos prestados de una obra protegida por la ley derechos de autor’ (Bruch, 2010, párr. 25). La Corte de Apelaciones de París, también se ha pronunciado al respecto, determinando, mediante sentencia de fecha 22 de octubre de 2004 en el caso Marc Cerrone, Alain Wisniak y otros, que el DJ Set es la secuencia de obras preexistente grabadas en su totalidad (Bruch, 2010, párr. 18).

Así, sobre la base legislativa y jurisprudencial, la obra compuesta es propiedad del autor que la produjo, sujeto a los derechos del autor de la obra preexistente y más particularmente a sus derechos morales (Véron, 2012, párr. 6).

Y dado que la obra compuesta incorpora una obra preexistente, la autorización del autor de la obra primigenia es necesaria para que dicha sea incluida en la obra compuesta, salvo que la obra preexistente haya caído en la esfera del dominio público (Véron, 2012, párrs. 4-5).

En consecuencia, el autor de la obra compuesta tiene derechos de autor (derecho de reproducción en particular), pero solo puede explotarla con la autorización del autor de la obra primigenia que a menudo pedirá ser remunerado justamente por la inclusión de su obra en la nueva (Véron, 2012, párr. 7).

2.9 El reconocimiento de la labor creativa del DJ por la SACEM

Sobre el entendido que la actividad del DJ consiste en seleccionar obras musicales que se comunican públicamente en una discoteca, Díez Alfonso (2012) explica que “en Francia la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual – SACEM²⁸ – habilita desde 1997 la recaudación en favor de los disc-jockeys” (p. 14).

En este sentido, asevera que “se contempla la remuneración de derechos de propiedad intelectual a los disc-jockeys desde el año 1997 por el concepto de mezclas de obras preexistentes creadas por terceros autores” (Díez Alfonso, 2012, p. 19).

A pesar que no existe ninguna disposición normativa en el CPI que reconoce de manera expresa dicha remuneración, la SACEM realiza la distribución de los derechos mencionados de acuerdo a la *Décision N° 97-31 du Bureau du Conseil d'Administration du 24 Avril 1997* (en adelante, la ‘Decisión’) en razón de la comunicación y reproducción

²⁸ Es la *Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique* (Sociedad de Autores, Compositores y Editores de Música) de Francia.

públicas de las obras musicales que los disc-jockeys utilizan al momento de realizar sus sets (Díez Alfonso, 2012, p. 19).

Por lo tanto:

En la práctica, en el país galo no sólo no se pone en duda la condición de autor musical del disc-jockey, sino que, además, se reconoce su labor creativa a través de una remuneración económica en concepto de derechos de autor. (Díez Alfonso, 2012, p. 19).

No obstante, este reconocimiento administrativo por parte de SACEM, los disyóqueys de música electrónica, como cualquier otro tipo de músico, no se sienten reconocidos y quieren ser considerados como creadores cuando ejecutan un DJ Set en vivo. Cuando utilizan obras preexistentes, quieren ser considerados remezcladores, un status parecido al de un arreglista de música *jazz*. Sin embargo, el status de disyóquey autoral, que fue reconocido meramente en papel por la SACEM en 1997, permanece sin reconocimiento en el ámbito musical y ha caído en desuso. En todo caso, los disyóqueis buscan mantener su actividad artística mediante un status adaptado o adaptable. Ellos exigen que se haga una distinción entre aquellos DJs cuyas actividades solo dependen de la selección y secuencia de obras de terceros; y los que, además de ello, crean sus propias obras musicales. La aportación artística de los disc-jockeys creadores va más allá de la mera selección de obras musicales en cualquier formato, digital (MP3/WAV) o físico (vinilo); dichos DJs enriquecen esta premisa creativa con transformaciones artísticas únicas, al tener la habilidad de mezclar y modificar varias piezas musicales al mismo tiempo, pero también al agregar sus propias creaciones o incluso solo tocar sus propias obras musicales. A pesar que dependen de máquinas y tecnología digital, los artistas de música electrónica son como cualquier otro compositor y exigen que su status sea reconocido de manera definitiva, y con mayor razón hoy en día debido a esta era casi completamente digital (Braun & Pellerin, 2016).

2.9.1 El mecanismo de distribución de derechos de autor por SACEM en virtud de la comunicación pública de DJ Sets

Lo interesante de la Decisión de SACEM en relación al reconocimiento de los disyos queis por su labor creativa y la correspondiente remuneración es el mecanismo de distribución: en razón, como ya hemos mencionado, de la actuación pública del DJ en un recinto, local, bar, discoteca, etc., a este último le corresponde “un doceavo (1/12) de los derechos percibidos por la SACEM en cada acto de recaudación, correspondiendo los once doceavos (11/12) restantes a los titulares de derechos de las obras utilizadas por el pinchadiscos” (Díez Alfonso, 2012, p. 19).

Antes del año 2018, dicha remuneración estaba sujeta a una condición: el DJ tenía que entregar a la sociedad de gestión colectiva un listado en el cual señalara cuáles fueron las obras musicales que había pinchado en su actuación para constituirse en beneficiario pecuniario. Hoy en día, gracias a los avances tecnológicos, la SACEM tiene un acuerdo con Dj Monitor²⁹ – una empresa dedicada al rubro de tecnologías de reconocimiento musical – que permite la identificación y determinación de obras musicales reproducidas en actuaciones públicas y conciertos de todo tipo de música (Braun & Pellerin, 2016).

Es más, según un video en YouTube³⁰, se trata del aparato conocido con el nombre de Dj Monitor *Sacem Box* (en adelante, ‘*Sacem Box*’): aquel dispositivo de tecnología de vanguardia y revolucionario que está cambiando la forma cómo las regalías están siendo recaudadas y distribuidas a los autores y compositores de las obras musicales reproducidas en todo evento musical. Esto significa que los organizadores y promotores de fiestas ya no necesitan pedir, conseguir y/o perseguir la lista de las canciones que un disyóquey tocó en una noche en particular, y tampoco están obligados a presentar una declaración a SACEM sobre dicha relación de obras musicales. El *Sacem Box* captura las señales de audio emitidas por el sistema de sonido del lugar donde se lleva a cabo la

²⁹ DJ Monitor es una de las empresas líderes del mercado en la identificación de obras musicales electrónicas. Tiene una base de datos de más de 46 millones de títulos y utiliza tecnología de huellas digitales de audio para identificar las obras musicales. Para rastrearlos, DJ Monitor combina equipos de grabación de alta calidad con algoritmos avanzados y en constante evolución. La tecnología permite mejorar la precisión de la identificación de los títulos tocados en vivo en clubes y conciertos, incluso cuando la música es remezclada o *sampleada*.

³⁰ Titulado *Sacem is committing to Electronic Music clubs and festivals monitoring*.

actuación y automáticamente registra las obras musicales que son reconocidas por la base de datos de más de 46 millones de títulos.

2.10 Sanciones penales y responsabilidad civil por subir un DJ Set a la web (*podcast*)

El *podcast* es la fijación de contenido en un archivo digital de audio y su distribución en Internet. En este caso específico, constituye una modalidad de explotación de la obra compuesta que es el DJ Set. Antes de cualquier uso del DJ Set, se debe obtener la autorización previa de los autores de las obras preexistentes (Jazani, 2014, párr. 5).

En este sentido, la fijación del DJ Set en Internet se considera una reproducción con fines de explotación pública: es simplemente una explotación de la grabación del DJ Set [fijada en un archivo digital de audio]. Para subir el DJ Set a la web, primero, se debe obtener la autorización de los titulares de los fonogramas de las obras preexistentes empleadas en el DJ Set por el *disc-jockey* (procedimiento denominado ‘autorización’) (Jazani, 2014, párr. 6).

Con respecto a las sanciones penales, en general, la infracción a los derechos del autor está penalizada por las disposiciones de los artículos L. 335-2 y L. 335-3 del CPI que, en particular, prevén penas de hasta tres años de prisión y una multa de € 300,000 (trescientos mil euros) para individuos y puede llegar a €1, 500,000 (un millón quinientos mil euros) para personas jurídicas (empresas o asociaciones). En caso de reincidencia, las sanciones se duplican (Jazani, 2014, párr. 7).

Además, es menester recalcar que cuando el delito se comete mediante el uso de un servicio de comunicación pública en línea, los culpables de los delitos establecidos en los artículos L. 335-2, L. 335-3 y L. 335-4 del CPI pueden ser condenados a la pena de suspensión del acceso a un servicio de comunicación al público en línea por un período máximo de un año, acompañado de la prohibición de contratar durante el mismo período otro servicio de la misma naturaleza con cualquier operador (Jazani, 2014, párr. 8).

Con respecto a la responsabilidad civil, se podría ordenar al DJ infractor que pague daños y perjuicios, de conformidad con el artículo L. 331-1-3 del CPI. En la

práctica, el autor insatisfecho de un DJ Set que contiene una obra musical de su autoría puede exigir el retiro del mismo de la Internet; y a la vez, solicitar compensación al sitio de Internet que subió el DJ Set a su plataforma. Por lo tanto, el operador del sitio de Internet está obligado no solo a retirar el DJ Set de su plataforma sino también a compensar al autor mediante un acuerdo transaccional (Jazani, 2014, párr. 9).

2.11 Conclusiones del capítulo II

1. En España, el DJ Set es interpretado como una obra compilatoria, de acuerdo al despliegue creativo que realiza el DJ al momento de seleccionar las diversas obras musicales, así como disponer de las mismas, conforme al TRLPI.
2. Incluso, se manifiesta que dentro del DJ Set, surgen obras derivadas producto de las yuxtaposiciones o puentes de enlazamiento que genera la persona del DJ al momento de unir, combinar o mezclar dos (02) o más obras musicales simultáneamente, sin solución de continuidad.
3. Se argumenta *a fortiori* en comparación al popurrí, que el DJ Set merece protección vía derechos de autor, puesto que el primero prescinde de los entrelazamientos idóneos entre una obra musical y otra, dotándole mayor altura creativa a la labor artística realizada por el DJ.
4. En Alemania, el caso *Kraftwerk* constituye una fuente jurisprudencial desfavorable para la continuidad de la técnica del *sampling* como método de creación musical y manifestación del ejercicio de la libertad de creación artística y acceso a la cultura.
5. Sin embargo, la promulgación de la Directiva UE 2019/790 del 17 de abril del 2019, constituye un indicio hacia el establecimiento de un ‘balance justo’ entre la protección de la propiedad intelectual y la libertad artística al prescribir la excepción de pastiche de inclusión obligatoria en las legislaciones nacionales de los Estados miembro.
6. En Francia, se subsume al DJ Set dentro de la figura contemplada en el CPI ‘obra compuesta’. Sin embargo, no es susceptible de explotación libre de parte

del DJ sin previamente contar con las autorizaciones de los titulares de las obras utilizadas en el DJ Set.



CAPÍTULO III: EL ENCUADRAMIENTO JURÍDICO DEL DJ SET EN EL DERECHO DE AUTOR PERUANO

En base al estudio de los distintos regímenes de *copyright* y derecho de autor a nivel internacional, de EE.UU, Australia, Reino Unido; y de España, Alemania y Francia, respectivamente, podemos dar por concluido el análisis de Derecho Comparado en la materia y entrar, con una base sólida, a nuestro ordenamiento jurídico autoral.

3.1 Decreto Legislativo 822° – Ley sobre el Derecho de Autor

El Decreto Legislativo 822° – Ley sobre el Derecho de Autor (en adelante, nuestra ‘Ley’), promulgada el 24 de abril de 1996, es nuestra norma principal en materia de Derecho de Autor. Su fundamento lo encontramos en nuestra Constitución Política de 1993, específicamente en “el inciso 8 [del artículo 2 que] reconoce el derecho de toda persona ‘a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto’” (Kresalja, 2014, pp. 147-148).

Asimismo, es menester recalcar que la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, la ‘Declaración’) reconoció el carácter de derecho humano al Derecho de Autor, el cual, a su vez, se encuentra limitado (pues ningún derecho es absoluto) por razones de interés social, como lo es el acceso a la cultura. En ese sentido, como bien acota Kresalja (2014), en el artículo 27 de la Declaración³¹ “se reconocen las prerrogativas que tiene la sociedad para disfrutar libremente de las creaciones intelectuales, prerrogativas que no pueden ser desconocidas por la legislación interna de cada país” (p. 148). En el caso de nuestra Ley, ésta no puede desconocer que su normativa

³¹ Artículo 27.-

Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

debe no solo proteger a los titulares de los derechos de autor mediante el otorgamiento de derechos patrimoniales exclusivos sobre sus creaciones intelectuales, sino también, garantizar que la sociedad se vea beneficiada a través de ciertas excepciones que permitan el uso y la difusión libres de las obras que son objeto de protección por parte del Derecho de Autor.

Sobre esta base constitucional, y sin desconsiderar el fundamento social del Derecho de Autor, el artículo 3 de nuestra Ley dispone que la protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad (Decreto Legislativo N° 822, 1996). En dicho sentido Pacón (2003) aclara lo siguiente conforme al artículo 2 de nuestra Ley: “El objeto del derecho de autor es la obra inmaterial. Se entiende por obra ‘toda creación intelectual *original* [cursivas añadidas] de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma” (p. 303).

Conforme podemos apreciar, no es sorpresa que solo aquellas obras intelectuales originales son susceptibles de protección por parte de nuestra legislación. El criterio de originalidad como requisito *sine qua non* para la protección de obras según el *copyright* anglosajón o el Derecho de Autor de Europa continental, como hemos estudiado en los capítulos anteriores, es universalmente aceptado. Dicho esto, Cavero Saфра (2015) se pronuncia sobre la relevancia jurídica de este concepto en los siguientes términos: “la comprensión y delimitación del concepto ‘originalidad’ en el Derecho de Autor es de LA MAYOR importancia. La existencia de originalidad, o su ausencia, determina la existencia o ausencia de protección” (p. 114).

3.2 El concepto de originalidad como requisito de protegibilidad para las creaciones intelectuales en el Derecho de Autor peruano

La originalidad constituye el requisito indispensable que toda creación intelectual del ingenio humano debe cumplir para que sea protegible por el Derecho de Autor. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿qué es la originalidad? En un segundo intento de desentrañar su significado lingüístico, nos remitimos nuevamente al Diccionario de la Lengua Española, el cual admite varias acepciones para el término:

Original.

Del lat. *originālis*.

1. adj. Perteneciente o relativo al origen.
2. adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: *Que resulta de la inventiva de su autor* [cursivas añadidas]. Escritura, cuadro original. U. t. c. s. m. El original de una escritura, de una estatua.
3. adj. Dicho de cualquier objeto: Que ha servido como modelo para hacer otro u otros iguales a él. Llave original.
4. adj. Dicho de una pieza integrante de un aparato: Que procede de la misma fábrica donde este se construyó.
5. adj. Dicho de la lengua de una obra escrita o de una película: Que no es una traducción. La película se proyecta en su lengua original.
6. adj. Que tiene, en sí o en sus obras o comportamiento, carácter de novedad. Un peinado original. Apl. a pers., u. t. c. s. Es un original.
7. m. Objeto, frecuentemente artístico, que sirve de modelo para hacer otro u otros iguales a él.
8. m. Escrito que sirve de modelo para sacar de él una copia.
9. m. Persona retratada, respecto del retrato.

De acuerdo a las acepciones expuestas, notamos que una de sus definiciones alude al criterio de inventiva; específicamente, que el objeto u obra original es el resultado del esfuerzo intelectual de una persona determinada y que ha tomado una forma aprehensible por los sentidos (Chávez Gutiérrez, 2014). Además, también podemos observar que, conforme señala Maraví Contreras (2010): “su acepción más usada es la relativa a la de

‘primero’ o ‘primigenio’. Dada esta definición, no es extraño que una de las teorías sobre la originalidad propugne que se utilice un criterio de novedad” (p. 17).

A continuación, analizaremos las distintas teorías recogidas por la doctrina peruana que intentan definir el requisito *sine qua non* de la originalidad que toda obra del ser humano debe revestir para calificar como obra protegible por el Derecho de Autor.

3.2.1 Las teorías de originalidad recogidas por la doctrina peruana: originalidad objetiva, subjetiva e intermedia

3.2.1.1 La originalidad objetiva

Esta teoría defiende que la originalidad de una obra debe determinarse en razón de un análisis de novedad, a fin de establecer si la creación intelectual es o no original; es decir, una obra será protegible por el Derecho de Autor siempre y cuando sea novedosa en relación a las demás obras de su misma naturaleza (Maraví Contreras, 2010).

Bajo el criterio de novedad, esta teoría tiene dos (2) vertientes: la novedad absoluta y relativa. Con respecto a la primera, dicha vertiente es clara en afirmar que el otorgamiento de protección por parte del Derecho de Autor a una obra determinada se dará siempre y cuando sea absolutamente original, en el sentido que no debe preexistir ninguna creación intelectual igual a la obra en cuestión. Sin embargo, la falla de la novedad absoluta es que toma prestado el criterio de determinación de protección para las obras del ingenio humano de otra área de la Propiedad Intelectual: el Derecho de Patentes. Y en razón de esto último, dicha vertiente restringe excesivamente la cantidad de obras protegibles y la posibilidad de los creadores de obtener protección, puesto que, “el Derecho de Autor tiene, como uno de sus objetivos, el fomentar el desarrollo cultural mediante los derechos de explotación que se otorgan sobre la obra y, al ser más restrictivo este criterio, este objetivo no se cumple” (Maraví Contreras, 2010, p. 19).

Por otro lado, de acuerdo con la segunda vertiente, la novedad relativa, *será suficiente que el autor haya reestructurado, recontextualizado o reorganizado algunos elementos preexistentes de una obra conocida para crear una nueva obra* [cursivas

añadidas], como puede ser una obra derivada o colección de obras (Maraví Contreras, 2010). En base a ello, para fines del presente trabajo, es menester traer a colación lo dispuesto por Miguel Ángel Emery, en un caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina (Sala A, 31/10/89, EWD, 136-153):

El autor de una obra de ordinario trabaja con elementos pre constituidos, [cursivas añadidas] pues la mente humana no crea sino combina [cursivas añadidas] de un modo distinto y novedoso, imágenes intelectuales o sensibles ya existentes. [...] el hombre nada crea, puesto que carece de poder de suscitar cualquier cosa de la nada. Pero en sentido analógico, el hombre crea cuando innova en lo existente, en el modo de ser de las cosas, agregando una cualidad novedosa en ellas, algo que estaba desde luego en potencia pero no se había manifestado todavía [...] [cursivas añadidas]. (Como se citó en Chávez Gutiérrez, 2014, p. 602).

3.2.1.2 La originalidad subjetiva

Esta teoría propone que una obra será protegible por el Derecho de Autor siempre y cuando logre evidenciar la impronta, personalidad o individualidad de su autor. En este sentido, una de las defensoras de dicha teoría es Delia Lipszyc, quien en el año 1993, en su libro titulado ‘Derecho de autor y derechos conexos’, definió el concepto de originalidad en los siguientes términos: [La originalidad es] “*la expresión –o forma representativa– creativa e individualizada de la obra por mínimas que sean esa expresión y esa individualidad*” [cursivas añadidas] (Lipszyc, 1993, p. 65).

Para ilustrar un supuesto de hecho protegible por esta teoría, traemos a colación el ejemplo esbozado por Maraví Contreras (2010):

De este modo, bajo la teoría de la originalidad subjetiva, dos personas podrían, independientemente realizar la traducción del mismo libro pero, como por cada palabra en un idioma, usualmente existe más de una palabra equivalente en otro idioma, *ambas traducciones tendrían diferencias que se explicarían en la selección aplicada por los*

traductores, [cursivas añadidas] es decir por qué a su criterio pensó o sintió que una palabra era mejor que la otra para traducir el mensaje del autor del libro. (p. 21).

De hecho, la originalidad subjetiva es la teoría acogida por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el 'Indecopi'), mediante Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI del 23 de marzo de 1998, la cual, constituye nuestro precedente de observancia obligatoria en materia de Derecho de Autor para determinar la originalidad, y por ende, la protegibilidad, de una obra.

En este sentido, en el segundo extremo de la Resolución 286-1998-TPI-INDECOPI (en adelante, el 'Precedente de Observancia Obligatoria') se estableció lo siguiente:

Que la presente Resolución constituye precedente de observancia obligatoria en cuanto al requisito de originalidad contenido en el artículo 3 de la Decisión [Andina] 351 concordado con el artículo 2 del Decreto Legislativo 822, en el sentido que:

Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sea esa creación y esa individualidad [cursivas añadidas]. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad. (Resolución N° 286, 1998).

Como podemos evidenciar, el Indecopi se adhirió a la teoría de la originalidad subjetiva mediante un *copy-paste* de las ideas de Delia Lipszyc, que cinco años anteriores al establecimiento del Precedente de Observancia Obligatoria sustentó el contenido de dicha teoría con las mismas palabras escritas en el segundo extremo de la parte resolutive del Precedente de Observancia Obligatoria: “debe entenderse por originalidad de la obra la expresión o forma representativa creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sea esa creación y esa individualidad”. Es decir, el Indecopi no profundizó más en los alcances de la originalidad subjetiva, dejando su desarrollo incompleto –puesto que

no explicó qué se debe entender por los términos ‘creatividad’ e ‘individualidad’– y se basó literalmente en lo manifestado por Delia Lipszyc.

Y es en esta línea de crítica que Juan Pablo Schiantarelli comenta sobre la insuficiencia conceptual del Precedente de Observancia Obligatoria del Indecopi:

En este sentido, el Precedente no desarrolla los criterios de ‘creatividad’ e ‘individualidad’ que debe reunir una obra; asimismo, tampoco precisa qué implica que una obra exprese la impronta personal del autor, por lo que claramente dichos conceptos deben ser desarrollados a nivel jurisprudencial.

No planteamos que se desarrolle un concepto de originalidad por cada modalidad de obra, sino que *se establezcan criterios que permitan apreciar la personalidad del autor en atención a la obra y que permitan aclarar conceptos como ‘creatividad’, ‘individualidad’ e ‘impronta del autor’ que no han sido desarrollados en el Precedente* [cursivas añadidas]. Lo anterior toma especial relevancia si se considera que cada obra tiene naturaleza distinta y, por lo tanto, *la aplicación del concepto de originalidad deber [sic] entendido en forma matizada considerando el tipo de obra* [cursivas añadidas]. (Indecopi, 2014, pp. 74-75).

Las principales fallas de esta teoría son también señaladas por Maraví Contreras (2010) en dos sentidos: el primer defecto se basa en que, como las creaciones intelectuales solo son humanas, todas van a reflejar en mayor o menor grado la personalidad de sus creadores; por lo tanto, siempre cumplirán con el requisito de originalidad y este criterio devendría en irrelevante para fines de otorgar un monopolio exclusivo a su titular. El segundo defecto se manifestaría en un efecto contrario al primero: existiría el riesgo de que se restrinja la cantidad de obras que sean susceptibles de protección si solo se consideran a las personalidades más notorias como las originales. En relación a esto último, conviene resaltar la interpretación de Juan Pablo Schiantarelli con respecto al sentido de la originalidad subjetiva delineado por el Precedente de Observancia Obligatoria: “La definición que actualmente se mantiene sobre *la noción de originalidad*

pareciera dar a entender que la misma exige que la personalidad del autor se encuentre en forma destacada en la obra” [cursivas añadidas] (Indecopi, 2014, p. 76).

En atención al párrafo anterior, queda claro entonces que el criterio elegido por el Precedente de Observancia Obligatoria, la ‘originalidad subjetiva’, resulta arbitrario y posiblemente contradictorio con los fines del Derecho de Autor al momento de evaluar la originalidad de una obra: pues bien, o se protegen a las obras que evidencian de manera manifiesta la personalidad de su autor o se protegen a casi todas las obras (salvo que sean copias exactas) porque siempre y en cierta medida se entrevé la impronta de su autor.

3.2.1.3 La originalidad intermedia o ecléctica

En tercer y último lugar contamos con la teoría de la originalidad intermedia, que acoge tanto el carácter novedoso como personalísimo de las distintas concepciones sobre la originalidad. Su principal defensor es Otero Lastres, quien postula lo siguiente:

La originalidad de una obra artística debe establecerse con una noción objetiva y subjetiva pues “es objetiva en la medida en que es una característica de la obra protegible [porque es una cuestión de hecho] y es subjetiva en la medida en que en sí misma es una consecuencia de la capacidad creadora del autor”. (Como se citó en Chávez Gutiérrez, 2014, pp. 603-604).

A pesar que esta teoría intermedia combina ambas nociones, tanto la subjetiva como la objetiva del concepto de originalidad como requisito *sine qua non* para determinar la protegibilidad de una obra por parte del Derecho de Autor, lo cierto es que no brinda criterios esclarecedores sobre el equilibrio que debería presentarse entre las nociones de novedad (es decir, cuán novedosa debería ser una obra para que se considere objetivamente original) y subjetividad (es decir, cuán remarcada debería estar la personalidad del autor en su obra para que se considere subjetivamente original).

3.3 Subsunción del DJ Set en las obras listadas en nuestra Ley

Nuestra Ley de la materia, específicamente en los artículos 5° y 6° señala – mediante una lista enunciativa o *numerus apertus* – una serie de obras protegidas por el Derecho de Autor, sean originales o derivadas. En este sentido, dicha norma reconoce expresamente la protección de las siguientes obras (hemos elegido las jurídicamente relevantes con relación al presente trabajo):

Artículo 5°. — Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes:

(...)

a) Las composiciones musicales con letra o sin ella.

(...)

l) Las antologías o *compilaciones de obras diversas* o de expresiones del folklore, y las bases de datos, *siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o disposición de su contenido* [cursivas añadidas].

(...)

Artículo 6°.— Sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre la obra originaria y de la correspondiente autorización, son *también objeto de protección como obras derivadas siempre que revistan características de originalidad* [cursivas añadidas]:

(...)

e) *Las demás transformaciones de una obra literaria o artística* [cursivas añadidas] o de expresiones del folklore. (Decreto Legislativo N° 822, 1996).

En atención a este listado abierto de obras protegidas por nuestra Ley, procederemos enseguida a encuadrar jurídicamente – dentro de estas expresiones artísticas expresamente señaladas en las normas invocadas líneas arriba – la creación intelectual por excelencia del disyóquey: el DJ Set.

3.3.1 El DJ Set como una especie de composición musical

Anteriormente, en un artículo de opinión publicado en La Ley – El Ángulo Legal de la Noticia, el autor del presente trabajo afirmó que el DJ Set era “una especie de composición musical que consiste en la presentación de un *disc jockey*, caracterizada por la mezcla sucesiva y continua de varias canciones previamente producidas durante un lapso de tiempo” (Casanova Gastelumendi, 2017, párr. 4). En los siguientes párrafos, dilucidaremos si el DJ Set efectivamente constituye una expresión artística subsumible en la figura de la composición musical conforme a la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Para comenzar a subsumir al DJ set dentro de la composición musical, primero debemos tener claro qué dice la jurisprudencia respecto de esta obra en particular. Así, conforme señala Murillo Chávez (2013):

Para la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del Indecopi [en adelante, la ‘Sala’], la obra musical comprende –todo tipo de combinación original de sonidos, con o sin palabras–. Luego, la Sala señala que los elementos constitutivos de la obra musical son:

- Melodía. “Sucesión coherente de notas (...), simple o compuesta, con independencia de su acompañamiento”.
- Armonía. “Combinación de sonidos simultáneos, diferentes pero acordes”; y
- Ritmo. “Proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente”. (p. 204).

En adición a traer a colación los elementos constitutivos de la obra musical para ser considerada como tal y por ende protegible por nuestro sistema autoral, el mismo autor recalca que “para el derecho de autor solo se puede adquirir derechos exclusivos sobre la melodía y, en ese sentido, ‘la melodía es la creación formal’ para el Indecopi” (Chávez Murillo, 2013, p. 205). En otras palabras, el único elemento de la obra musical sobre el cual puede recaer derechos de exclusiva (es decir, sobre el cual el titular de la obra musical puede ejercer su monopolio patrimonial, autorizando y/o prohibiendo su uso frente a terceros) es la melodía. En este mismo sentido se expresa Maraví Contreras (2010), al precisar el alcance de la protección por parte del Derecho de Autor peruano

otorgado a las obras o composiciones musicales: “De acuerdo a la Resolución No. 074-2000/TPI, aunque las obras musicales comprenden tres elementos: melodía, armonía y ritmo, solo se puede adquirir derechos exclusivos sobre la melodía..., que es reconocible como la sucesión coherente de notas independiente del acompañamiento” (p. 9).

Un caso relevante sobre la exclusión de protección de unos de estos elementos, específicamente del ritmo, es el resuelto por la Sala mediante Resolución N° 0657-2016/TPI-INDECOPI, en la cual, se declara infundada la denuncia interpuesta por Leslie Susanne Patten (en adelante, la ‘denunciante’) contra Unique S.A. así como las pretensiones de la denunciante. En resumen el caso versó sobre la utilización y sutil modificación de la canción ‘Conca’, – cuya coautora es la denunciante – en el spot publicitario de Unique S.A. titulado ‘UNIQUE Vóley 1’, video de apoyo a la selección femenina de vóley en vista del XVI Campeonato Mundial de Vóleibol Femenino Sub-20 del año 2011. A pesar de que hubo semejanzas entre las obras musicales controvertidas (hubo dos obras musicales de por medio, la de la denunciante, ‘Conca’; y la de Unique S.A., que se basó en el ritmo de ‘Conca’), dichas semejanzas radicaban en el ritmo “(elemento que puede ser libremente utilizado por cualquiera) y no en la estructura melódica (donde reside el *ius excludendi* en una obra musical)” (Murillo Chávez, 2017, p. 233).

El fundamento del estrecho alcance de la protección se debe a que los dos (02) elementos constitutivos restantes de la obra musical (armonía y ritmo) o bien, son cuantitativamente limitados (en referencia a los acordes para crear una armonía) o determina el género musical (en relación al ritmo – no puede existir una titularidad sobre un género musical). Y lo importante de este limitado alcance de protección para las composiciones musicales es que, si se incluyera a estos elementos se tergiversaría la función incentivadora de la propiedad intelectual: motivar a los autores y artistas a desplegar sus esfuerzos creativos. En esta línea de razonamiento, se concluye que “debemos proteger solamente a aquellas melodías originales, cuidando mucho de no proteger armonías y ritmos con derechos de exclusiva, puesto que estos *sirven para ampliar el espectro cultural musical* [cursivas añadidas] mediante arreglos y usos autorizados” (Murillo Chávez, 2013, p. 223).

Ahora, entrando de fondo a la compatibilidad de la obra musical como obra genérica que englobaría a la creación intelectual específica –el DJ Set –, concluimos que dicha obra genérica no sería la figura más apropiada mediante la cual se protegería al DJ Set puesto que esta última pieza artística va más allá de una especie de composición musical. Es decir: un DJ Set no solamente es una obra musical, sino que contiene una cantidad variable de obras musicales dentro de sí, puesto que la labor del disyóquey es combinar creativamente una serie de canciones durante un determinado lapso de tiempo. Al yuxtaponer y mezclar en simultáneo como mínimo dos (02) obras musicales, el DJ ejecuta una secuencia sonora ininterrumpida de canciones, cuyos puentes de enlace constituyen transiciones fluidas (sin que deje de sonar la música) de una canción a otra. Además, la originalidad del DJ Set no recaería sobre una melodía específica (puesto que podría contener innumerables cantidades de melodías en razón de las diversas obras musicales preexistentes e inherentes a la confección de esta creación intelectual) sino en la selección o disposición (o ambas acciones) de las obras musicales que el DJ realizaría al ejecutar su DJ Set. Por ello, dada la naturaleza creativa caracterizada por las combinaciones y transformaciones de varias obras musicales inherentes al DJ Set, sería más apropiado explorar la posibilidad de encuadrar jurídicamente esta creación intelectual en otra obra expresamente prevista dentro de nuestra Ley: la colección de obras diversas.

3.3.2 El DJ Set como colección de obras diversas (compilación)

Después de tres años, en un segundo artículo de opinión nuevamente publicado en La Ley –El Ángulo Legal de la Noticia, el autor del presente trabajo cambió de opinión y empezó su reflexión jurídico-musical afirmando lo siguiente:

Desde el arranque, debemos reconocer que los Dj sets son obras protegibles por el Derecho de Autor a nivel internacional, de acuerdo al artículo 2,5 del Convenio de Berna, puesto que el Dj set es una colección de obras musicales cuya originalidad se evidencia a través de la selección y disposición de las obras musicales que el Dj efectúa al momento de ejecutarlas. Es decir, los *disc-jockeys realizan una creación intelectual*

original tanto por la ordenación de los temas que eligió tocar, como por la mezcla de los mismos [cursivas añadidas]. Todo ello, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras musicales utilizadas en el Dj set. (Casanova, 2020, párr. 3).

Dado que el autor del presente trabajo invocó una norma del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, tratado que fue suscrito por el Perú el 20 de mayo de 1988 y ratificado el 20 de agosto del mismo año, conviene traer a colación la norma en cuestión, el inciso 5 del artículo 2, la cual reconoce a las colecciones de obras como obras protegibles por el Derecho de Autor en los siguientes términos:

Artículo 2.-

[Obras protegidas: 1. «Obras literarias y artísticas»; 2. Posibilidad de exigir la fijación; 3. Obras derivadas; 4. Textos oficiales; 5. Colecciones; 6. Obligación de proteger; beneficiarios de la protección; 7. Obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales; 8. Noticias]

(...)

5) Las *colecciones de obras literarias o artísticas* tales como las *enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales* estarán protegidas como *tales* [cursivas añadidas], sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones. (Convenio de Berna, 1979).

Sobre esta base, y además, conforme al tenor del inciso l) del artículo 5° de nuestra Ley, procederemos a realizar el encuadramiento jurídico del DJ Set en la obra genérica conocida como compilación de obras diversas.

Comencemos el análisis desde la definición lingüística. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el término ‘colección’ de la siguiente manera:

Colección

Del lat. *collectio*, -ōnis.

1. f. *Conjunto ordenado de cosas, por lo común de una misma clase y reunidas por su especial interés o valor* [cursivas añadidas]. Colección de escritos, de medallas, de mapas.
2. f. *Serie de libros, discos, [cursivas añadidas] láminas, etc., publicados por una editorial bajo un epígrafe común, generalmente con las mismas características de formato y tipografía.*
3. f. Gran cantidad de personas o cosas. Colección de cretinos, de despropósitos.
4. f. Conjunto de las creaciones que presenta un diseñador de moda para una temporada. Colección primavera-verano.
5. f. Med. Acumulación de una sustancia orgánica.

Asimismo, el mismo Diccionario define el término ‘compilación’ de la siguiente manera:

Compilar

Del lat. *compilāre* ‘plagiar’.

1. tr. *Allegar o reunir en un solo cuerpo de obra, partes, extractos o materias* [cursivas añadidas] de otros varios libros o documentos.
2. tr. Inform. Convertir un programa en lenguaje máquina a partir de otro programa de computadora escrito en otro lenguaje.

Como podemos apreciar, la noción subyacente tanto del vocablo ‘colección’ y ‘compilación’ es la de una acumulación, una cantidad específica de sujetos u objetos, incluyendo a éstos últimos los de carácter inmaterial, reunidos en un *corpus* determinado, como puede ser una variedad de obras musicales contenidas en una grabación sonora (fonograma) de un DJ Set subido a una plataforma digital.

Por otro lado, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa emitida por el Indecopi, se ha determinado que la originalidad en las compilaciones se evidencia mediante “la selección de las obras o de los fragmentos de las obras que las componen y

la metodología con la que son tratadas, [acciones que] *implican la creación de una obra distinta de las que la forman* [cursivas añadidas] (Indecopi, 2014, p. 75).

Dicha jurisprudencia de la Sala, contenida en la Resolución N° 3436-2013/TPI-INDECOPI, (en adelante, la ‘Resolución’) comienza su análisis de la cuestión en discusión (la constatación de originalidad de un catálogo de dibujos titulado ‘Artes’) afirmando claramente en el primer párrafo de la tercera página de la Resolución lo siguiente:

En ocasiones el resultado [de la aportación de la personalidad de un autor en una obra] es enriquecedor, en otras trivial, pero *lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente*, [cursivas añadidas] de proseguir el camino sin tener que rehacer todo y comenzar desde un inicio. (Resolución N° 3436, 2013).

Esta afirmación es directamente asimilable a la labor creativa que realiza el DJ al momento de ejecutar su DJ Set puesto que ésta obra está compuesta por obras musicales previamente compuestas y fijadas en fonogramas. Así, la persona del DJ contribuye al acervo músico-cultural mediante el descubrimiento (o si se quiere, redescubrimiento) de temas musicales olvidados por una generación pasada, para reintroducirlos a la actual y futuras, mediante su propia interpretación de la obra musical al ejecutarla junto a otras en su DJ Set. Conforme resalta la Sala en la Resolución, el DJ trabaja, combina y crea sobre la base de lo preexistente, sin tener que rehacer todo, pero con la intención de recrear una mezcla jamás antes imaginada.

Más adelante, en cuanto al marco conceptual de la protección de las compilaciones por el Derecho de Autor, la Sala resalta lo siguiente: “Siempre que se alude a compilaciones... se piensa en la figura de las *obras derivadas* [cursivas añadidas], ya que, como regla general, se forman mediante la utilización de obras preexistentes” (Resolución N° 3436, 2013). Nuevamente, estamos ante una afirmación directamente aplicable al DJ Set ya que ésta creación intelectual, *per se*, contiene obras derivadas momentáneas creadas por las fusiones de dos (02) o más obras musicales ejecutadas al mismo tiempo, de tal manera que el DJ genera puentes de enlazamiento entre una y otra(s)

obra(s) musical(es) sin solución de continuidad a través de la técnica del *beatmatching*³² (aquella habilidad del DJ de poder sincronizar simultáneamente obras musicales con distintos tempos). Y justamente, es dicho puente de enlazamiento el que momentáneamente genera una obra derivada de la combinación las dos (02) o más obras musicales sonando al mismo tiempo.

Además de ello, la Resolución reconoce la factibilidad de que la compilación contenga obras preexistentes íntegras o adaptadas/modificadas. Sin embargo, advierte que “es necesario [para que sea lícito el uso de las obras preexistentes] que el autor de la compilación haya obtenido la autorización correspondiente de los autores de tales obras” (Resolución N° 3436, 2013). Sobre este punto nos pronunciaremos más adelante.

Finalmente, la Resolución dispone que las compilaciones serán consideradas como obras protegibles por el Derecho de Autor siempre y cuando “presenten originalidad en la selección o disposición de su contenido, *de tal forma que pueda afirmarse que se trata de un trabajo creativo* [cursivas añadidas]” (Resolución N° 3436, 2013). Sobre esta base, y considerando la doble labor de pre-selección (antes de la presentación de un DJ en una fiesta o discoteca) como la selección *in situ* del DJ (ya en el momento de decidir qué obras musicales ejecutar) podemos afirmar sin duda alguna que al apreciar un DJ Set, estamos ante un trabajo creativo cuya originalidad se evidencian solamente en la doble selección del DJ respecto de las obras musicales, sino también, en la disposición que realiza sobre ellas: la forma cómo mezcla las canciones fluidamente, sin solución de continuidad. Así, el DJ Set calificaría, – *prima facie* y *a fortiori* – para la protección por el Derecho de Autor ya que se trata de una creación intelectual que manifiesta originalidad a través de la conjunción de la selección y disposición de las obras musicales que el DJ utiliza en la ejecución de su obra compilatoria; superando así, la disyunción contenida en el supuesto de hecho del inciso 1 artículo 5° de nuestra Ley: “compilaciones de obras diversas... siempre que dichas colecciones sean originales en

³² De acuerdo con la cultura general del mundo del DJ, se considera a Francis Grasso el Padrino del DJ moderno porque fue el pionero de esta técnica. Su interpretación de la presentación que realizaba un DJ al momento de tocar una serie de discos de vinilo en una discoteca (fue residente de *Sanctuary*, ubicada en la Calle 43 con 407 Oeste en Nueva York) se basaba en la persona del DJ como director de orquesta o de una sinfonía. Por lo tanto, trataba a cada disco de vinilo elegido como una pieza de un conjunto, de un todo, mayor.

razón de la selección, coordinación o [cursivas añadidas] disposición de su contenido” (Decreto Legislativo N° 822, 1996).

3.4 Otorgamiento de registro a DJ Set como compilación por la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi

El día 7 de octubre del año 2020, el autor del presente trabajo (para estos efectos, el ‘Solicitante’) solicitó a la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi el registro de un DJ Set de su autoría titulado ‘*Dj Casanouva’s Personal Catalogue Dj Set*’, en virtud a la atribución competencial que dicha autoridad reviste en la materia, prevista en el literal k) del artículo 169 de nuestra Ley: “k) Llevar los registros correspondientes en el ámbito de su competencia, *estando facultada para inscribir derechos* [cursivas añadidas] y declarar su nulidad, cancelación o caducidad conforme al Reglamento pertinente” (Decreto Legislativo N° 822, 1996).

Dicha Solicitud de Registro de Software y Base de Datos (formato DDA-002, en adelante, la ‘Solicitud’), correspondiente al Procedimiento de Registro de Base de Datos, Compilaciones, Antologías y Similares, identificado con Código DDA.6 en la página web del Indecopi, fue presentada por el Solicitante conjuntamente con un documento exigido por el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), aprobado por Resolución N° 104-2019-INDECOPI/COD, cuyo punto tres señalaba como requisito lo siguiente: “[Adjuntar] documento en el que conste el o los criterios de selección y/o disposición empleados para realizar la base de datos, compilación, antología u otro similar”.

En dicho documento, el Solicitante constató los siguientes criterios de selección y disposición que fueron empleados para crear la compilación titulada ‘*Dj Casanouva’s Personal Catalogue Dj Set*’: En cuanto al criterio de selección, el Solicitante dejó constancia que la compilación musical bajo análisis se basó en las obras musicales de autoría de Piero Sebastian Casanova Gastelumendi, cuyo alias de disyóquey era ‘Dj Casanouva’. Y que dicha paternidad sobre las obras musicales se podía apreciar en el perfil de artista de Dj Casanouva en *Spotify*.

Sobre este punto específico conviene acotar un detalle de suma importancia. Considerando que los DJ Sets, en su gran mayoría, están compuestos por fonogramas musicales de titularidad de terceros distintos al disyóquey, el lector podría criticar esta decisión del Solicitante de haber creado un DJ Set sobre la base de sus mismas obras, cuya práctica no se condice con la realidad. No obstante, en primer lugar, ello no impide que el autor del presente trabajo pueda, a modo de experimento, solicitar el registro de un DJ Set compuesto por sus propias obras puesto que la finalidad de dicho pedido fue determinar cuál sería la reacción del Indecopi: El otorgamiento o denegatoria de registro, sobre la base de la evaluación del DJ Set como tal, independientemente de las obras individuales empleadas para su creación y ejecución.

Sin embargo, lo más importante a destacar es que dicha decisión fue determinadamente influenciada por la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi recaída en la Resolución N° 3436-2013/TPI-INDECOPI. Ésta dispuso que correspondía remitir lo actuado en el Expediente N° 2391-022/DDA a la Comisión de Derecho de Autor, a fin de que dicho órgano evalúe la posibilidad de iniciar un procedimiento de oficio contra el señor Clement Rene Paul Bailly Gonod (en adelante, el Sr. 'Bail y Gonod'), puesto que dicho sujeto había utilizado obras de terceros, entre ellas, el 'Autoritratto' de Leonardo da Vinci para solicitar el registro de su catálogo (compilación) de dibujos titulado 'Artes'.

Así pues, sobre la base que el Indecopi ordenó la evaluación de iniciar potencialmente un procedimiento de oficio en contra del Sr. Bailly Gonod por incluir dibujos creados por terceras personas en su solicitud de registro de compilación titulado 'Artes', es que el Solicitante decidió presentar un DJ Set compuesto por fonogramas musicales de su propia autoría, a fin de evitar cualquier riesgo de verse involucrado en un procedimiento de oficio en contra de su persona por haber utilizado obras de terceros sin la autorización de estos últimos. Esto no es sino prueba fehaciente del *chilling effect* o efecto desincentivador y escalofriante que produce el régimen actual de Derecho de Autor con respecto a la posibilidad de utilizar obras preexistentes, creativamente, para crear una nueva obra y contribuir, así, al acervo artístico-cultural de la sociedad.

Con respecto al criterio de disposición, el Solicitante dejó constancia que la obra compilatoria en cuestión se llevó a cabo mediante la técnica de *beatmatching*, es decir, la capacidad del disyóquey de poder sincronizar los tempos de dos o más obras musicales a fin de que se puedan mezclar conjunta y simultáneamente sin solución de continuidad. Coincidentemente, fue este último criterio, el de disposición, que la Dirección de Derecho de Autor rescató en sus observaciones generales, conforme consta en la siguiente captura de pantalla:

Figura 3.1

Captura de pantalla de la plataforma virtual de Consulta de Expedientes de la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi

Datos de la Obra	
Título :	DJ CASANOVA'S PERSONAL CATALOGUE DJ SET
Tipo de Obra :	COMPILACION ORIGINARIA
Fecha de impresión	Fecha de publicación
Lugar de publicación	INÉDITA
Nº de ejemplares	0 Nº de edición
Observaciones Generales	COMPILACION DE OBRA MUSICALES UTILIZANDO LA TECNICA DE BEATMATCHING A FIN DE QUE SE PUEDAN MEZCLAR Y REPRODUCIR CONJUNTA Y SIMULTANEAMENTE SIN SOLUCION DE CONTINUIDAD.

Nota. Adaptado de *Consulta Pública de Expedientes*, por Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2020, <https://servicio.indecopi.gob.pe/portalSAE/>

Admitida a trámite la Solicitud mediante el Expediente N° 1450-2020/DDA, la Dirección de Derecho de Autor procedió, conforme al principio de legalidad contemplado en el artículo V del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 053-2017-PCM – Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos contemplado en nuestra Ley, a la calificación registral de la documentación que sustentó la Solicitud. Dicha calificación implicó la verificación del

cumplimiento de las formalidades establecidas en la normativa pertinente, la capacidad del Solicitante y la validez del acto.

En ese sentido, y habiendo cumplido la Solicitud con todos los requisitos y formalidades exigidos, el día 26 de octubre del año 2020 la Dirección de Derecho de Autor, mediante Resolución 958-2020/DDA-INDECOPI (Anexo 1), resolvió inscribir en el Registro correspondiente a la compilación titulada ‘Dj Casanouva’s Personal Catalogue Dj Set’ a favor del Solicitante, conforme podemos apreciar en la siguiente captura de pantalla:

Figura 3.2

Captura de pantalla de constancia del otorgamiento de registro a favor del DJ Set creado y ejecutado por el autor del presente trabajo

Conclusión del Expediente			
N° de Resolución	958-2020/DDA-INDECOPI	Fecha de Resolución	2020-10-26
Sentido	OTORGADO	Fecha Registro	2020-10-26
N° Partida	00879-2020	N° de Asiento	1
Sumillar			
Apelación	NO	F. de envío a tribunal	
Estados del Expediente			
Fecha	Estado		
2020-10-26	REGISTRO OTORGADO		
2020-10-07	EN TRAMITE		

Nota. Adaptado de *Consulta Pública de Expedientes*, por Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2020, <https://servicio.indecopi.gob.pe/portalsAE/>

Es menester resaltar que la inscripción en el Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi “no crea derechos, teniendo meramente un carácter referencial y declarativo, constituyendo un medio de publicidad y prueba de anterioridad” (Decreto Legislativo N° 822, 1996). No obstante, es necesario acotar que dicha inscripción en el Registro correspondiente de ‘Dj

Casanouva's Personal Catalogue Dj Set’ como obra compilatoria sirvió para descartar que dicha obra no es –en absoluto– original y que reviste de una presunción *iuris tantum* de originalidad (J. Murillo Chávez, comunicación personal, 23 de octubre de 2020). Finalmente, no olvidemos que la obra –sea cual fuere su naturaleza– es protegida por el Derecho de Autor desde el momento de su creación, por lo que, el hecho que se haya otorgado el registro al DJ Set, solo refuerza su protección frente a posibles plagios de terceros.

3.5 Subsunción del DJ Set en el Precedente de Observancia Obligatoria

Conforme a las consideraciones expuestas anteriormente, y habiéndose confirmado la protegibilidad de un DJ Set por el Derecho de Autor peruano con el otorgamiento de registro a favor de *‘Dj Casanouva's Personal Catalogue Dj Set’* como obra compilatoria, corresponde ahora hacer un breve ejercicio de subsunción de dicha obra dentro del Precedente de Observancia Obligatoria conforme al criterio de originalidad subjetiva establecido por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

El primer párrafo del segundo extremo de la parte resolutive del Precedente de Observancia Obligatoria del año 1998 estableció lo siguiente:

Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad. (Resolución 286, 1998).

Bajo este primer párrafo, la obra compilatoria *‘Dj Casanouva's Personal Catalogue Dj Set’* constituye una expresión creativa e individualizada que expresa lo propio del autor puesto que la misma Dirección de Derecho de Autor rescató –mediante una observación general expuesta en la Figura 3.1–, que la técnica de *beatmatching*, aquella modalidad de manipulación de la velocidad de reproducción de obras musicales, permite crear una compilación de obras musicales reproducibles y mezclables conjunta y simultáneamente sin solución de continuidad (criterio de disposición).

Además, considerando que la Dirección de Derecho de Autor tenía el documento en el cual el Solicitante dejó constancia del criterio de selección de las obras musicales (que eran de su propia autoría) utilizadas para crear su DJ Set (obra compilatoria), dicho documento facilitó a la Dirección de Derecho de Autor a detectar la impronta de la personalidad del autor del DJ Set sometido a su evaluación. Y dado que las obras musicales empleadas por el Solicitante fueron de su propia autoría, '*Dj Casanouva's Personal Catalogue Dj Set*', por ende, sin lugar a dudas, era su propia expresión creativa. El continente siguió la misma suerte que su contenido.

El segundo párrafo del segundo extremo de la parte resolutive del Precedente de Observancia Obligatoria estableció lo siguiente:

No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural – artístico, científico o literario – ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, *así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que solo requieren de la habilidad manual para su ejecución* [cursivas añadidas]. (Resolución 286, 1998).

Lo importante a aclarar según este extremo del Precedente de Observancia Obligatoria es que el DJ Set no constituye –en absoluto– una forma de expresión que se reduce a simples tecnicismos mecánicos derivados de la aplicación de un manual de instrucciones. Al contrario: El disyóquey realiza todo un esfuerzo creativo caracterizado por el cálculo de compases, manipulación de tempos, ecualización de frecuencias – además de tener un buen oído–, para poder mezclar las obras musicales conjunta y simultáneamente sin solución de continuidad. En virtud de ello, no es sorpresa alguna que el año 2019 fue extraordinariamente próspero para los DJs de la industria de la música electrónica internacional, cuyo valor ascendió a 7,2 billones de dólares americanos (Watson, 2019).

Por lo tanto, conforme a lo expresado líneas arriba, el DJ Set actualmente constituye una obra compilatoria protegible por el Derecho de Autor puesto que el disyóquey, al manipular obras musicales y mezclarlas con otras a través de la técnica de

beatmatching, evidencia un esfuerzo creativo (mas no meramente mecánico o técnico) de disposición sobre las obras que utiliza para crear su DJ Set; y además, a través de su criterio de selección de obras musicales, plasma su gusto musical y por ende su individualidad en el DJ Set, cumpliendo así con el criterio de originalidad subjetiva establecido por el Precedente de Observancia Obligatoria.

3.6 Naturaleza jurídica del DJ

Dado que el disyóquey es creador por excelencia del DJ Set, se sigue que será, pues, autor de dicha obra compilatoria. En este mismo sentido, el autor del presente trabajo se pronunció hace unos años:

Un DJ es un autor, sencillamente, porque es una persona física [natural] que realiza una creación intelectual. Es decir, *encuadra perfectamente en el supuesto de hecho tipificado en la norma jurídica* [cursivasañadidas]. Es un sujeto que mediante la práctica, el conocimiento y talento que posee es capaz de crear una combinación de canciones cuyo producto debe apreciarse en su totalidad, precisamente, en su integridad (uno de los derechos morales que posee todo autor de una obra). Algunos objetarán alegando que un DJ solo se limita a expresar su gusto musical mediante una simple técnica. Pero la cuestión es totalmente distinta. Un DJ-autor no sigue un manual de instrucciones, no se limita a presionar botones y fusionar dos canciones. No. Un DJ crea, literalmente, una experiencia sonora inigualable e irrepetible cuyo mensaje es transmitido al público, y una vez recibido por éste, dicho baila y disfruta del arte creado por aquél. En absoluto es una forma de expresión que se reduce a simples tecnicismos. (Casanova Gastelumendi, 2017, párr. 16).

Es decir, el DJ es un autor porque el literal 1 del artículo 2° de nuestra Ley define al autor como aquella persona natural que realiza una creación intelectual (Decreto Legislativo N° 822, 1996). Y dicha creación intelectual compilatoria, precisamente, es el DJ Set, conforme a la resolución de otorgamiento de registro 958-2020/DDA-INDECOPI.

En el mismo artículo, el autor del presente trabajo manifestó que el disyóquey “no es un mero ejecutante o intérprete de canciones originales preexistentes” (Casanova Gastelumendi, 2017, párr. 15). Sin embargo, hoy en día considera que el DJ también es un artista ejecutante de las obras musicales que utiliza para, –valga la redundancia– ejecutar su DJ Set puesto que posee una capacidad de manipulación de obras musicales que se manifiesta a través de la técnica creativa de *beatmatching*. Dicho esto, y siendo aquella técnica reconocida como el criterio de disposición que le permitió al Indecopi evidenciar (en primera instancia) la originalidad de ‘*Dj Casanouva’s Personal Catalogue Dj Set*’ (Figura 3.2), conviene explicar minuciosa y exhaustivamente a detalle el *beatmatching* conforme ilustra Díez Alfonso (2012):

Inicialmente, el Dj hace sonar al exterior una primera canción, mientras que a través de los cascos [audífonos] escucha una segunda canción. En este acto, el Dj sincroniza la velocidad de ambas canciones utilizando el *pitch control*³³. Seguidamente, el disc-jockey selecciona un momento determinado en el tiempo, de modo improvisado³⁴, para hacer sonar la segunda canción al exterior, quedando por tanto las dos canciones mezcladas y sonando simultáneamente. Es decir, hay una elección improvisada del momento en el que el Dj decide enlazar ambas canciones, y una mezcla de las mismas que produce que el sonido resultante sea diferente del que genera cada canción sonando de forma separada³⁵.

En segundo lugar, una vez que las dos canciones se encuentran sonando al mismo tiempo, el disc-jockey goza de una gran variedad de alternativas para profundizar en la mezcla creada. Dichas alternativas vienen dadas por las posibilidades que puedan llegar a ofrecer los dispositivos que utilicen la confección del Dj Set. A modo de ejemplo, cabe citar la mesa de

³³ Es aquella función de las mezcladoras que utilizan los disyóqueis para mezclar música que permite modificar el tempo de las obras musicales con la finalidad de sincronizarlas.

³⁴ No necesariamente el disyóquey elige un momento al azar para decidir cuándo hacer sonar la siguiente obra musical. De hecho, para poder crear mezclas, y por ende, un DJ Set fluido, el DJ debe poder contar los compases de las obras musicales e introducir la nueva obra en el momento oportuno.

³⁵ Es, en este momento específico del DJ Set, que se crea una nueva obra musical momentánea, derivada de la mezcla o combinación de las dos (02) obras musicales reproduciéndose al mismo tiempo en simultáneo.

mezclas (*mixer*), la cual dispone de ecualizadores que permiten modificar las frecuencias del sonido de las canciones enlazadas, o de *cross-faders* que habilitan la variación de la intensidad del sonido de cada canción, o de efectos multifuncionales que logran filtrar, distorsionar o reverberar el sonido. También el uso de las aplicaciones de un programa de ordenador; para mezclar obras [musicales] en soporte mp3 o mp4 [archivos fonográficos digitales] abre un abanico de posibilidades. *El empleo de estos dispositivos es efectuado igualmente tras un esfuerzo creativo a través de la ejercitación del oído* [cursivas añadidas]. A continuación, el disc-jockey escoge otro momento determinado, de forma improvisada, en el cual deja de hacer sonar la primera canción, dando por finalizada la mezcla y haciendo sonar únicamente la segunda canción. (pp. 22-23).

Conforme a esta explicación, queda claro que el emplear dicha técnica creativo-musical encaja dentro del supuesto de hecho del literal 2º del artículo 2º de nuestra Ley: Es artista ejecutante aquella persona que ejecuta *en cualquier forma* [cursivas añadidas] una obra artística. Además, es necesario tener presente la Ley del Artista Intérprete y Ejecutante, que en su artículo 2º considera al artista intérprete y ejecutante a toda persona:

Que representa o realiza una obra artística, con texto o sin él, utilizando su cuerpo o habilidades, con o sin instrumentos, que se exhiba o muestre al público [cursivas añadidas], resultando una interpretación y/o ejecución que puede ser difundida por cualquier medio de comunicación o fijada en soporte adecuado, creado o por crearse. (Ley N° 28131, 2003).

En consecuencia, el disyóquey, en su calidad tanto de autor de su DJ Set y artista ejecutante de las obras musicales contenidas en dicha obra, no solo será titular de los derechos morales y patrimoniales de autor propiamente dichos, sino también titular de los derechos conexos que nuestra legislación le otorga.

3.7 Derechos de autor y conexos implicados en la creación y ejecución de un DJ Set

De acuerdo a nuestra Ley, como en todos los demás sistemas jurídicos analizados en el presente trabajo, el Derecho de Autor otorga una serie de derechos exclusivos, tanto de orden moral como patrimonial. Dichos derechos tienen una doble finalidad inmediata: por un lado, proteger al autor de la creación intelectual; y por otro, permitirle al titular de la obra correspondiente explotarla económicamente de manera exclusiva y excluyente. La tercera y última finalidad, de carácter mediata, es beneficiar a la sociedad en su integridad con un patrimonio artístico y cultural cada vez más amplio.

Los derechos de orden moral son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles y están contenidos en nuestra Ley mediante una lista cerrada – *numerus clausus*:

- a) Derecho a la divulgación de la obra (artículo 23°): es la potestad del autor de decidir hacer accesible la obra al público, cuyo ejercicio negativo es la potestad de mantenerla inédita.
- b) El derecho de paternidad sobre la obra (artículo 24°): es el derecho de reconocimiento de autoría de la obra de una persona natural, el único sujeto de derecho susceptible de autoría y poseer la titularidad originaria sobre la obra (solo una persona natural puede crear una obra).
- c) El derecho de integridad de la obra (artículo 25°): es la facultad del autor de oponerse frente a toda deformación, modificación, mutilación o alteración – incluso en contra del propietario del *corpus mechanicum* (cuerpo físico) – de su obra.
- d) El derecho de modificación o variación (artículo 26°): se le reserva al autor el derecho de, incluso tras la divulgación de su obra, modificar o variarla. No obstante, deberá respetar los derechos adquiridos por los terceros propietarios

del cuerpo físico de la obra e indemnizarlos por daños y perjuicios, de ser el caso.

- e) El derecho de retiro de la obra del comercio (artículo 27°): a lo largo de su vida, el autor tiene la facultad de decidir suspender cualquier modalidad de utilización de su obra; sin embargo, deberá, nuevamente, indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados en virtud del ejercicio del presente derecho.
- f) El derecho de acceso a la obra de ejemplar único (artículo 28°): es el derecho del autor de poder acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar sus demás derechos morales o patrimoniales, pero sin poder desplazarla de su ubicación. Un ejemplo podría ser el de un escultor cuya única escultura está en un museo: no se le puede impedir al autor su ingreso a la exhibición de la escultura para ejercer su derecho de modificación sobre la obra. (Maraví Contreras, 2010; Murillo Chávez, 2013).

Los derechos de orden patrimonial son –a diferencia de los morales–, de libre disposición, susceptibles de cesión mediante acto *inter vivos*, por Ley o sucesión *mortis causa* en favor de terceros. Además, pueden ser objeto de autorización de uso mediante contrato de licencia, y están contenidos en nuestra Ley mediante una lista abierta –*numerus apertus*:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento (artículo 32°): es la fijación u obtención de copias de la obra, sea temporal o permanente. Por ejemplo, constituye reproducción el acto de fotocopiar un capítulo de un libro de Derecho.
- b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio (artículo 33°): Es todo acto que implique la apreciación por una o más personas, reunidas o no en el mismo lugar, sin distribución previa de la obra. Por ejemplo, el fusionar

una obra musical con otra mediante una transmisión en vivo y en directo de un DJ Set en redes sociales³⁶ como *Facebook* e *Instagram*.

- c) La distribución al público de la obra (artículo 34°): es el acto de poner a disposición del público, por cualquier medio o procedimiento, el ejemplar único y original o copias de la obra, mediante venta, canje, permute, etc. Un ejemplo vendría a ser la venta de un disco de vinilo en una tienda de música.
- d) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra (artículo 36°): Este acto incluye, por ejemplo, la ecualización que efectúa un DJ al momento de mezclar una obra musical con otra, así como los juegos de volúmenes que podría manipular para generar tensión y crear dinámicas en su DJ Set. (Maraví Contreras, 2010; Murillo Chávez, 2013).

Por otro lado, también debemos tomar en cuenta a los derechos conexos de los artistas intérpretes/ejecutantes y a los de los productores fonográficos puesto que el DJ utiliza fonogramas (obras musicales masterizadas), los cuales contienen tanto a la obra musical compuesta por el autor como a la interpretación/ejecución de un artista sobre la letra y/o los instrumentos utilizados para la musicalización de la obra, y cuya producción es inversión del productor fonográfico. En este sentido, los derechos conexos “son aquellos que protegen prestaciones personales y/o actividades técnico-empresariales que se configuran como auxiliares de la creación o contribuyen a su difusión [de la obra]” (Barriga, 2018, p. 67). En base a ello, los derechos implicados en la creación/ejecución de un DJ Set (que utiliza como materia prima canciones pre-grabadas y fijadas en discos de vinilo o archivos digitales en formato tipo MP3, WAV, entre otros) son tanto de orden

³⁶ Debido a la pandemia causada por el brote mundial del COVID-19, la industria musical, de noche a la mañana, quedó paralizada. Los DJs no fueron ajenos a dicho parálisis. El único medio que les quedó para seguir tocando música ante un público espectador fue la Internet, a través de sus redes sociales. Sin embargo, dadas las transmisiones de *livestreams* o en vivos y en directos por doquier, los disyos empezaron a ser notificados con avisos de advertencia por haber infringido las normas de *copyright* de *Facebook* e *Instagram*. La infracción se sustentaba en el hecho que estaban utilizando obras musicales, identificadas mediante sus *International Standard Musical Work Code* (*ISWC*, por sus siglas en inglés), de titularidad de terceros, sin la autorización de los respectivos titulares. Por ende, tuvieron que mudarse a otras plataformas digitales que sí contaban con las licencias necesarias, como por ejemplo, *Twitch*.

moral como patrimonial reconocidos en los artículos 131³⁷, 132³⁸ 133³⁹; 136⁴⁰ y 137⁴¹ de nuestra Ley.

En este sentido es menester tener claro que, cuando un DJ crea y ejecuta su DJ Set, está haciendo uso –en la gran mayoría de los casos–, de obras musicales de titularidad de terceros, por lo que, en principio, el DJ debería contar con la autorización correspondiente de los titulares de las obras musicales para poder comunicarlas públicamente y transformarlas para fines de su presentación en una discoteca. No obstante, y dada la inmensa cantidad de titulares de los distintos derechos patrimoniales de autor y conexos (autores, artistas intérpretes/ejecutantes y productores fonográficos) sobre las obras musicales y fonogramas, cuya tramitación de autorización implicaría un altísimo costo de transacción, dichos titulares celebran contratos de mandato para que la Sociedad de Gestión Colectiva, en nombre y representación de aquellos, autorice el uso

³⁷ Artículo 131.- Los artistas intérpretes o ejecutantes gozan del derecho moral a:

- a) El reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones.
- b) Oponerse a toda deformación, mutilación o a cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación.

³⁸ Artículo 132.- Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La comunicación al público en cualquier forma de sus representaciones o ejecuciones.
- b) La fijación y reproducción de sus representaciones o ejecuciones, por cualquier medio o procedimiento.
- c) La reproducción de una fijación autorizada, cuando se realice para fines distintos de los que fueron objeto de la autorización.

³⁹ Artículo 133.- Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen igualmente el derecho a una remuneración equitativa por la comunicación pública del fonograma publicado con fines comerciales que contenga su interpretación o ejecución, salvo que dicha comunicación esté contemplada entre los límites al derecho de explotación conforme a esta Ley. Dicha remuneración, a falta de acuerdo entre los titulares de este derecho, será compartida en partes iguales con el productor fonográfico.

⁴⁰ Artículo 136.- Los productores de fonogramas tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.
- b) La distribución al público, el alquiler, el préstamo público y cualquier otra transferencia de posesión a título oneroso de las copias de sus fonogramas.
- c) La puesta a disposición del público de los fonogramas de manera tal que los miembros del público puedan acceder a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.
- d) La inclusión de sus fonogramas en obras audiovisuales.
- e) La modificación de sus fonogramas por medios técnicos.

⁴¹ Artículo 137.- Los productores de fonogramas tienen el derecho a recibir una remuneración por la comunicación del fonograma al público, por cualquier medio o procedimiento, salvo en los casos de las comunicaciones lícitas a que se refiere la presente ley, la cual será compartida, en partes iguales, con los artistas intérpretes o ejecutantes.

de sus obras para fines de explotación comercial a los usuarios de las mismas (el local permanente en el caso particular de la presentación de un disyóquey en una discoteca).

Sobre la base de este panorama, no es el disyóquey el encargado de tramitar las autorizaciones con cada uno de los titulares de los derechos patrimoniales de autor y conexos sobre las obras musicales y fonogramas, sino el mismo local permanente (entiéndase, discoteca, bares y en general todo aquel lugar donde se vaya a presentar un disyóquey para crear y ejecutar su DJ Set) que en su calidad de usuario obtiene la licencia de uso de las obras musicales y fonogramas del repertorio de la Sociedad de Gestión Colectiva a cambio de una contraprestación pecuniaria determinable, como veremos más adelante.

3.8 Rol de las Sociedades de Gestión Colectiva en relación a la presentación de un DJ en locales permanentes – comunicación pública de DJ Sets

Las Sociedades de Gestión Colectiva (en adelante, ‘SGC’), están reconocidas como asociaciones civiles sin fines de lucro conforme al numeral 42 del artículo 2° de nuestra Ley⁴². Esto significa que, según Oré y Tavera (2007) dichas asociaciones son:

Aquellas entidades privadas encargadas de administrar los derechos de propiedad exclusivos de los autores (creadores), de representar los intereses de los autores afiliados (tras la firma de un contrato de afiliación), y recaudar y distribuir los ingresos o regalías por el concepto de derechos de autor (tras la firma de un contrato de mandato) de usuarios nacionales vía autorizaciones y de otras sociedades de gestión extranjeras vía convenios o contratos de representación recíprocos. Tal como lo refiere la OMPI, las SGC son un punto de enlace entre autores (creadores) y usuarios de obras protegidas (como las discotecas, emisoras de radio,

⁴² Sociedad de Gestión Colectiva: Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de autor o conexos de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores o titulares de esos derechos, y que hayan obtenido de la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-Indecopi- la autorización de funcionamiento que se regula en esta ley. La condición de sociedades de gestión se adquirirá en virtud a dicha autorización.

etc.), al garantizar que los primeros reciban una remuneración por el uso de sus obras o creaciones. (p. 199).

Bajo la consideración de esta definición sobre las funciones de las SGC, éstas, en la práctica, son las entidades encargadas de velar por el uso autorizado de las obras musicales y fonogramas, la recaudación monetaria y distribución de regalías en virtud de la explotación comercial de dichas obras por parte de terceros usuarios. El origen por el cual surgieron estas asociaciones colectivas creadas por los titulares de derechos patrimoniales de autor y conexos data del siglo XVIII cuando:

El autor Ernest Bourget, los compositores Paul Henrion y Victor Parizot, y el editorialista Jules Colombier fundan en 1851 la Sociedad de Autores, Compositores y Editoriales de la Música (SACEM) en Francia, el cual tenía la misión de brindar protección a sus miembros con respecto a los productores de entretenimiento y a los locales en donde se ejecutaban obras musicales. (como se citó en Woodman, 2018, p. 118).

Así pues, el mercado del *enforcement* de los derechos patrimoniales de autor y conexos está definido por tres (03) instancias: la primera, también conocida como *upstream*, es aquella mediante la cual los titulares de los derechos correspondientes se afilian y/o autorizan a las distintas SGC para que administren (monitoreen, recauden y distribuyan regalías) sus derechos patrimoniales de autor y conexos; y a su vez, puedan otorgar licencias (en representación de los titulares) a los usuarios terceros que exploten económicamente las obras musicales y fonogramas. La segunda, también conocida como *downstream*, es aquella mediante la cual la SGC, en efecto, celebra con los usuarios terceros (discotecas, bares, etc.), contratos de licencia por el uso comercial de las obras musicales y fonogramas. A través de dichas licencias, la SGC autoriza (por cuenta e interés de los titulares) el uso comercial de las obras musicales y fonogramas a los usuarios. Éstos, por su parte, se obligan a pagar una contraprestación pecuniaria cuyo monto está previamente establecido según el tarifario público de la SGC. Y finalmente, la tercera, es aquella mediante la cual a nivel internacional e interorganizacional, las SGC celebran contratos de reciprocidad entre sí para que sus repertorios de obras musicales y

fonogramas estén protegidos en todo el mundo. (como se citó en Oré y Tavera, 2007, pp. 207-208).

Antes de detallar específicamente cómo procede la SGC en relación a la presentación de un disyóquey para fines de la creación y ejecución de su DJ Set en una discoteca (en general, cualquier lugar permanente susceptible de comunicar públicamente obras musicales contenidas en fonogramas) cabe resaltar el fundamento del por qué los titulares de los derechos patrimoniales de autor y conexos no son los que directamente autorizan el uso comercial de las obras musicales a los usuarios: la eficiencia económica. Dado que las obras musicales son bienes no rivales, en el sentido que el consumo de una obra musical por una persona no imposibilita ni disminuye el consumo por más personas, sea simultánea o posteriormente; y nuevamente, tomando en cuenta la inmensa cantidad de potenciales locales permanentes que quisieran utilizar comercialmente dichas obras “sería inmanejable e ineficiente que cada titular exigiera directamente sus respectivos derechos” (Soria Aguilar, 2016, p. 97).

3.8.1 Relevancia jurídica de la comunicación pública de DJ Sets en locales permanentes

En la práctica, como se ha explicado anteriormente, son los locales permanentes como las discotecas, bares y en general cualquier lugar susceptible de comunicar públicamente obras musicales y fonogramas protegidos por derechos patrimoniales de autor y conexos, respectivamente, que obtienen la autorización para dicho efecto por parte de la SGC.

Conforme explica (Soria Aguilar, 2016), citando el numeral 5 del artículo 2º de nuestra Ley:

La comunicación pública es todo acto por el cual una o más personas, reunidas o no en un mismo lugar, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, *por cualquier medio o procedimiento, análogo o digital* [cursivas añadidas], conocido o por conocerse, que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o

las imágenes. Todo el proceso necesario y conducente a que la obra sea accesible al público constituye comunicación. (p. 96).

Recogiendo las palabras exactas con las cuales nuestra Ley define la comunicación públicas de obras, queda clarísima la aplicación de dicha definición a la presentación de un disyóquey: Dicho autor y artista ejecutante, en virtud de la creación y ejecución de su DJ Set en un solo acto, comunica públicamente obras musicales (contenidas en fonogramas) a una o más personas reunidas en una discoteca, permitiéndoles apreciación auditiva a dichas obras sin que distribuya ejemplares a cada una de ellas, a través del empleo de máquinas para mezclar obras musicales simultánea y conjuntamente sin solución de continuidad (*beatmatching*), sea análogamente (utilizando tornamesas y discos de vinilo) o digitalmente (utilizando consolas reproductoras de archivos digitales en formato MP3, WAV, entre otros).

Bajo este entendido, en la práctica del mercado de discotecas, “se reconoce que normalmente el DJ Set se paga por comunicación pública” (V. Rodríguez Escobar, comunicación personal, 23 de octubre de 2020).

Por otro lado:

El tema interesante de los DJ Sets es que obviamente, con respecto a los derechos morales, nadie se va a quejar porque la discoteca va responsablemente y le da su listado a Apdayc e Unimpro con las obras musicales que ha comunicado públicamente, para que pueda haber una repartición equitativa de derechos. Y al final, cuando [los titulares] reciban sus regalías a fin de año, dirán que sigan usando sus canciones. Al final la discoteca le paga a Apdayc e Unimpro. ¡Y nadie denuncia! ¿Sabes por qué? Porque [los titulares de los derechos patrimoniales de autor y conexos] reciben sus regalías... porque les paga Apdayc e Unimpro y no se van a quejar. Porque Apdayc e Unimpro hacen eso, entran y cobran a la discoteca y les autoriza el uso de las obras musicales. (J. Costa Gálvez, comunicación personal, 29 de octubre de 2020).

Conviene ahora aclarar cuáles son las SGC que operan en el mercado musical nacional: la Asociación Peruana de Autores y Compositores y la Unión Peruana de Productores Fonográficos.

La Asociación Peruana de Autores y Compositores (en adelante, 'Apdayc') es, conforme explican Oré y Tavera (2007):

Una sociedad de gestión colectiva bajo autorización de la ODA [Oficina de Derecho de Autor del Indecopi, ahora Dirección de Derecho de Autor] con la promulgación del D.L. N° 822 vigente desde mayo de 1996, y mediante la cual se le reconoce las tareas de recaudar y distribuir las regalías que según tal norma le corresponden a los autores y compositores por el uso y difusión de sus obras.

En general, esta asociación representa los derechos de autores y compositores nacionales e internacionales, ante los usuarios de la música, los promotores de bailes y espectáculos, locales permanentes, radio, televisión, cable y autoridades gubernamentales. (p. 226).

Por otro lado, la Unión Peruana de Productores Fonográficos (en adelante, 'Unimpro') es:

Una organización técnica, profesional y especializada, constituida bajo la forma de una asociación civil sin fines de lucro, para representar y administrar los derechos de los productores de fonogramas [obras musicales contenidas en discos de vinilo, cds, archivos digitales tipo MP3, WAV, etc.], que incluye a los más importantes sellos discográficos nacionales e internacionales

Dentro de sus funciones, destaca también el referido a recaudar los derechos de los representados (artistas intérpretes y ejecutantes)... Es preciso señalar que, por el acuerdo celebrado entre Unimpro y la Asociación de Artistas Intérpretes y Ejecutantes (en adelante, 'Anaie') [otra SGC del Perú] ante la ODA el 30 de enero de 2004, la primera tomó la responsabilidad de recaudar también los derechos que corresponden a

los artistas intérpretes y ejecutantes. Para efectos de distribución, los derechos recaudados por Unimpro, son entregados a ANAIE, que se hace responsable de la distribución respectiva a los artistas. (pp. 227-228).

Es menester recalcar que, conforme al párrafo anterior, dicho acuerdo celebrado entre la Unimpro y Anaie resultó como consecuencia de “la Resolución N° 0463-2003/TPI-INDECOPI (Caso UNIMPRO VS. ANAIE), [que] dejó claramente establecido que la legitimidad para recaudar o cobrar dichos derechos le corresponde únicamente a la Sociedad de Gestión Colectiva que representa a los productores de fonogramas” (Soria Aguilar, 2016, p. 98).

Cabe precisar también que:

Los usuarios de UNIMPRO son personas naturales o jurídicas que utilizan fonogramas musicales para actos de comunicación pública en sus negocios, sea que se trate de establecimientos abiertos al público, eventos musicales, radiodifusión sonora o televisiva, la distribución de televisión por cable, el Internet, y *cualquier forma o procedimiento creado o por crearse, que permita que el público acceda a la producción o interpretación que se realice al partir del uso de fonogramas* [cursivas añadidas]. (Alemán Zárate, 2017, p. 57).

En este sentido, la resolución citada dispuso lo siguiente:

A nivel nacional queda claramente establecido que tanto los artistas intérpretes y/o ejecutante como los productores de fonogramas tienen el derecho a una remuneración equitativa y única por la comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales (...) queda claro que los productores de fonogramas tienen derecho a recaudar la remuneración por la utilización secundaria de los fonogramas o de las copias de los mismos. (como se citó en Soria Aguilar, 2016, p. 98).

Como podemos apreciar, intervienen dos (02) SGC distintas de acuerdo al tipo de titular en favor del cual se recauda: la Apdayc para los autores y compositores y la Unimpro para los productores fonográficos y lo artistas intérpretes/ejecutantes; ellos,

titulares de derechos de autor y derechos conexos, respectivamente. Y pues, se trata de una recaudación simultánea y dual por parte de ambas entidades puesto que un DJ utiliza obras musicales fijadas en fonogramas con lo cual, entran a tallar, tanto los derechos de autor del compositor de la obra musical *per se* cómo los derechos conexos sobre el fonograma de los productores fonográficos y los artistas intérpretes y ejecutantes.

Por lo tanto, no se trata de una infracción de parte del disyóquey al utilizar obras musicales contenidas en fonogramas de terceros titulares para fines de la creación y ejecución de su DJ Set en una discoteca; sino que, dicho uso comercial de fonogramas musicales, en primer lugar, es autorizado por parte de la SGC a favor del local permanente, y a cambio de dicha licencia de uso, el local permanente paga una contraprestación pecuniaria determinable conforme a la tarifa que tenga publicada la SGC. En este sentido, el uso de fonogramas musicales de titularidad de terceros por parte del DJ para fines de creación y ejecución de su DJ Set queda autorizado a través de la recaudación de regalías y distribución para con los titulares de los derechos patrimoniales de autor y conexos sobre dichas obras por parte de la SGC. Otra cuestión es que dichas entidades privadas hayan tenido problemas de recaudación por una falta de actualización de sus recursos acorde con los avances tecnológicos, y en consecuencia, hayan enfrentado cuestionamientos legales en sede administrativa (Indecopi) por una ausencia de transparencia y arbitrariedad en el reparto de los derechos (Murillo Chávez, 2016); problemas que, escapan el enfoque del presente trabajo de investigación.

Si bien los derechos patrimoniales autorales y conexos de los distintos titulares de las obras musicales y fonogramas que emplea el disyóquey al momento de comunicar públicamente su DJ set en un local permanente (discoteca) están protegidos en virtud de la actuación de las SGC como hemos visto en los párrafos que anteceden, consideramos que el disyóquey paralelamente, es titular de su DJ Set por ser autor y artista ejecutante de dicha obra como hemos mencionado anteriormente también. Ello, dado que su creación intelectual no solamente cumple con el requisito de originalidad subjetiva en los términos del Precedente de Observancia Obligatoria establecido por el Indecopi; sino que, además, desde sus inicios, el mismo personaje del DJ ha sido un promotor músico- cultural por excelencia. En ese sentido, históricamente, ha sido capaz de catapultar obras musicales a los *hits* de los *Billboard*, relanzar músicos al estrellato (a pesar de que sus

carreras ya estaban prácticamente acabadas) y contribuir sustancialmente a la venta de discos de vinilo, como veremos a continuación.

3.9 El DJ como promotor músico-cultural por excelencia

Martin Block fue la primera verdadera estrella entre los disyóqueis; uno de los pocos personajes exitosos que descubrió el camino hacia el rápido ascenso postguerra. Block llamó a su programa radial '*The World's Largest Make Believe Ballroom*' y empleó toda su destreza en utilizar los discos de vinilo de la mejor manera posible. En solo cuatro meses, su estilo natural sin guion, le permitió ganarse el corazón de cuatro millones de oyentes y así su programa se extendió a dos horas y media. En 1940, Martin Block fue el que batió todos los récords. Si tocaba algo, era un éxito. La influencia de Block como disyóquey generó una nueva figura en la industria de la música: el promotor discográfico (Brewster & Broughton, 2014, pp. 37-39).

En base a esto último, *Capitol Records* formalizó esta idea de promoción radial en 1942, el primer año de existencia del sello. El presidente de *Capitol*, Glenn E Wallich, recurrió al disyóquey para mantener la música del sello discográfico en la mente de la gente. Elaboró una lista de los cincuenta disyóqueis más influyentes del país y les entregó personalmente a cada uno de ellos un paquete promocional especial de vinilos de la producción de *Capitol*. Este fue el primer ejemplo de un sello discográfico entregando vinilos promocionales a disyóqueis en masa. Al final de la guerra, los disyóqueis de radio habían comenzado a disfrutar de un respeto mayor. Y durante los años cincuenta y sesenta, el disyóquey de radio se convirtió en una profesión totalmente aceptada, en una parte integral de la industria musical. El disyóquey ahora era un poderoso creador de éxitos y su patrocinio podía comenzar la carrera de un artista de la noche a la mañana. En 1949, DJ Bill Randle de Cleveland, que descubrió a Johnnie Ray y Tony Bennett, resumió su función en pocas palabras: 'No me importa lo que sea. Quiero hacer hits' (Brewster & Broughton, 2014, p. 39).

Por otro lado, para sorpresa de muchos, el *Rock'n'roll* fue creado por el disyóquey. Se dice que nació la noche del 21 de marzo de 1952, cuando Alan Freed, disyóquey de la estación de radio WJW de Cleveland, presentó su '*Moondog Coronation Ball*', un gran

concierto de *rhythm and blues*. Tal era el poder de Freed como disyóquey que, con poca publicidad (a excepción de sus anuncios al aire), el evento atrajo a una gran multitud frenética de asistentes. A las 11:30 p.m., como informó el medio local Cleveland Press, había una multitud aplastante de 25,000 *hipsters*, atascando cada centímetro de la pista de baile (Brewster & Broughton, 2014, p. 44).

El 7 de septiembre de 1954, Freed emitió su primer programa en la estación de radio *WINS* de Nueva York. En cuestión de semanas, se convirtió en la fuerza dominante en la radio, atrayendo a una gran audiencia racialmente mixta por su versatilidad musical. Ray Reneri, que trabajaba para Freed, afirmó que si tocaba un disco, ‘vendía diez mil copias del mismo disco al día siguiente’ (Brewster & Broughton, 2014, p. 44).

En cuanto a la promoción de música en las discotecas, *Le Jardin* (en Nueva York) cautivó la atención de las compañías discográficas sobre la influencia comercial de la escena disco. Fue aquí, en gran parte gracias a Guttadaro (disyóquey de la época), que la industria se interesó completamente por el poder promocional del disyóquey de discotecas. La canción ‘*Never Can Say Goodbye*’ de Gloria Gaynor de 1973 fue el primer disco que llegó a la cima de los *charts* de *Billboard* como resultado de su promoción constante en una discoteca, seguido de cerca por ‘*Do it Till Your're Satisfied*’ de *BT Express*. Sumado al éxito tan notorio de ‘*Soul Makossa*’ de Manu Dibango el mismo año, había quedado claro que los disyoqueis de discotecas podían ejercer una influencia impresionante en el público. El próximo éxito transversal de clubes sería tan grande que cambiaría para siempre la forma en que la industria discográfica promocionara su música (Brewster & Broughton, 2014, p. 179).

Cuando el agente promocional de discos del sello discográfico *20th Century Records*, Billy Smith, le entregó a Bobby DJ una copia de ‘*Love's Theme*’ de *Love Unlimited Orchestra*, creado por el productor y cantante de Los Ángeles Barry White, aquel disyóquey lo tocó hasta que los surcos del disco de vinilo se deterioraron. Los otros disyoqueis de la ciudad también lo pinchaban con el mismo entusiasmo y la canción terminó en el número 1 en la lista de éxitos. Su éxito se debió claramente a la promoción pública y constante en discotecas, ya que el álbum en el que estaba, *Love Unlimited*, vendió cincuenta mil (50,000) copias antes de que la canción se escuchara en la radio. En

reconocimiento a su trabajo promocional a favor del disco, Bobby Guttadaro fue el primer disyóquey del club en recibir un disco de oro, que fue entregado en persona en *Le Jardin* por Barry White (Brewster & Broughton, 2014, p. 179).

Le Jardin también figura en otro pequeño capítulo del auge de la música disco. Al darse cuenta del creciente interés en las presentaciones del disyóquey, John Addison comenzó a realizar grabaciones nocturnas de sus presentaciones *reel to reel*. A través de una línea telefónica, los vendía a cualquier persona interesada por \$75 (setenta y cinco dólares americanos) por una noche entera de grabación de las mezclas de un disyóquey. En su edición del 12 de octubre de 1974, *Billboard* alertó a la industria sobre esta práctica ilegal, señalando que estas grabaciones de las ejecuciones de mezclas de una canción a otra de un disyóquey evitaban el pago a los titulares de derechos de autor, sellos discográficos y artistas (Brewster & Broughton, 2014, p. 180).

Bob Casey, quien creó NADD (la primera asociación de disyoqueis en Estados Unidos denominada *National Association of Discothèque Disc Jockeys*⁴³) intentó desde el principio legitimar la práctica de vender estos DJ Sets, contactando sin éxito a ASCAP⁴⁴ para preguntar qué tipo de pago de regalías se requeriría (Brewster & Broughton, 2014, p. 181).

Aunque las organizaciones de derechos de autor no permitieron a los disyoqueis vender sus DJ Sets, estaban bastante preparadas para permitir que las compañías discográficas usaran la misma idea. En el mismo mes en que apareció la pieza de *Billboard* sobre la ilegalidad de la venta de DJ Sets, *Spring Records* lanzó *Disco par-r-r-ty* como el primer LP compuesto enteramente por canciones mezcladas conjunta y simultáneamente sin solución de continuidad. Dicho disco contó con obras musicales de autoría de James Brown, Mandrill y Barry White. No dieron crédito al disyóquey en el disco. Hoy en día, los álbumes de mezclas de disyoqueis representan una parte considerable del mercado de la música. Aunque tenían poca idea de cuán rentable sería

⁴³ Casey propuso lo que vio como una solución radicalmente diferente: establecer una asociación que recibiría los vinilos de los sellos discográficos en nombre de cualquier disyóquey acreditado por la Asociación Nacional de Disyoqueis de Discotecas. Era una forma de formalizar y legitimar a un disyóquey ante los ojos de la industria musical (Brewster & Broughton, 2014, p. 191).

⁴⁴ Es la *American Society of Composers, Authors and Publishers*.

este formato, la industria discográfica y sus organizaciones de derechos de autor actuaron (en gran parte sin saberlo) desde el principio para asegurarse de que el disyóquey fuera reconocido. Solo en los últimos años, cuando claramente se habían convertido en estrellas comercializables, a los disyoqueis se les permitió actuar (Brewster & Broughton, 2014, pp. 180-181).

Ahora, existe otro concepto en inglés en relación a la labor primigenia de descubrimiento de temas musicales potencialmente exitosos por parte del disyóquey: el *digging*. El *digging*, cuya traducción literal al español significa ‘excavar’ se remonta al noble papel del disyóquey como promotor discográfico y evangelista musical, rescatando canciones olvidadas de artistas jamás escuchados, para posteriormente poner dichas obras musicales en un DJ Set o en una compilación para que puedan revivir o renacer. Así, el *digging* puede potencialmente ayudar a resucitar la carrera de un artista, como sucedió con David Axelrod, o arrojar luz sobre álbumes olvidados, como hizo el sello *Finders Keepers* con ‘*L'Enfant Assassin Des Mouches*’ de Jean-Claude Vannier o como Motel hizo con su reedición de Gary Wilson ‘*You Think You Really Know Me*’ (Brewster & Broughton, 2014, pp. 282-283).

Finalmente, el último caso de disyóquey súper-estrella que traeremos a colación es el de Larry Levan. Larry, naturalmente, saltó a la cima de la lista de disyoqueis cuando se trataba de recibir nuevos vinilos. Un promotor discográfico, con referencia a Larry, señaló lo siguiente: ‘es alguien que entusiasma a los mejores de la industria discográfica para entregar personalmente nuevos álbumes. Cuando un disco va hacia él, sabemos que tenemos un éxito’ (Brewster & Broughton, 2014, p. 300).

Larry Levan era pinchadiscos de la discoteca legendaria de Nueva York conocida como *Paradise Garage*. El poder de dicha discoteca fue evidente en su efecto positivo sobre el comercio local de discos de vinilo. A finales de 1978, una pareja matrimonial, Charlie y Debbie Grappone, abrieron una pequeña tienda de música *rock* llamada *Vinylmania*. Coincidentemente, estaba a la vuelta de la esquina del *Paradise Garage* y Grappone pronto notó las hordas de personas que corrían hacia el metro cada sábado en las mañanas. Grappone en su testimonio recuerda que la tienda vendía cientos de copias de los favoritos del *Paradise Garage*, y que Larry era El Rey. Si Larry tocaba un disco,

se vendía la mañana siguiente en *Vinylmania*. Uno de esos discos fue '*Heartbeat*' de Taana Gardner. *Vinylmania* vendió más de cinco mil (5,000) copias de dicho disco (Brewster & Broughton, 2014, p. 301).

Por tanto, puede decirse que un disyóquey no tiene que crear obras musicales para ser un artista: los más grandes pueden expresar su arte en sus presentaciones en discotecas. Escuchar en una sola noche una cantidad impresionante de música recopilada de miles de fuentes distintas, basada en años de coleccionismo obsesivo, una secuencia musical que nunca antes se había imaginado y que jamás podría volver a repetirse, es presenciar a nada menos que un gran artista. La discusión sobre el estatus del disyóquey se sustenta en gran parte en la ignorancia de lo que realmente hace un disyóquey experto. Si estamos felices de otorgarle a un chef, director o productor discográfico el galardón de artista, también deberíamos dejar espacio para el disyóquey (Brewster & Broughton, 2006, p. 494).

En suma, podemos afirmar sin la menor duda que el disyóquey no solo ha sido y es un autor y artista ejecutante de su DJ Set por derecho y mérito propios, sino que, además de dichas virtudes jurídicas, es un promotor musical y agente cultural, al haber sido reconocido históricamente como el personaje clave para: lanzar al estrellato carreras artísticas de colegas musicales, revivir a aquellas carreras acabadas, el éxito de los sellos discográficos en relación a sus lanzamientos y la venta de discos de vinilo en las tiendas de música o *record shops* respectivos. En ese sentido, y como veremos a continuación, su labor tanto creativa como cultural queda implícitamente reconocida, y por lo tanto, protegida, conforme al artículo 2 inciso 8 de nuestra Constitución.

3.10 El DJ Set como creación artística y manifestación del derecho de acceso a la cultura según el artículo 2 inciso 8 de la Constitución Política del Perú de 1993

Nuestra Constitución vigente reconoce en su artículo 2 inciso 8 tanto el derecho fundamental de crear obras intelectuales, con su correspondiente derecho de propiedad intelectual sobre dicha obra, y el derecho de acceso a la cultura, conforme al siguiente precepto:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. (Constitución, 1993).

En base a la redacción de dicha norma constitucional, Tamayo Yañez (2015), aprecia que está compuesta por “dos oraciones, una establece el derecho de acceso a la cultura y otra reconoce el derecho de autor. Esta dualidad podría tener su origen también en los instrumentos internacionales que regulan la materia” (p. 19). Esta última idea, encuentra su razón de ser también en nuestra Constitución, puesto que en su cuarta disposición final y transitoria dispone lo siguiente:

Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. (Constitución, 1993).

En este sentido, y dado que nuestra Carta Magna menciona expresamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, conviene traer a colación lo que dicho pacto internacional de carácter fundamental dispone con respecto a los derechos culturales e intelectuales, conforme a su artículo 27:

1. *Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes [cursivas añadidas] y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.*
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

Como podemos notar, la característica de esta norma internacional se repite en nuestra norma fundamental: su doble estructura. Por un lado, se reconoce el derecho de gozar de la cultura, artes y ciencias; y por otro, se resguarda los intereses de los creadores de cultura: los autores de obras intelectuales. Sin embargo, lo más importante a resaltar para fines de este trabajo, es que no cabe duda alguna sobre la categoría de derecho humano tanto del derecho de autor como del derecho de acceso a la cultura, puesto que el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según Ríos Ruiz, ha establecido inequívocamente la paridad y equivalencia de dichos derechos, de modo que revisten la misma jerarquía y no puede protegerse uno en detrimento del otro (como se citó en Tamayo Yañez, 2015, p. 14).

Asimismo:

La Resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas... reitera que los derechos culturales son derechos humanos y que comprenden el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones. (Tamayo Yañez, 2015, p. 15).

Por lo tanto, y sobre la base de lo prescrito por la Declaración Universal de Derechos Humanos y nuestra Constitución, podemos interpretar que nuestra Carta Magna reconoce implícitamente el derecho fundamental del disyóquey de crear y ejecutar sus mezclas musicales como contenido esencial de su libertad de creación artística, con su respectivo derecho de propiedad intelectual sobre su obra por excelencia, el DJ Set; y éste, bajo la misma interpretación, constituiría la participación cultural de la persona del disyóquey como del público espectador de su obra, como manifestación del ejercicio de acceso a la cultura del mundo de hoy, cada vez más globalizado e interconectado. Y conforme esta línea de ideas, nosotros nos adherimos a la definición de cultura asumida por Tamayo Yañez (2015) de acuerdo al siguiente tenor: “podemos entender la cultura como una manifestación del conocimiento humano y de su *forma de vivir* [cursivas añadidas] y entender el mundo” (p. 11).

Ahora, ¿por qué decimos que el DJ Set es una creación artística y manifestación de acceso a la cultura implícitamente reconocida por el artículo 2 inciso 8 de nuestra

Constitución? Porque, conforme se señala en la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, el ‘TC’) del Expediente 0009-2018-PI-TC, y sin la necesidad de recurrir residualmente a la cláusula abierta del artículo 3 de nuestra Constitución para reconocera un nuevo derecho fundamental⁴⁵, “solamente cabe acudir a aquella disposición [el artículo 3] cuando no es posible desprender de ningún derecho expresamente recogido en la Constitución algún o algunos contenidos implícitos que sirvan para la resolución de una problemática planteada” (Sentencia Exp. 0009-2018, 2020).

Y en ese sentido, “en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho (...)” (Sentencia Exp. 0009-2018, 2020). En este caso concreto, consideramos que dentro del contenido esencial del derecho expresamente reconocido de libertad de creación artística y acceso a la cultura en el artículo 2 inciso 8 de nuestra Constitución, está implícitamente protegido el derecho fundamental de crear DJ Sets como obras protegibles por el derecho de autor y ejercicio de la libertad personal de creación artística; y cuya dimensión social de dicha obra es, a su vez, una manifestación del derecho de acceso a la cultura por parte de la persona del DJ, como del público espectador del mismo, en la comunidad músico-cultural del mundo cada vez más globalizado e interconectado del siglo XXI.

En primer término, con respecto a la naturaleza de creación artística, y como ya hemos argumentado anteriormente, el DJ Set es, actualmente, y según la Resolución 958-2020/DDA-INDECOPI que otorga la inscripción en el Registro de la materia al DJ Set presentado por el autor del presente trabajo, una obra compilatoria de obras musicales caracterizada por la técnica de *beatmatching* (habilidad del DJ de poder sincronizar los tempos de las obras musicales de tal forma que puedan reproducirse y mezclarse conjunta y simultáneamente sin solución de continuidad) que cumple con el requisito *sine qua non* de originalidad subjetiva (tanto en la selección como disposición de las obras musicales individuales empleadas para la creación y ejecución del DJ Set) establecido por el

⁴⁵ Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Es decir, esta norma constitucional prescribe que el listado de todos los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución es de carácter abierto o *numerus apertus*, por lo que, dicho listado no agota taxativamente todos los derechos fundamentales de la persona humana.

Precedente de Observancia Obligatoria; y que por lo tanto, constituye una obra protegible por el Derecho de Autor.

En segundo término, con respecto al DJ Set como una manifestación del derecho de acceso a la cultura por parte del disyóquey y del público espectador en el acervo músico-cultural del mundo al día de hoy, cada vez más globalizado e interconectado por los avances tecnológicos y las redes sociales, no cabe duda de que el utilizar fonogramas musicales de terceros titulares para crear una obra intelectual original es una manifestación propia de la cultura del disyóquey y promoción musical, que históricamente (como también hemos demostrado en el subtítulo anterior referido al DJ como promotor músico-cultural por excelencia) ha beneficiado enormemente a las compañías discográficas en cuanto al marketing y promoción de los lanzamientos de sus obras musicales y la venta de discos de vinilo. Tanto fue así que las mismas disqueras tenían personal específicamente designado (conocidos como *A&R – Artist & Repertoire* o Artista y Repertorio) para contactar al disyóquey y entregarle los discos de vinilo que contenían las obras musicales para que las comunicara públicamente a través de las estaciones de radio o en las fiestas de las discotecas. Estas acciones surtían efectos positivos para los titulares de las obras musicales y fonogramas, puesto que, los ejemplos proporcionados como el del disyóquey legendario Larry Levan posibilitaban un incremento excepcional en ventas de discos de vinilo debido a los DJ Sets confeccionados por dicho disyóquey en la discoteca legendaria de Nueva York conocida como *Paradise Garage*.

Además de la historicidad del valor que ha representado el disyóquey para promocionar y facilitar el acceso a la cultura musical, dicho valor agregado sigue vigente actualmente, que se evidencia mediante la práctica masiva y generalizada de subir, compartir y difundir DJ Sets en las redes sociales y plataformas digitales como *Facebook*, *Instagram*, *YouTube*, *SoundCloud*, *Twitch* y *Mixcloud*. Tanto es así que el lema ilustrativo de una de estas plataformas digitales, *Mixcloud*, es *This is audio culture*⁴⁶.

⁴⁶ Además de ello, si uno explora un poco más la página principal de *Mixcloud*, en su parte inferior invita al cibernauta a descubrir y explorar millones de *DJ Mixes* (éste último término es sinónimo de DJ Set).

En particular, durante el 2020, año de la pandemia causada por el brote y esparcimiento del COVID-19 a nivel mundial, surgió una ola enorme de transmisiones en vivo y en directo de DJ Sets en Internet dado que dicho virus impactó negativamente (más que a cualquier otro sector de la economía) a la industria cultural y de entretenimiento. Y en este contexto, con las discotecas clausuradas y los artistas quedándose en casa, muchos de ellos [los disyóqueis] decidieron compartir sus expresiones creativas [DJ sets] mediante las transmisiones en vivo en las redes sociales (White, 2020, párr. 1). Este hecho constituye fáctica e innegablemente una forma adaptada de vivir de toda la comunidad de disyóqueis y público aficionado en los tiempos actuales.

Así pues, en esta nueva discoteca digital, los *chats* propios de las transmisiones de DJ Sets en vivo y en directo por parte de los disyóqueis mediante sus redes sociales son protagonizados por sus seguidores, quienes debaten intensamente sobre la identificación de los títulos de los temas y el nombre de los artistas de los fonogramas musicales utilizados por el disyóquey para confeccionar su DJ Set en tiempo real. De hecho, este intercambio –por más que sea virtual–, es un acto recíproco, colaborativo y creativo dado que el disyóquey y el público espectador interactúan juntos para dar forma a una nueva experiencia de vivir y compartir la pasión por la música (Paor-Evans, 2020, párr. 8). Y esto, en suma, es cultura. Cultura musical. Es la manifestación del derecho de acceso a la cultura y disfrute de la misma, derechos culturales protegidos por los tratados internacionales y nuestra Constitución en un solo acto: la transmisión del DJ Set por el disyóquey y la recepción del mismo por el público aficionado.

Y por si aún cabe duda sobre el valor cultural del DJ Set como expresión artística protegida por tratados internacionales y nuestra Constitución, la revista *Rolling Stone*, en el 2015, publicó un artículo sobre los “25 greatest mixes from the Internet age” [los 25 mejores DJ Sets de la era del Internet] (Aaron, et al., 2015, párr. 1). Dicha publicación constituye un innegable ejemplo del acceso cultural que brinda el DJ Set, toda vez que el contenido de dicha obra está compuesta por música de todo tipo de género, toda época y de una gran variedad de artistas intérpretes y ejecutantes, autores, compositores y productores fonográficos de distintas generaciones. Es decir, el disyóquey crea cultura

musical y brinda acceso a la cultura musical sobre la base de la cultura musical preexistente, reinterpretándola mediante su obra por excelencia: el DJ Set.

Por lo tanto, el crear DJ Sets es una expresión que implícitamente queda protegida por el contenido esencial del derecho fundamental de creación artística reconocido por el artículo 2 inciso 8 de nuestra Constitución. Y también, dicha obra es una manifestación del derecho de acceso a la cultura para el disyóquey y público espectador, puesto que permite a ambos sujetos, tanto activo (el disyóquey – emite de cultura musical) como pasivo (el público espectador – receptor de la cultura musical) utilizar cultura preexistente (fonogramas musicales preexistentes) para crear una nueva obra original (el DJ Set) con la finalidad de disfrutar de ella y compartirla al mundo, comunicándola públicamente en las discotecas como en las redes sociales.

Finalmente, no olvidemos que:

“Los derechos culturales son derechos relacionados con el arte y la cultura, entendidos en una amplia dimensión. *Son derechos promovidos para garantizar que las personas y las comunidades tengan acceso a la cultura y puedan participar en aquella que sea de su elección* [cursivas añadidas]. (como se citó en Tamayo Yañez, 2015, p. 12).

3.11 El DJ Set como obra conciliadora entre el Derecho de Autor y el derecho de acceso a la cultura

El conflicto normativo existente entre los derechos de autor y el derecho de acceso a la cultura es evidente, toda vez que tienen la misma jerarquía: ambos son reconocidos en el artículo 2 inciso 8 de nuestra Constitución. Pero, sobre todo porque protegen intereses contrapuestos. El primero, como ya hemos estudiado, otorga una serie de derechos patrimoniales exclusivos y excluyentes (monopolio legal) para que el titular (persona natural o jurídica) de la obra la explote de acuerdo a sus intereses particulares, con la potestad de autorizar y/o prohibir a terceros el uso de la obra, salvo las excepciones y limitaciones establecidas taxativamente por nuestra Ley. En cambio, el segundo, es un derecho fundamental que tiene toda persona de poder disfrutar de la cultura, la cual, sin

duda alguna, implica el disfrute de las obras artísticas, protegidas o no (éste último caso, cuando se encuentran ya en el dominio público), por el Derecho de Autor. Es el derecho de la sociedad de gozar de las artes; y el Estado, en teoría y según nuestra Carta Magna, propicia el ejercicio de dicho derecho.

Ante dicho panorama constitucionalmente conflictivo, la interrogante que surge inmediatamente es la siguiente: ¿cómo puede una obra, el DJ Set, conciliar los intereses contrapuestos propios del derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura? La respuesta está en la esencia inherente del DJ Set, cuya creación y ejecución simultáneas implica la utilización de fonogramas musicales preexistentes, los cuales, forman parte del acervo músico-cultural de la humanidad.

En este sentido, el hecho que se reconozca a un DJ Set como obra de arte protegible por el Derecho de Autor significa legalizar y legitimar una práctica y expresión musical democratizada cuya creación inherentemente depende de la utilización de obras musicales preexistentes.

Es decir, la persona del disyóquey es capaz de no solamente crear una obra compilatoria original, característica además evidenciada a través de la selección y disposición de fonogramas musicales preexistentes empleados conforme a nuestra Ley, sino que dicha obra *per se* constituye una manifestación del derecho de acceso a la cultura. Porque el disyóquey crea una obra sobre la base de la utilización de la cultura musical preexistente, de obras musicales y fonogramas previamente creados. Además, y de acuerdo a lo explicado en el subtítulo anterior, el disyóquey es el sujeto activo de este ejercicio particular del derecho de acceso a la cultura puesto que él hace uso de la cultura musical para crear su obra, el DJ Set. Pero también no debemos olvidarnos del sujeto pasivo de esta manifestación del derecho de acceso a la cultura, el público espectador del DJ Set, sea dicho público presencial (al tiempo de la redacción de esta tesis – escenario prohibido); o virtual, en las redes sociales y plataformas digitales. Por ello, cabe enfatizar el comentario de Villalba en relación a la interdependencia existente entre los derechos de autor y el derecho de acceso a la cultura:

En los trabajos sobre el derecho de autor las facultades de los titulares de los derechos sobre las obras suele ser confrontado con el derecho de

acceso a la cultura (...) *el acceso a la cultura depende por una parte de que exista una cultura que se rehaga constantemente y por la otra parte que existe un público que se encuentre preparado para acceder a ella* [cursivas añadidas]. (como se citó en Tamayo Yañez, 2015, p. 23).

Prima facie, podría observarse que parece una contradicción argumentar que una obra protegible por el Derecho de Autor pudiera facilitar el acceso a la cultura, ya que estaría sujeta a los derechos exclusivos y excluyentes que nuestra Ley⁴⁷ le otorga a su titular para su explotación económica. Sin embargo, ese análisis es incompleto, puesto que se trata de una obra cuya creación y ejecución, reiteramos, se basa inherentemente en el uso de obras de titularidad de terceros; por lo que, el reconocimiento de la posibilidad de utilizar esas obras sin autorización de los terceros titulares ya sería un punto a favor de equilibrar la balanza entre la protección otorgada por el Derecho de Autor y hacer valer el derecho de acceso a la cultura, sin tener que establecer una nueva excepción al respecto. Y además, se trata de una obra creativa que cumple con el requisito de originalidad subjetiva establecido por el Precedente de Observancia Obligatoria. En este sentido, nuestro objetivo a través de la reflexión contenida en el presente trabajo es seguir promoviendo la creación mas no impidiéndola o defendiendo un sistema contraproducente en relación a su propia finalidad – el progreso cultural. Se trata de hacer el sistema mucho más flexible, ajustado a los modos de creación artística del mundo de la sociedad de la información (Huarag Guerrero, 2018).

En este caso específico, la interpretación de nuestra Ley debería favorecer no a los titulares de las obras utilizadas por el disyóquey sino a éste último puesto que él es el autor de la nueva obra original, permitiéndole explotarla sin requerir la autorización de los autores primigenios (independientemente de su comunicación pública en locales permanentes o en cualquier otro escenario, como por ejemplo, una radio digital). Esto, en razón de que el DJ Set es una obra creativa que cumple con el requisito de originalidad subjetiva establecido por el Precedente de Observancia Obligatoria y cuya creación y

⁴⁷ Artículo 37.- Siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor.

ejecución constituye una manifestación del derecho de acceso a la cultura (tanto por su sujeto activo – el disyóquey, como por el sujeto pasivo – el público espectador). De lo contrario, “seguirá ocurriendo lo que ocurre hoy: Las restricciones por derechos de autor [necesidad de contar con autorización de titulares] seguirán actuando como barrera a la difusión cultural y bloquearán el acceso a todo lo que caiga bajo su dominio” (Fossatti & Gemetto, 2013, párr. 10).

Pero más allá de las prerrogativas patrimoniales que nuestra Ley otorga a favor de los titulares originarios de las obras musicales y fonogramas correspondientes utilizados en la creación del DJ Set, tampoco podemos inobservar que el disyóquey, a través de su obra, está brindando acceso músico-cultural al público espectador cuando lo comunica públicamente, hoy en día, también a través de sus redes sociales. No olvidemos que se trata de un sujeto cuyo rol esencial es promocionar la música, y que, históricamente, los mismos titulares de las obras musicales y fonogramas han buscado el apoyo promocional de la figura del disyóquey para publicidad y marketing a fin de crear *hits* y aumentar la venta de sus producciones musicales. En este sentido, el reconocimiento del DJ Set como obra de arte protegible por el Derecho de Autor permitiría cumplir simultáneamente con ambas finalidades de esta rama de la ciencia jurídica: brindar a la sociedad la mayor cantidad de obras intelectuales y proteger a los titulares por el esfuerzo desempeñado en la creación y difusión de sus obras. Por lo tanto, su reconocimiento como obra cumplirá con “la necesaria reconciliación que debe existir entre el interés público de acceder al conocimiento y *a los productos de las nuevas tecnologías con el también interés público de estimular... la creación de todo tipo de productos*” [cursivas añadidas] (Kresalja, 2010, p. 131).

No se trata de interpretar siempre a favor de las facultades exclusivas y excluyentes que otorga nuestra Ley a los titulares primigenios de las obras subyacentes del DJ Set sino de reconocer que dicha obra es original porque cumple con los requerimientos establecidos por el Indecopi y además permite un adecuado ejercicio del derecho de acceso a la cultura adaptado a los tiempos actuales. Por ello, cerramos este acápite rescatando la valiosa reflexión de Ferreyros Castañeda (2007) sobre la interdependencia del Derecho de Autor y el Derecho a la Cultura – “No se plasman ni conciben de manera aislada porque *tratándose ambos de derechos humanos, no caben*

subordinaciones. Ambos no solo son concurrentes: ¡dependen uno del otro!" [cursivas añadidas] (p. 114).

3.12 Breve análisis económico del Derecho aplicado al DJ Set

Conforme rescatan Oré y Tavera (2007), citando a Baumol:

El establecimiento del sistema de derechos de autor persigue dos objetivos importantes que en cierto punto son contradictorios: (i) asegurar a los autores la oportunidad de ser recompensados por su esfuerzo a fin de incentivar la inversión en nuevas creaciones y (ii) facilitar el acceso a estas obras y su divulgación a otros, a fin de expandir el conocimiento y los beneficios que pueden generar éstas en las sociedades. Para cumplir con ambos objetivos, las *acciones de política deben ser cuidadosamente balanceadas para que el sistema sea sostenible a largo plazo* [cursivas añadidas]. Las compensaciones a los creadores deben ser lo suficientemente altas para cubrir al menos los costos de la producción creativa y generar incentivos apropiados para la creación, y al mismo tiempo lo suficientemente bajas para garantizar su acceso a la mayor cantidad de personas. (p. 205).

Dichas acciones de política, supuestamente balanceadas, se traducen en nuestro sistema de Derecho de Autor mediante el otorgamiento de un listado enunciativo de derechos patrimoniales exclusivos y excluyentes a favor de los titulares de las obras protegibles para que las exploten económicamente (interés privado), y el establecimiento taxativo de limitaciones y excepciones a dichos derechos a favor de la sociedad para que, en determinados supuestos específicos, acceda y goce de las obras (interés público).

En este marco, los retos económicos que justifican la existencia del Derecho de Autor los menciona Cavero Safra (2012), de acuerdo a lo siguiente:

Ahora bien, desde el punto de vista del análisis económico del derecho hay, a su vez, dos líneas argumentales a favor de los derechos de propiedad intelectual. La primera está basado en el llamado ‘problema de los bienes

públicos’ y la segunda en la llamada ‘tragedia de los comunes’ que trataremos de resumir a continuación. (p. 125).

Circunscribiéndonos al primer dilema para los fines del presente trabajo, es menester tener claro que la propiedad intelectual tiene como pilar fundamental y bien objeto de protección a la información (Huarag Guerrero, 2016). En este sentido, debemos tener presente que “existen dos principios que se utilizan para determinar las características económicas de un bien a fin de proporcionarles un tratamiento económico adecuado: la *rivalidad* y la *exclusividad*” (Huarag Guerrero, 2018, p. 193). Por un lado, conforme explica Pasquel (2004) “la rivalidad en el consumo consiste en que la utilización del bien por un individuo impide su uso por parte de otro” (p. 62). Por otro lado, la exclusividad implica “los costos de impedir que otro use el mismo bien” (Rodríguez García, 2008, p. 302).

Ahora, la característica inherente de la información, –sobre todo hoy en día por la masiva desmaterialización (digitalización) de los soportes físicos que antes contenían a las obras–, es que constituye un bien público. Un bien público es aquel que no reviste rivalidad en su consumo. Es decir, es un bien que puede consumirse simultáneamente por dos (02) o más personas sin que disminuya su disponibilidad (dos usuarios de *Facebook* pueden leer la misma noticia al mismo tiempo sin que dicha noticia se agote). Es un bien no rival. Y, en atención a ello, es un bien cuyos costos de exclusión son altísimos, dada la imposibilidad de prácticamente poder impedir que una persona no copie una obra digitalizada (de hecho, la versión digitalizada de una obra es una copia). De este atributo inherente a las obras protegibles por el Derecho de Autor se explica por qué dicho sistema de la propiedad intelectual, a lo largo de los años, se ha robustecido en términos de su duración (inicialmente, con el Estatuto de la Reina Ana, su periodo duraba 14 años renovables por un periodo adicional de la misma duración; ahora, el periodo de protección dura toda la vida del autor más 70 años contados a partir del año siguiente a su muerte en nuestro país). Pero también en términos de su alcance de protección a nivel global, conforme ilustra Huarag Guerrero (2016):

Vemos con preocupación la manera en la que ganan terreno determinadas iniciativas legislativas que recortan derechos fundamentales de los

ciudadanos bajo la consigna de la protección de la propiedad intelectual. Así, la lucha contra la piratería de contenidos se convierte en el pretexto para un mayor control por parte de los gobiernos sobre los medios de información digital, la censura, la invasión de la privacidad, y la restricción de conocimiento libre. Y el fenómeno se reproduce en muchos países, como podemos ver con la *Ley Hadopi* en Francia, la *Ley Sinde* en España, la *Stop Online Piracy Act (SOPA)* en Estados Unidos, o en acuerdos internacionales, como el *Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*. (p. 153).

Sobre la base de la no rivalidad de las obras musicales, y la dificultosa labor fiscalizadora en la que deben incurrir los titulares de dichas obras a nivel mundial (peor aún si son los mismos autores, artistas y/o productores fonográficos sin la representación de las Sociedades de Gestión Colectiva) para evitar que un disyóquey utilice sus obras en sus DJ Sets (*enforcement*), consideramos que, –sin ánimos de sugerir que la propiedad intelectual debería eliminarse por completo–, sus niveles de protección que actualmente reviste el régimen legal peruano es excesivo, en especial el Derecho de Autor (Bullard, s.f., pp. 2-3). Sobre todo con respecto la necesidad del disyóquey de contar con la autorización expresa de los titulares de las obras musicales y fonogramas para explotar su DJ Set más allá del uso de dichas obras en los locales permanentes (o en cualquier otro escenario) donde se comunican públicamente a través del desarrollo de una fiesta.

Así pues, dicho requerimiento de autorización es excesivo en relación al ejercicio de la libertad de creación artística del disyóquey puesto que:

El creador de bienes intelectuales incurre en una serie de costos en el proceso ('costos de creación')... *En el caso de la literatura, música, y otros productos culturales* [cursivas añadidas] (protegidos por el derecho de autor) se trata fundamentalmente de un costo de oportunidad, es decir, el costo del tiempo que invierte el creador en lugar de dedicarlo a otra actividad lucrativa. (Cavero Safra, 2012, p. 125).

En esta línea de ideas, y con el actual régimen de nuestra Ley, el disyóquey depende de la autorización de los distintos titulares de las obras musicales y fonogramas

a fin de poder utilizar dichas obras para confeccionar su DJ Set, sujeción que tiene un *chilling effect* o efecto desincentivador para con el DJ, y por ende con la finalidad del Derecho de Autor, que es justamente promover el desarrollo artístico de la humanidad, ya que los costos de transacción (o de oportunidad, como los denomina Cavero Safra) son altísimos. Prueba de dicho efecto desincentivador está presente en este trabajo, puesto que el autor decidió no utilizar obras musicales y fonogramas de terceros titulares para crear su DJ Set y posteriormente solicitar su inscripción en el Registro de la materia, ya que existía el riesgo de verse inmiscuido en un procedimiento de infracción a derechos de autor impulsado de oficio por no contar con la autorización expresa de los terceros titulares sobre dichas obras. Sobre esta base, conviene traer a colación la experiencia de un disyóquey, llamado Andy Baio, quien había recibido una carta de un estudio de abogados requiriéndole US\$ 175,000.00 (ciento setenta y cinco mil dólares americanos) sobre una posible acción de infracción al *copyright* debido a una obra que había creado. Y a pesar que Andy Baio había conseguido las respectivas licencias, él le contó a *Buzzfeed* lo siguiente: ‘Para mí, este *chilling effect* es palpable. Me he sentido absurdamente asustado sobre publicar una canción desde que esto sucedió’. El caso de Andy Baio, el cual no es inusual, es otra prueba del efecto escalofriante del Derecho de Autor para con el disyóquey y su libertad de creación artística (Sayers, 2014, p. 19).

Los costos transaccionales o de oportunidad –que obstaculizan el libre desarrollo de la creación y difusión artística del DJ Set– implicarían lo siguiente: Primero, el costo de información sería identificar a los titulares de las obras musicales y fonogramas los cuales podrían ser los mismos autores y productores fonográficos, respectivamente, o las SGC que administran los derechos patrimoniales de aquellos. Recordemos que en nuestro país existen dos (02) SGC que autorizan el uso de obras musicales y fonogramas: Apdayc y Unimpro. En ese sentido, el disyóquey necesitaría una doble autorización (tanto por el uso de la obra musical como del fonograma). En segundo lugar, existiría el costo de negociación, que consistiría en llegar a un acuerdo con los titulares mismos de las obras o la SGC sobre los términos de la licencia de uso y la contraprestación pecuniaria a pagar por dicho uso. Dichas licencias podrían ser por cada obra musical y fonograma utilizado en el DJ Set (si el disyóquey negociara independientemente con cada uno de los correspondientes titulares) o podría ser una licencia global que incluya a todas las obras

musicales y fonogramas utilizados en el DJ Set por un solo precio total (licencia estándar de las SGC, de acuerdo a su repertorio administrado).

En aplicación de lo expuesto en el párrafo antecedente, no es difícil identificar los obstáculos que presenta el régimen de Derecho de Autor nacional, básicamente resumidos en la necesaria autorización con la que debería contar el disyóquey para explotar económicamente su DJ Set si éste contiene obras musicales y fonogramas de terceros titulares. En cuanto a la música electrónica, se afirma que es un género en el cual los disyóqueys utilizan obras de terceros titulares en 60 a 70 por ciento de sus DJ Sets; y que, en virtud de ello, sería excesivamente engorroso obtener licencias para utilizarlas. Dicho escenario también asume que los otros creadores (los terceros titulares de las obras a licenciar) estarían dispuestos a autorizar el uso de sus obras, lo cual definitivamente no está garantizado. El efecto del actual esquema de licenciamiento solo obstaculiza a los artistas del género (Sayers, 2014, p. 11). Es decir, en vez de que el disyóquey dedique su tiempo a crear su obra, estaría preocupado de conseguir las licencias correspondientes para utilizar obras de terceros titulares, lo que posiblemente vendría a ser una pérdida de tiempo total ya que la autorización de dichos terceros no está garantizada (depende de su sola voluntad). En este sentido, el costo de oportunidad, al fin y al cabo, lo paga no solo el disyóquey por verse desincentivado a crear y posteriormente explotar su DJ Set sino también la sociedad, porque jamás tendrá la oportunidad de acceder y gozar de dicha obra. Por esta razón Bullard (s.f.) afirma que “la PI [Propiedad Intelectual] genera distintos costos para la sociedad, incluyendo a los consumidores, y puede estar retrasando otros esfuerzos creativos” (p. 15).

Por otro lado, dichos puntos mencionados sobre los costos de transacción o de oportunidad han convencido a algunos estudiosos del Derecho de Autor de que no hay necesidad de protección. Los derechos patrimoniales son costosos de hacer valer – especialmente con respecto a derechos sobre bienes intangibles–, y los costos pueden superar los beneficios sociales en escenarios particulares (Landes & Posner, 1989). Uno de esos escenarios particulares es el caso de la obra bajo análisis – el DJ Set. Sin embargo, no estamos convencidos de que sea necesario eliminar la protección que brinda el régimen de Derecho de Autor, sino flexibilizarlo de acuerdo a los métodos y prácticas de creación del siglo XXI, lo cual permitirá que el disyóquey –sin miedo a incurrir en

infracciones al Derecho de Autor y por ende verse desincentivado— pueda crear y explotar su DJ Set sin contar con la autorización de los terceros titulares sobre fonogramas musicales utilizados en su obra por excelencia.

Es decir, para crear una nueva obra, dicha acción típicamente involucra tomar prestado o construir material sobre la base de una obra previa o serie de obras previas, así como agregar una expresión original a dicha(s) obra(s). Similarmente, una nueva obra de naturaleza musical [el DJ Set] puede tomar prestado cambios en el tempo y progresiones de acordes [armonía] de obras previas. En este sentido, mientras la protección de derechos de autor sea menos extensa, más podrá tomar prestado un autor, compositor u otro creador [el disyóquey] de obras preexistentes sin infringir el Derecho de Autor y, por lo tanto, serán menores los costos de creación de una nueva obra (Landes & Posner, 1989, p. 332).

El ‘tomar prestado’ no es una frase que utilizamos en vano porque: “el resultado final es que el uso del derecho de autor no excluye el uso de otros, y es costoso poner en vigencia mecanismos para que dicha exclusión llegue a funcionar” (Bullard, s.f., p. 5).

En otras palabras:

Pero si copio la canción de un autor, si bien yo puedo escucharla y reproducirla, el autor no deja de poder utilizarla. No ha sido privado de ella. No he entrado a su esfera para quitarle nada. Por el contrario, la existencia de un derecho de autor le concede la capacidad de controlar a quien quiere usarla sin afectarlo en lo más mínimo. Así “piratear” no es robar, porque en estricto no le estás robando nada a nadie, no le estás privando de poder usar lo que tiene. (Bullard, s.f., p. 10).

Analógicamente, el disyóquey en estricto no le está quitando a los terceros titulares de los fonogramas musicales el poder utilizar, promocionar y explotar dichas obras en particular a través de sus propios canales de publicidad y marketing. Simplemente, está tomando prestado dichas obras para poder ejercer su libertad de creación artística a fin de crear una nueva obra original, cuya creación intrínsecamente implica el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la cultura por parte del disyóquey (sujeto activo) y cuya recepción también implica el ejercicio del mismo derecho pero por parte del público espectador (sujeto pasivo). Por ello, los titulares de

derechos de autor quizá considerarán que está en su mejor interés limitar el alcance de la protección del Derecho de Autor *ex ante*. Toda vez que, si un futuro autor es libre de tomar prestado material de un autor previo, el costo de expresión del futuro autor se verá reducido; y, desde un punto de vista *ex ante*, todo autor es tanto el autor previo del cual un futuro autor quizá querrá tomar prestado material, como el mismo futuro autor inicial (Landes & Posner, 1989, p. 333).

En este sentido, debemos cambiar el *chip* sobre la necesidad legal de contar con la autorización de terceros titulares de obras para crear nuevas sobre la base de las preexistentes y:

Tratar de considerar que el autor es, de por sí, un usuario, y que, por lo tanto, los derechos de los usuarios no son tanto excepciones a los derechos del autor, sino que, en realidad, son aspectos centrales de la ley del derecho de autor que están inextricablemente arraigados en la autoría misma. La autoría es, de por sí, un modo de uso. (Tamayo Yañez, 2015, pp. 60-61).

Sobre el presente análisis económico del Derecho, queda claro que el actual régimen de Derecho de Autor peruano resulta escalofriante si el disyóquey pretende difundir y explotar económicamente su DJ Set debido a la necesidad actual de contar con el consentimiento expreso y por escrito de los terceros titulares sobre los fonogramas musicales, potestad que nuestra Ley otorga a dichos sujetos de acuerdo al tenor de los artículos 37 y 39. En ese sentido, dicha sujeción *ex lege* desalienta el ejercicio de la libertad de creación artística, obstaculiza el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la cultura (tanto para el disyóquey como para el público espectador), e imposibilita la explotación patrimonial de una nueva obra hecha con esfuerzo músico-intelectual (y que cumple con el indispensable requisito de originalidad). Y por ello, concluimos que los costos de exclusión (de utilización de fonogramas musicales por parte del disyóquey si éste no cuenta con la autorización expresa y por escrito de los titulares correspondientes) superan los costos de proliferación del DJ Set como obra legalmente protegible por el

Derecho de Autor. La necesaria autorización que se requiere resulta excesivamente gravosa tanto para el disyóquey como para la sociedad⁴⁸.

3.13 Conclusiones del capítulo III

1. Resulta registrable un DJ Set como compilación de obras diversas ante la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi (Resolución 958-2020/DDA-INDECOPI), si el Solicitante utiliza obras musicales de su propia autoría en el DJ Set objeto de solicitud de inscripción.
2. El DJ Set es una compilación de obras musicales cuya originalidad se manifiesta en la disposición que realiza la persona del disyóquey sobre las obras musicales mediante la técnica de *beatmatching*.
3. El DJ Set, como obra compilatoria, cumple con el requisito de originalidad subjetiva establecido por el Precedente de Observancia Obligatoria.
4. El artículo 2° inciso 8 de la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce implícitamente al DJ Set como expresión de la libertad de creación artística del disyóquey, así como manifestación del derecho fundamental de acceso a la cultura, tanto para la persona del disyóquey como del público espectador.
5. El DJ Set es una obra conciliadora entre los intereses contrapuestos de los titulares de obras (interés privado) y de la sociedad (interés público), toda vez que su creación depende inherentemente del uso de fonogramas musicales preexistentes, permitiendo así, promocionar indirectamente a los titulares de las obras musicales utilizadas en la confección del DJ Set como difundir cultura musical a la sociedad.
6. De acuerdo al análisis económico del Derecho, los costos de exclusión basados en la necesaria autorización con la que debe contar un DJ para utilizar

⁴⁸ Artículo 39.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra o cualquier otra producción protegida por esta Ley, o prestar su apoyo a dicha utilización, si el usuario no cuenta con la autorización previa y escrita del titular del respectivo derecho, salvo en los casos de excepción previstos por la ley. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

obras musicales de terceros titulares a fin de crear su DJ Set, superan los beneficios derivados de la proliferación de dicha obra compilatoria.



CAPÍTULO IV: PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN A LA LEY DE DERECHO DE AUTOR PERUANA

Recapitulando, recordemos que las hipótesis formuladas en la introducción de la presente tesis fueron dos (02): La primera, que el DJ Set constituiría una obra de arte protegible por el Derecho de Autor peruano siempre y cuando esté compuesto por fonogramas musicales de titularidad del disyóquey; y la segunda, dado que el DJ Set estaría compuesto exclusivamente por obras de la misma persona del disyóquey, automáticamente estaría cumpliendo con el requisito indispensable de originalidad, conllevando a su protegibilidad autoral. Ahora, si bien nuestras hipótesis han sido comprobadas en virtud de la Resolución 958-2020/DDA-INDECOPI, que otorga la inscripción al Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi al DJ Set creado por el autor del presente trabajo, dichas comprobaciones no impide que propongamos, en concreto, dos modificaciones a nuestra Ley de la materia a fin de actualizarla: En primer lugar, definir legislativamente el concepto de originalidad, cambiando el criterio de originalidad subjetiva establecido por el Precedente de Observancia Obligatoria al de ‘originalidad creativa’. Y en segundo lugar, incluir –atendiendo a la verdadera esencia del DJ Set–, un nuevo género de obra artística protegible por el Derecho de Autor: la obra *remix*.

4.1 Cambio de criterio: de originalidad subjetiva a originalidad creativa

Conforme hemos mencionado en el capítulo anterior, la teoría a la cual el Indecopi se ha adherido para definir el concepto *sine qua non* que determina la protegibilidad de una obra por parte del Derecho de Autor ha sido la teoría de la originalidad subjetiva, establecida mediante el Precedente de Observancia Obligatoria del año 1998.

Sin embargo, reiteramos que la teoría de la originalidad subjetiva, aquella que determina la protegibilidad de una obra por parte del Derecho de Autor siempre y cuando evidencie la individualidad o personalidad de su autor, presenta una doble deficiencia:

Dado que solo una persona natural es susceptible (ningún otro sujeto de derecho) de ostentar autoría sobre una creación intelectual, toda obra, en mayor o menor grado, va a evidenciar su personalidad. En este sentido, la ambigüedad inherente a la teoría de la originalidad subjetiva es que permite la protección tanto a las obras cuyos autores tienen rasgos de personalidad fácilmente identificables como a las obras cuyos autores tienen personalidades no tan marcadas. Por lo tanto, o bien la originalidad subjetiva constituye un criterio que admite a toda creación intelectual como obra protegible por el Derecho de Autor sin importar cuán identificable sea la individualidad de su autor (originalidad subjetiva en sentido lato) o considera solo a aquellas creadas por autores cuyas personalidades destacan (originalidad subjetiva en sentido estricto).

Es decir, el criterio de la originalidad subjetiva otorga protección o bien considerando a toda creación intelectual como obra protegible por el Derecho de Autor (lo cual no justificaría la existencia de dicho criterio *per se*) o solo considerando a aquellas obras mediante las cuales se puede identificar a su autor (estableciendo una suerte de élite artística cuyo único mérito sería tener rasgos de personalidad bien marcados). En otras palabras: O se extiende el ámbito de protección del sistema a todos o se circunscribe a un grupo selecto de autores. En suma, como su propio nombre lo indica, se trata de un criterio muy subjetivo; y por ende, arbitrario.

Tanto es así que incluso el mismo Indecopi (2014), sobre la base del comentario de Juan Pablo Schiantarelli, concluyó que “resulta difícil constatar dicha característica [la trascendencia de la personalidad del autor sobre su obra] en *muchas de las creaciones que se realizan en la actualidad* [cursivas añadidas], por lo que consideramos necesario revisar dicha definición (p. 74). Por el o, más adelante, la misma fuente cuestiona “si vale la pena mantener la teoría de la originalidad subjetiva o, por el contrario, resultaría mucho más beneficioso adoptar la teoría de la originalidad intermedia” (Indecopi, 2014, p. 76).

Bajo la misma línea de ideas:

Si se adoptase la teoría de la originalidad intermedia sería posible proteger aquellos casos donde la personalidad del autor no destaque, toda vez que en dicha situación *se evaluaría adicionalmente el criterio de creatividad de la obra* [cursivas añadidas]. En tal sentido, en dichos casos su

protección aún sería posible puesto que se buscaría proteger además el nivel creativo que presentaría dicha obra. (Indecopi, 2014, p. 76).

En adición al dictamen del Indecopi, Rodríguez (2012) cuestiona la vigencia de la teoría de la originalidad subjetiva como criterio determinante para otorgar protección a las obras intelectuales mediante el Derecho de Autor, sobre la base de los avances tecnológicos que han permitido la proliferación de nuevas creaciones artísticas (como por ejemplo, el DJ Set) (párr. 3).

En este sentido, dicho autor propone lo siguiente:

A nuestro juicio, resulta debatible que la originalidad dependa de la necesaria expresión de lo propio del autor. En realidad, el concepto de originalidad en los tiempos modernos se debería basar en el reconocimiento del esfuerzo como fundamento de la tutela conferida. Bajo esta premisa, *debería entenderse por originalidad de la obra a la expresión que revele un esfuerzo creativo, aunque sea mínimo* [cursivas añadidas]. La determinación de la originalidad es una cuestión de hecho, esto es, se determinará el grado de esfuerzo relevante en función al tipo de obra que se alegue que ha quedado configurada.

En otros términos, defender un concepto subjetivo de la originalidad en nuestros tiempos parece perder de vista la influencia del desarrollo tecnológico... *Las obras no requieren expresar lo propio de su autor o depender de un acto personalísimo de creación al punto que quede impresa la personalidad del sujeto, solamente deben revelar un mínimo esfuerzo creativo* [cursivas añadidas]. (Rodríguez, 2012, párrs. 4-5).

De hecho, la teoría subjetiva de la originalidad constituye una concepción romántica –pero sobre todo anacrónica–, de la capacidad intelectual del autor como creador de una obra artística, cuya aplicación no se condice con la realidad actual, los avances tecnológicos y las prácticas de producción musical (entre otras obras) del mundo de hoy. En este sentido, la premisa sobre la cual se sustenta que la obra debe reflejar la individualidad del autor y evidenciar su personalidad está basada en una visión que prioriza virtudes como la autonomía, independencia y genialidad del autor musical; por

lo que generalmente, dicha visión de autoría, determinante para la protección que otorga el Derecho de Autor, minimiza la importancia y continuidad de las prácticas de creación que implican el uso de obras musicales preexistentes (Arewa, 2006, p. 551). Es decir, el sistema no permitiría la protección de un DJ Set compuesto de obras musicales de terceros titulares distintos a la persona del disyóquey, máxime cuando, como hemos visto, –e independientemente de la naturaleza artística de la obra–, el Indecopi ha decidido evaluar el inicio de un procedimiento sancionador a un solicitante que incluyó en su catálogo de dibujos obras de terceros.

El punto es que esta teoría no podría admitir la posibilidad de proteger al autor de una obra creativa, como lo es el DJ Set, cuya creación implica el uso y ‘préstamo’ de obras de terceros sin la autorización expresa de éstos precisamente porque, al utilizar dichas obras que no provienen de la autonomía artística del disyóquey, no evidencia la individualidad o personalidad de dicho sujeto, imposibilitando la calificación de su creación intelectual como obra original y protegible por el Derecho de Autor. Cabe resaltar que el autor del presente trabajo solicitó el registro de un DJ Set compuesto por obras musicales de su propia titularidad, puesto que durante el proceso de investigación de este trabajo tomó conocimiento de la Resolución 3436-2013/TPI-INDECOPI, mediante la cual el Indecopi dispuso la evaluación de iniciar una acción por infracción al Derecho de Autor de oficio en contra del Sr. Bailly Gonod – solicitante de registro de un catálogo de dibujos titulado ‘Artes’, justamente por incluir dibujos de terceros sin la autorización de ellos. El autor del presente trabajo deja constancia que quiso evitar el riesgo legal de verse inmiscuido en un procedimiento sancionador de oficio por infracción a los derechos de autor. Semejante precaución y preocupación es lo que la doctrina anglosajona denomina el *chilling effect* o efecto escalofriante generado por el sistema imperante del Derecho de Autor, que prohíbe tajantemente el uso de obras de terceros sin la autorización expresa de ellos (Arewa, 2006, Dharmatilake, 2015; Evans, 2011; Mcdonagh, 2012; Schuster, Mitchell & Brown, 2019).

Sin embargo, es menester aclarar que, el prestarse de obras para crear nuevas es necesario para el avance del arte en virtud del cumplimiento del objetivo del Derecho de Autor (Pote, 2010, p. 668). Es decir, el Derecho de Autor existe por el único propósito de enriquecer el acervo cultural, y los intereses de los titulares de obras musicales –

pecuniarios o de otra naturaleza—, están subordinados a dicho propósito (Keyes, 2004, p. 420).

Y es sobre esta base que nosotros proponemos el cambio de criterio de la originalidad subjetiva a la originalidad creativa. Ésta constituiría una nueva visión y definición sobre la autoría y capacidad creativa de un creador de obras intelectuales, actualizadas conforme a las prácticas de creación de obras en general, pero especialmente considerando el uso de obras musicales y fonogramas preexistentes tan democratizados gracias a los avances tecnológicos y la facilidad de transmisión de datos en la sociedad de la información.

4.1.1 Nuestra propuesta de definición de originalidad creativa

Nuestra propuesta de definición del criterio de originalidad creativa está inspirado principalmente en el caso *Feist* que anteriormente estudiamos en el primer capítulo del presente trabajo:

La condición *sine qua non* del derecho de autor es la originalidad. El término ‘original’, tal como se utiliza en el derecho de autor, significa únicamente que la obra fue creada por el autor de manera independiente (esto es, que no se copió de otras obras) y que posee al menos *cierto grado de creatividad. El nivel de creatividad necesario es extremadamente bajo; incluso un grado muy escaso de creatividad será suficiente* [cursivas añadidas]. (como se citó en Dusollier, 2010, p. 23).

En este sentido, la originalidad creativa otorgaría protección a toda aquella obra que evidencie un mínimo grado de creatividad, sin más. Esto implica que la nueva obra no sea una copia exacta de una obra preexistente; y a su vez, permitiría que un autor tome prestado elementos de una o varias obras preexistentes (o fragmentos de las mismas) para crear una nueva, sin contar con la autorización de los terceros titulares sobre dichas obras preexistentes, toda vez que no estará sujeto al fundamento anacrónico de tener que mostrar su personalidad a través de la nueva obra. Además, y como hemos argumentado en el capítulo anterior, dicho autor estaría ejerciendo sus derechos fundamentales de

libertad de creación artística y acceso a la cultura, derechos que ostentan la misma jerarquía constitucional, a través de la re-creación y recontextualización de obras pasadas en una nueva expresión artística. También, es menester recalcar que, en virtud de que el Derecho de Autor protege esencialmente información expresada en distintas formas (obras musicales, literarias, etc.), estamos ante un sistema que protege bienes públicos e intangibles (ésta última categoría, en la gran mayoría de casos), por lo que resulta necesario flexibilizarlo. El uso de obras previas de terceros titulares no es robar expresiones sino construir y edificar sobre el acervo cultural ya existente.

Sobre esta base, y adhiriéndonos a lo expuesto por Real (2001) “resulta imprescindible delimitar legislativamente un concepto de lo que debemos entender por originalidad” (p. 10), consideramos oportuno proponer una modificación a nuestra Ley a fin de que incluya la siguiente definición en su artículo 2:

A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

31. Originalidad: *Mínimo grado de creatividad que debe evidenciar una obra a fin de ser susceptible de protección por la presente ley.*

En atención a esta propuesta de definición, es menester aclarar que nuestra Ley, en relación al listado enunciativo de las obras protegidas, dispone en el literal n del artículo 5 lo siguiente: “en general, toda otra producción del intelecto en el dominio literario o artístico, *que tenga características de originalidad* [cursivas añadidas] y sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse (Decreto Legislativo N° 822, 1996).

Es decir, el listado de obras que reconoce nuestra Ley como aquellas susceptibles de protección por el Derecho de Autor es uno de carácter *numerus apertus*. Pero también, prescribe que las obras deben tener características de originalidad para que sean efectivamente protegidas, en el sentido que su autor y/o titular pueda gozar de todas las facultades exclusivas y excluyentes (morales y patrimoniales) que le concede nuestra Ley en virtud de su creación intelectual.

Dicho esto, resulta conveniente contextualizar los significados de las palabras clave de esta propuesta de definición: creatividad y originalidad.

Conforme explica Otero Lastres (2005):

Pues bien, como trataré de demostrar seguidamente, ambas palabras son el anverso y el reverso de un único y mismo requisito: la originalidad; o, si se prefiere, una, 'la creatividad', es la "causa" o el "antecedente" y la otra, 'la originalidad', el "efecto" o el "consecuente". Así, la palabra 'creatividad' significa, según hemos visto, 'facultad de crear' o, lo que es lo mismo, 'capacidad de creación'... Por su parte, la palabra 'originalidad' quiere decir, como ya sabemos, 'cualidad de original', significando 'original', dicho de una obra artística, 'que resulta de la inventiva de su autor'.

Hasta aquí sabemos que estamos ante un único requisito, pero contemplado desde dos ópticas distintas pero íntima e indisolublemente vinculadas: la óptica del autor, a través del término 'creatividad', que equivale a 'capacidad de creación'; y la óptica de la obra, a través de la palabra 'originalidad', que quiere decir 'resultado de la inventiva de su autor'. (pp. 105-106).

Conforme la reflexión indica, entendemos que la creatividad es el prerrequisito de la originalidad puesto que aquella es la facultad del ser humano de poder crear una obra y; en base a ello, la obra reviste originalidad, en tanto y en cuanto es el resultado de la creatividad del autor y por ende no constituye copia exacta de otra obra preexistente.

En este sentido, la originalidad del DJ Set se evidenciaría en la aptitud creativa que posee el disyóquey de poder manipular simultáneamente dos o más fonogramas musicales al mismo tiempo, sincronizando sus velocidades de reproducción y mezclándolos conjuntamente (de manera que ambos sean perceptibles al oído, y generen la impresión de que se 'unen' en una sola obra musical) sin solución de continuidad. Así, repitiéndose esta técnica durante un determinado lapso de tiempo, transitando el disyóquey de un fonograma musical a otro sin que deje de sonar abruptamente la música, se crearía el DJ Set. En adición, la originalidad del DJ Set estaría dada por la elección de

las obras musicales a mezclar (en base al universo vasto de obras musicales disponibles en el mundo), la forma cómo el disyóquey las manipula para que se reproduzcan simultánea y sincronizadamente (*beatmatching*), aplicación de efectos de sonidos como reverberación, *delay*, ecualización y/o filtración de frecuencias; y finalmente, la mezcla *per se* de los fonogramas (cómo suenan ambos yuxtapuestos y por cuánto tiempo).

En este sentido, consideramos que la anterior fundamentación cumpliría con lo dispuesto en otro fallo de la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Indecopi: “de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, *un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original* [cursivas añadidas] o individual” (Resolución 148, 2008, p. 5).

Adicionalmente, conviene traer a colación lo siguiente:

Si consideráramos que cada tipo de obra requiere de un concepto de originalidad diferente para obtener la protección, estaríamos dotando al sistema de una gran inseguridad jurídica, cuyas dudas serían resueltas, ineludiblemente, ante los tribunales, los cuales gracias a la amplísima posibilidad de interpretación adoptarían criterios divergentes en cada ocasión. [Sin embargo] *un mismo concepto de originalidad no impide una aplicación matizada del mismo a cada tipo de obra concreta, así los aspectos en los que debemos apreciar esa originalidad sí cambiarían en función de cada obra* [cursivas añadidas]. (Real, 2001, p. 8).

Aterrizando estas ideas en nuestro sistema jurídico-autoral, cabe aclarar que no tenemos el problema de contar con distintos conceptos de originalidad para evaluar cada creación intelectual en particular, en virtud del Precedente de Observancia Obligatoria que estableció la originalidad subjetiva como el criterio definitivo para determinar la protegibilidad de una obra por el Derecho de Autor peruano. En cuanto a ello, no existe inseguridad jurídica. No obstante, su aplicación sí es una inseguridad jurídica puesto que, como habíamos enfatizado anteriormente, dicho criterio presenta una doble ambigüedad: Dado que toda obra es creada por una persona natural (solo dicho sujeto de derecho puede ostentar autoría según nuestra Ley), toda obra va a evidenciar, en menor o mayor medida, la personalidad de su autor. En este sentido, el criterio de originalidad subjetiva corre el

riesgo de que o bien se proteja a toda obra porque todas presentan rasgos de la personalidad de su autor (deviniendo el requisito en jurídicamente irrelevante) o solo se protegen a aquellas obras cuyas personalidades de sus autores destacan en relación a los demás (creando una suerte de aristocracia artística arbitrariamente). En atención a la ambigüedad de la aplicación de la originalidad subjetiva, nosotros proponemos el cambio de dicho criterio al de originalidad creativa, con su correspondiente definición legislativa, de tal manera que este último criterio pueda servir de base y determinar la protegibilidad de una obra independientemente de la posibilidad de identificar la individualidad o personalidad de su autor. De esta manera, el análisis se enfocaría en si simplemente se trata de una creación intelectual con un mínimo grado de creatividad, que va más allá de una ejecución material predecible, como lo es la ordenación de una base de datos telefónica en orden alfabético (caso *Feist*).

En otras palabras, solo podemos dejar constancia en el presente trabajo sobre aquellas ejecuciones materiales de creaciones intelectuales que no serían susceptibles de protección por parte del Derecho de Autor peruano. Es decir, el ‘umbral’ o ‘mínimo grado de creatividad’, de acuerdo a nuestro parecer, es definido en sentido negativo, en base a lo resuelto por el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (caso *Feist*): Si se trata de una creación intelectual que copia exactamente una obra preexistente (no resulta de la inventiva de su autor), o cuya ejecución material consiste en una práctica ancestral de ordenación de datos de manera alfabética, pues, definitivamente, la nueva creación no constituiría una obra original con características de creatividad; y por ende, no sería susceptible de protección conforme a nuestra Ley.

Por último, consideramos que sobre la base de una definición legislativa que establece el criterio de originalidad creativa, la jurisprudencia administrativa podría empezar a identificar los aspectos que serán objeto de evaluación de acuerdo a la naturaleza de las obras en cada caso concreto, y que evidenciarían el ‘mínimo grado de creatividad’ requerido. Es decir, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi podrá emitir nuevos precedentes que determinen claramente qué constituiría, en sentido positivo, una obra creativamente original, atendiendo al tipo de obra, sus elementos característicos esenciales y las prácticas de creación del sector artístico correspondiente.

4.2 Propuesta de inclusión y definición de la obra *remix* en nuestra Ley

Al comienzo de este capítulo, el último del presente trabajo, mencionamos que además de proponer una definición legislativa del concepto de originalidad, cambiando el criterio subjetivo por el creativo, presentaríamos un nuevo concepto de obra artística protegible por el Derecho de Autor peruano en atención a la verdadera esencia del DJ Set.

Ahora, ¿por qué decimos ‘verdadera esencia’ del DJ Set? Sencillo: porque no constituye una obra meramente compilatoria; es decir, no se trata de una obra cuya originalidad radica solo en la selección y disposición de fonogramas musicales preexistentes. No. Se trata de una obra cuya creatividad radica en la utilización, manipulación y combinación de fonogramas musicales preexistentes de tal manera que genera una impresión distinta a la apreciación individual de dichas obras por separado, y cuyo resultado final constituye una nueva expresión original. Es una especie de obra dentro del género conocido bajo el término ‘*remix*’.

Esta obra genérica “es la recombinación de las partes de una o varias obras en una nueva a través de 3 procedimientos: copiar, transformar y recombinar” (Espacio De Trabajo, s/f, pár. 3).

En otras palabras:

Con la masificación de las tecnologías digitales la enumeración y variedad de posibilidades de usos y apropiación de obras ajenas resulta verdaderamente exorbitante prácticamente para todo tipo de obras [cursivas añadidas]: obras literarias, musicales, fotográficas, esculturas (impresión 3D), obras cinematográficas, con distintos tipos de reutilización que comprende tanto reproducción como transformación (mix, remix, mush ups [sic], etc.), y claro está, son también objeto de comunicación pública en la red. (Melo Sarmiento, 2015, pp. 116-117).

Sin embargo, esta práctica de re-utilizar y recombinar expresiones artísticas, y en particular, musicales, no es propia de nuestra época. Otra cuestión es que se haya democratizado y masificado con el surgimiento de la tecnología digital. Lo cierto es que, en la época de la música clásica, conforme ilustra Keyes (2004), Bach prestó material de

Remken, Vivali y Telemann. Brahms tomó prestado de Hayden y Beethoven. Éste tomó prestado de Bach, y Mozart tomó prestado de DuPort. Rachmaninoff tomó prestado de Brahms, quien a su vez tomó prestado de Liszt, quien también tomó prestado de Paganini. De hecho, Brahms anotó que la ‘imitación’ tiene beneficios pedagógicos significativos en el sentido que ‘es la mejor manera de entender la composición musical y la estructura de la música’ (p. 427). En atención a esta última idea, resulta oportuno rescatar que Kirby Ferguson, el autor del famoso documental *Everything is a Remix*, afirma lo siguiente: Nadie empieza siendo original. No podemos crear nada nuevo hasta que tengamos una base sólida de conocimiento y comprensión sobre nuestra línea de trabajo. Copiar es cómo aprendemos (como se citó en Ravenscraft, 2014, párr. 3).

Entonces: ¿por qué sustentamos, en el capítulo 3, que el DJ Set es una obra *compilatoria* protegible por el Derecho de Autor? Porque, actualmente, es el concepto de obra artística reconocida expresamente en nuestra Ley bajo el cual se puede subsumir al DJ Set. Además, si no presentábamos al DJ Set como una compilación, iba a ser imposible llevar a cabo nuestro trabajo de campo que consistió en solicitar la inscripción al Registro pertinente de un DJ Set ante la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi, puesto que no existe formulario alguno para la obra ‘*remix*’. Se utilizó el formato correspondiente para la Solicitud de Registro de Software y Base de Datos disponible en la página web del Indecopi. Es por dicha razón que sustentamos la naturaleza compilatoria del DJ Set, puesto que la compilación, hasta cierto punto, refleja las características inherentes del DJ Set (como por ejemplo la selección y disposición de materias preexistentes) pero no enteramente; y finalmente, porque se nos otorgó el registro conforme a la Resolución 958-2020/DDA-INDECOPI.

En atención a ello, consideramos que el reconocimiento del DJ Set como obra de arte protegible por el Derecho de Autor peruano constituye parte de la problemática pero a la vez sirve como medio para un fin más importante: Actualizar nuestra Ley para que legalice y legitime el uso de obras preexistentes como práctica de creación de obras (o mejor dicho, de re-creación), sin que el autor-usuario tenga que contar previa y necesariamente con la autorización expresa y por escrito de los titulares de dichas obras, mediante la inclusión de un nuevo concepto de obra protegible que permita esta práctica de re-creación artística tan presente en el mundo de hoy.

Dicha actualización es necesaria porque, actualmente, el régimen de Derecho de Autor actual resulta incompatible con la creatividad desplegada por los usuarios de obras en el ámbito cibernético, en tanto y en cuanto la tecnología digital ha empoderado y motivado a usuarios a contribuir activamente para con nuestro ecosistema de cultura compartida sobre la base de la re-utilización de información, conocimiento y entretenimiento (Grasser & Ernst, 2006, p. 13).

En este sentido, –y aparte de los fundamentos expresados en el capítulo 3 del presente trabajo–, que son también plenamente aplicables al reconocimiento de la obra genérica ‘*remix*’ (ya que el DJ Set es su especie), rescatamos adicionalmente otro sustento para la inclusión expresa de la obra *remix* en nuestra Ley, a continuación:

El *remix* se diferencia radicalmente de otras cosas, como el plagio, ya que la copia o el plagio buscan ocultar la autoría original de las obras, mientras que el *remix*, por el contrario, se propone ser identificado como tal, enarbola su carácter de collage, de mezcla, de recreación.

Si bien se asocia la práctica del *remix* con el boom de Internet y la proliferación de la copia como consecuencia de éste, *lo cierto es que el remix se encuentra en la raíz misma de la cultura humana* [cursivas añadidas]. Todo lo que denominamos folklore es consecuencia de siglos de *remix*. El *rap*, el *graffiti*, los *mash-ups*, los memes son los ejemplos más obvios de la cultura *remix*, pero también hay ejemplos menos obvios, como *Star Wars* y la música de Led Zeppelin, que toman prestado elementos fundamentales de obras anteriores, y esto no disminuye su valor cultural: por el contrario, la capacidad de tomar algo previo, reinventarlo, aumentarlo, relacionarlo con otras cosas, es la base de la creatividad humana. (Díaz Hernández, 2015, párr. 7, 9).

Así pues la obra *remix* es el género de la especie DJ Set puesto que esta última obra, además de evidenciar originalidad en los aspectos esenciales de una compilación (conforme explicamos en el capítulo 3 del presente trabajo, en función a la selección y disposición de fonogramas musicales que realiza el disyóquey), requiere necesariamente de la utilización, manipulación y combinación de distintos fonogramas musicales, con lo

cual se crean no solo obras derivadas en el transcurso de la ejecución del DJ Set (constituidas por la yuxtaposición a través del *beatmatching* de las obras musicales) sino también una nueva obra apreciada desde su comienzo hasta su fin – en su integridad y totalidad. Y todo este proceso, con la excepción de la comunicación pública de los fonogramas musicales en una discoteca o en cualquier otro escenario aplicable, se debería llevar a cabo sin la autorización de los terceros titulares de las obras utilizadas (por ejemplo, en el momento de la fijación del DJ Set en una grabación sonora, para su posterior publicación en una plataforma digital como *YouTube*).

Conforme a lo aseverado líneas arriba, Díez Alfonso (2012) explica lo siguiente:

La solicitud de autorización por parte de un Dj para proceder a la mezcla de obras preexistentes, queda lejos de los usos del mercado.

El solapamiento de canciones realizado por el disc-jockey de música electrónica, además de ser comúnmente aceptado por el gremio de creadores de obras vinculadas a esta parcela musical, constituye una de las actividades clave en la confección de una sesión de música electrónica. Es decir, la mezcla, tanto sobre el plano técnico como artístico, se corresponde con uno de los elementos fundamentales de una sesión de este género musical. (p. 28).

En otras palabras, la ausencia de solicitar la autorización por parte de un disyóquey para proceder a la mezcla de obras preexistentes y así crear su DJ Set es una costumbre. Ésta, repárese, es una fuente de derecho, a pesar de que choca frontalmente con las facultades y los derechos exclusivos y excluyentes que otorga nuestra Ley a los terceros titulares de obras. Es una costumbre propia de la cultura participativa en la que se desarrolla la práctica artístico-cultural de apropiación, transformación y re-utilización de obras preexistentes (*remix*) con la finalidad de crear nuevas obras, clarísimo queda, sin el consentimiento de los autores originarios o titulares derivados de las obras primigenias.

Bajo esta línea de ideas, la creatividad del DJ Set trasciende el alcance de la definición de una compilación contenida en nuestra Ley puesto que el disyóquey no se limita a seleccionar fonogramas musicales o disponer de dichas obras, sino que las utiliza

para manipularlas y combinarlas de tal manera que crea obras derivadas en el proceso de ejecución (yuxtaposición de las obras mediante el *beatmatching* – cuando dos o más fonogramas musicales están sincronizados en el mismo tiempo y se reproducen simultáneamente). Y también crea una nueva obra una vez terminado todo el proceso de ejecución (la especie siendo el DJ Set y el género siendo el *remix*). Todo esto, sin la autorización de los terceros titulares de las obras utilizadas en el DJ Set.

En conclusión, y en virtud de ello, nosotros proponemos la siguiente definición de la obra *remix* a ser incluida expresamente en el artículo 5 de nuestra Ley:

Artículo 5.- Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes:

(...)

n. Las obras remix, siempre que la utilización, manipulación y combinación de obras preexistentes, o fragmentos de las mismas, sean musicales, visuales o de otra naturaleza, genere una impresión distinta de sus elementos individuales y por lo tanto sea original. No será necesario que el autor remezclador cuente con la autorización expresa y por escrito de los titulares de las obras preexistentes utilizadas.

CONCLUSIONES FINALES

En razón del planteamiento de nuestras hipótesis, y de acuerdo con los resultados que el desarrollo del presente trabajo de investigación ha arrojado, concluimos que:

1. El DJ Set actualmente constituye una obra compilatoria protegible por el Derecho de Autor peruano y registrable ante la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi, toda vez que su inscripción en el Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos no fue objeto de cuestionamiento de parte de la autoridad competente u oposición de un tercero, (Resolución 958-2020/DDA-INDECOPI), y en la medida en que el solicitante crea un DJ Set compuesto por fonogramas musicales de su propia titularidad.
2. La Dirección de Derecho de Autor del Indecopi consideró de manera general que el DJ Set, como obra compilatoria, evidencia originalidad en razón de la disposición – a través del *beatmatching* – que realiza la persona del disyóquey sobre los fonogramas musicales que utiliza para crear su obra por excelencia.
3. El DJ Set constituye una expresión de la libertad de creación artística y manifestación del derecho de acceso a la cultura bajo el amparo del artículo 2° inciso 8 de nuestra Constitución Política de 1993.
4. El Precedente de Observancia Obligatoria que establece el criterio *sine qua non* para la protegibilidad de una creación intelectual, la originalidad subjetiva, está basado en una concepción anacrónica de autoría que genera ambigüedad en su aplicación. Por ello, resulta conveniente definir legislativamente la originalidad en términos de creatividad.
5. La originalidad creativa como nuevo criterio indispensable para que una creación intelectual sea protegible por el Derecho de Autor ya no exigirá que

la obra evidencia la individualidad o personalidad de su autor, sino que, solo manifieste un mínimo grado de creatividad; permitiendo así, brindar protección a nuevas expresiones artísticas.

6. El hecho que el *status quo* del sistema de Derecho de Autor peruano refleje un sistema robusto que exige la autorización expresa y por escrito de los titulares de obras para cualquier uso de las mismas de parte de una persona natural o jurídica (salvo los usos taxativamente establecidos como limitaciones y excepciones en nuestra Ley), genera un *chilling effect* o efecto desincentivador y escalofriante que termina siendo contraproducente con su finalidad al impedir la ampliación del acervo cultural.
7. Es necesario reconocer un nuevo concepto de obra genérica denominado *remix* cuya creación se basa en la utilización, manipulación y combinación de obras preexistentes, o fragmentos de las mismas, sean musicales, visuales o de otra naturaleza, sin que el autor-remezclador deba contar con la autorización expresa y por escrito de los titulares de las obras utilizadas. Ello, en aras de actualizar y flexibilizar nuestra Ley de tal manera que permita la proliferación de nuevas obras creativas basadas en el acervo artístico-cultural preexistente.
8. El DJ Set, en virtud de su verdadera esencia, es una especie de la obra genérica *remix* que representa y reconcilia, respectivamente, la plena vigencia y ejercicios de la libertad de creación artística y del derecho fundamental de acceso a la cultura, en un mundo cada vez más globalizado e interconectado.

BIBLIOGRAFÍA

- Aaron, C., Battaglia, A., Beta, A., Castillo, A., Drake, D., Murray, N., y Rubin, M. (5 de agosto de 2015). *25 Greatest Internet DJ Mixes of All Time* [Las 25 Mejores mezclas de DJ de Todos los Tiempos]. *Rolling Stone*. <https://www.rollingstone.com/music/music-lists/25-greatest-internet-dj-mixes-of-all-time-68571/mary-anne-hobbs-bbc-radio-1-breezblock-dubstep-warz-2006-156392/>
- Abrams, H. B. (1992). *Originality and Creativity in Copyright Law* [Originalidad y Creatividad en el Derecho de Autor] 55 *Law and Contemporary Problems* 3-44. [Versión PDF]. Recuperado de <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4136&context=lcp>
- Adams, K. (2015). *What Did Danger Mouse Do? The Grey Album and Musical Composition in Configurable Culture* [¿Qué Hizo Danger Mouse? El Álbum Gris y la Composición Musical y Cultura Configurable] *Music Theory Spectrum*, 37, 7-24. [Versión PDF]. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/276398664_What_Did_Danger_Mouse_Do_The_Grey_Album_and_Musical_Composition_in_Configurable_Culture
- Aguilar, A. (2018). *Distributed Ownership in Music: Between Authorship and Performance* [Titularidades Distribuidas en Música: Entre Autoría y Ejecución] *Social & Legal Studies*, 27(6), 776–798. [Versión PDF]. Recuperado de <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0964663917734300>
- Ager, P. (2013). *Authorship And Joint-Authorship Of Musical Works: A Quest For Common Standards In EU Copyright Law*. [Autoría y Co-Autoría de Obras Musicales: Una Búsqueda de Estándares Comunes en el Derecho de Autor de la Unión Europea] [Tesis de maestría, Dickson Poon School of Law]. <http://composeralliance.org/wp-content/uploads/2018/03/KCL-MA-thesis-Patrick-Ager.pdf>
- Alemán Zárate, M. C. (2017). *La Situación de las Sociedades de Gestión Colectiva en el Perú* [Tesis para optar el título profesional de abogado]. Universidad Privada Antenor Orrego. Facultad de Derecho y de Ciencias Políticas. Escuela Profesional de Derecho. Trujillo. Recuperado de <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/3310>

- Amaya Rico, Dr. D. V. (2008). *La Protección del Derecho De Autor y la Propiedad Intelectual*. *Revista De Derecho Uned*, 3. [Versión PDF]. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2008-3-30860&dsID=Documento.pdf>
- American Council on Education. (2013). *Use of Copyrighted Music on College and University Campuses* [Uso de Música Protegida por Derechos de Autor en el Campus de Universidades]. [Versión PDF]. Recuperado de <https://www.acenet.edu/Documents/Music-Use-of-Copyright.pdf>
- American Library Association. (2002). *From The Librarian's Guide to Intellectual Property in the Digital Age: Copyrights, Patents, and Trademarks* [De la Guía del Bibliotecario a la Propiedad Intelectual en la Era Digital]. [Versión PDF] Recuperado de http://www.ala.org/aboutala/sites/ala.org.aboutala/files/content/publishing/editio ns/samplers/wherryt_IP.pdf
- Anderson, H. E. (2008). 'Criminal Minded?' *Mixtape DJs, the Piracy Paradox, and Lessons for the Recording Industry* [¿Mente Criminal?' Mixtape DJs, la Paradoja de la Piratería y Lecciones para la Industria Fonográfica]. *Law & Economics*. [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273805
- Arewa, O. B. (2010). *Blues Lives: Promise and Perils of Musical Copyright* [La Vida del Blues: Las Promesas y los Peligros del Derecho de Autor Musical] *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 27, p. 573. [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1132789
- Arewa, O. B. (2007). *The Freedom to Copy: Copyright, Creation and Context* [La Libertad de Copiar: Derecho de Autor, Creación y Contexto]. *UC Davis Law Review*, 41, p. 477. [Versión PDF]. Recuperado de https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/41/2/articles/davisvol41no2_arewa.pdf
- Arewa, O. B. (2004). *From J.C. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context* [De J.C. Bach al Hip Hop: Préstamos Musicales, Derecho de Autor y Contexto Cultural]. *North Carolina Law Review*, 84, p. 547. [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=633241

- Atkinson, B. (2007). *The True History of Copyright: the Australian experience 1905-2005* [La Verdadera Historia del Derecho de Autor: la experiencia Australiana 1905-2005] Sydney University Press. [Versión PDF]. Recuperado de https://researchonline.jcu.edu.au/57493/6/57493_CopyrightAtkinsonFrontMatter.pdf
- Attorney-General's Department. (2005). *Fair use and other copyright exceptions: An examination of fair use, fair dealing and other exceptions in the digital age* [Uso justo y otras excepciones al Derecho de Autor: Una examinación del uso justo, el trato justo y de otras excepciones en la era digital]. Recuperado de <https://apo.org.au/sites/default/files/resource-files/2005-05/apo-nid1748.pdf>
- Australian Copyright Council.(2014). *Mashups, Memes, Remixes & Copyright* [Mashups, Memes, Remixes y Derecho de Autor]. Recuperado de <https://ksclibrary.files.wordpress.com/2017/10/mashups-memes-remixes-and-copyright.pdf>
- Australian Copyright Council. (2019). *Copyright Duration* [Duración del Derecho de Autor]. Recuperado de http://www.copyright.org.au/acc_prod/ACC/Information_Sheets/Duration_of_Copyright.aspx?WebsiteKey=8a471e74-3f78-4994-9023-316f0ecef4ef
- Australian Copyright Council. (2019). *Music & Copyright* [Música y Derecho de Autor]. Recuperado de https://www.copyright.org.au/ACC_Prod/ACC/Information_Sheets/Music_Copyright.aspx
- Australian Copyright Council. (2019). *Music: DJs* [Música: DJs]. Recuperado de https://www.copyright.org.au/ACC_Prod/ACC/Information_Sheets/Music_DJs.aspx
- Australian Copyright Council. (2020). *Fair Dealing: What Can I Use Without Permission?* [Trato Justo: ¿Qué Puedo Utilizar Sin Permiso?] Recuperado de https://www.copyright.org.au/ACC_Prod/ACC/Information_Sheets/Fair_Dealing_What_Can_I_Use_Without_Permission.aspx
- Barriga Valencia, R. A. (2018). *El Derecho de Autor: Análisis de la función de las sociedades de gestión colectiva, el rol que desempeña el indecopi en su supervisión y propuesta de modificación a la ley de derechos de autor* [Tesis de Maestría]. Universidad Nacional De San Agustín De Arequipa. Escuela De

<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/6396/DEMBavara.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Basic Law for the Federal Republic of Germany [Constitución de la República Federal de Alemania]. (23 de mayo de 1949). Recuperado de https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html

Bently, L., Geiger, C., Griffiths, J., Metzger, A., Peukert, A. y Senftleben, M. (2019). *Sound sampling, a permitted use under EU copyright law? Opinion of the European Copyright Society in relation to the pending reference before the CJEU in Case C-476/17, Pelham GmbH v Hütter* [Muestras sonoras, ¿un uso permitido bajo la ley de derechos de autor de la UE? Dictamen de la Sociedad Europea de Derecho de Autor en relación con la cuestión prejudicial ante el TJUE en el asunto C-476/17, Pelham GmbH / Hütter] Recuperado de <https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-019-00798-w>

Bonadio, E. y Lucchi, N. (2019). *How Far Can Copyright Be Stretched? Framing the Debate on Whether New and Different Forms of Creativity Can Be Protected* [¿Cuán Flexible Puede Ser el Derecho de Autor? Estableciendo el Debate Sobre Si Nuevas y Diferentes Formas de Creatividad Pueden Ser Protegidas] *IO: Productivity*. [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3495223

Bonadio, E. y Lucchi, N. (2018) *Non-Conventional Copyright: Do New and Atypical Works Deserve Protection?* [Derecho de Autor No-Convencional: ¿Merecen Protección Obras Nuevas y Atípicas?]. Edward Elgar Publishing.

Borschke, M. (2012). *Rethinking the Rhetoric of Remix: Copies and Material Culture in Digital Networks* [Repensando la Retórica del Remix: Copias y Cultura Material en Redes Digitales] [Tesis Doctoral]. University of New South Wales. Recuperado de https://www.academia.edu/1866651/Rethinking_the_Rhetoric_of_Remix_Copies_and_Material_Culture_in_Digital_Networks

Braun, B. y Pellerin, B. O. 2016. *Electronic Music in France (Survey)* [Música Electrónica en Francia (Encuesta)]. Recuperado de https://societe.sacem.fr/repimg/en/live/anglais/Sacem/News/2017/SACEM_ETU_DEMUSIKELECTRO_UK.pdf

- Brauneis, R. (2014). *Musical Work Copyright for the Era of Digital Sound Technology: Looking Beyond Composition and Performance* [El Derecho de Autor de la Obra Musical para la Era Tecnológica del Sonido Digital]. [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400170
- Brewster, B. y Broughton, F. (2014). *Last Night a Dj Saved My Life* [Anoche Un Dj Me Salvó la Vida]. (Rev. ed.). Grove Press.
- Bruch, E. (27 de agosto de 2010). *Samples, remix, covers: de quoi a-t-on le droit?* [Muestras, remezclas y covers: ¿A qué tenemos derecho?] OWNI. <http://owni.fr/2010/08/27/25905/index.html>
- Bullard G. A. (s.f.). *Reivindicando a los piratas. ¿Es la Propiedad Intelectual un Robo?* [Versión PDF]. Recuperado de https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2012/01/2005ab_reinvindicandopiratas.pdf
- Cardi, W. J. (2007). *Über-Middleman: Reshaping the Broken Landscape of Music Copyright* [Über-Middleman: Remodelando los Paisajes Rotos de los Derechos de Autor de la Música] *Iowa Law Review*, 92, 835. [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=991553
- Casanova, P. (13 de mayo de 2020). ¿Por qué el Derecho de Autor debería permitir la libre e ininterrumpida transmisión de dj sets vía redes sociales? *La Ley – El Ángulo Legal de la Noticia*. <https://laley.pe/art/9700/por-que-el-derecho-de-autor-deberia-permitir-la-libre-e-ininterrumpida-transmision-de-dj-sets-via-redes-sociales>
- Casanova Gastelumendi, P. (31 de agosto de 2017). ¿Son los DJ sets protegibles por el Derecho de Autor? *La Ley – El Ángulo Legal de la Noticia*. <https://laley.pe/art/4176/-son-los-dj-sets-protegibles-por-el-derecho-de-autor->
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (30 de marzo de 2010). Recuperada del sitio de internet de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>
- Cavero Safra, E. (2012). *Entre el huevo o la gallina y la planchada o la camisa: Introducción al análisis económico de la propiedad intelectual*. *Themis, Revista De Derecho*, (62), 123-141. [Versión PDF]. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9016>

- Cavero Safra, E. (2015): *El concepto de originalidad en el derecho de autor peruano. Forseti, Revista De Derecho*, (5), 113 - 127. [Versión PDF]. Recuperado de <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/forseti.v0i5.1145>
- Chávez Gutiérrez, W. E. (2014). *La falta de criterios dentro del ordenamiento jurídico peruano respecto del concepto de «originalidad» aplicado a la protección de los derechos de autor sobre imágenes fotográficas. Derecho PUCP*, (73), 587-623. [Versión PDF]. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/11320>
- Christou, S. y Maurushat, A. (2009). ‘*Waltzing Matilda*’ or ‘*Advance Australia Fair*’? *User-Generated Content and Fair Dealing in Australian Copyright Law* [‘¿Waltzing Matilda’ o ‘Advance Australia Fair?’ Contenido Generado por Usuarios y el Trato Justo en el Derecho de Autor Australiano]. [Versión PDF]. Recuperado de <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLRS/2009/29.txt/cgi-bin/download.cgi/download/au/journals/UNSWLRS/2009/29.pdf>
- Civil No. CCB-09-1825. (2011). *Estate of Khia Edgerton V. UPI Holdings, Inc.*, et al. Recuperado del sitio de internet de Case Text: <https://casetext.com/case/edgerton-v-upi-holdings>
- Código de Propiedad Intelectual de Francia. (30 de junio de 1992). Recuperado del sitio de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/19865>
- Commonwealth of Australia. (2016). *Short Guide to Copyright* [Breve Guía de Derecho de Autor]. Recuperado de <https://www.communications.gov.au/documents/short-guide-copyright>
- Constitución Política del Perú. Art. 2, inciso 8.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas Acta de París. (24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de setiembre de 1979). Recuperado de <http://fiadi.org/wp-content/uploads/2017/10/CONVENIO-DE-BERNA-PARA-LA-PROTECCION-DE-LAS-OBRAS-LITERARIS-Y-ARTISTICAS.pdf>
- Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión. (26 de octubre de 1961). Recuperado del sitio de internet de Instrumentos Normativos de

la UNESCO: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13645&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Copyright Act 1968. (27 de junio de 1968). Recuperada del sitio de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/au/au249en.pdf>

Copyright, Designs and Patents Act 1988. (15 de noviembre de 1988). Recuperada del sitio de internet de Legislation Gov UK: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>

Copyright Act of the United States. (19 de octubre de 1976). Recuperada del sitio de internet de U.S. Copyright Office: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>

Costa Gálvez, D. (2015). *¿A quién le importa? Radio especializada musical en España desde la perspectiva del servicio público* [Tesis Doctoral]. Universitat Autònoma de Barcelona. Departamento de Comunicación Audiovisual i Publicitat. Programa de Doctorado en Contenidos de Comunicación en la Era Digital. Barcelona. Recuperado de https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2014/hdl_10803_305104/dcg1de1.pdf

Costa Gálvez, J. C. (29 de octubre de 2020). *Entrevista personal a Jean Carlo Costa Gálvez* [Grabación de audio de voz].

Court of Justice of the European Union. (29 de julio de 2019). *Sampling without authorisation can infringe a phonogram producer's rights* [Extraer muestras de fonogramas sin autorización puede infringir los derechos del productor fonográfico]. Recuperado de <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-07/cp190098en.pdf>

Crews, K. D. (2003). *Copyright and Your Dissertation or Thesis: Ownership, Fair Use, and Your Rights and Responsibilities* [Derechos de autor y su Disertación o Tesis: Titularidad, Uso Justo y sus Derechos y Responsabilidades]. Recuperado de https://scholar.lib.vt.edu/copyright/pdf/copyright_dissthesi_ownership.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). Recuperado del sitio de internet de las Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

- Decreto Legislativo n° 822 – Ley Sobre el Derecho de Autor. (24 de abril de 1996). Recuperada del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica: http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Dharmatilake, B. (2015). *Reformulating the 'fair dealing' defence in copyright law to accommodate transformative musical works and maximise creativity in Australia* [Reformulando la defensa de 'trato justo' en el Derecho de Autor para acomodar obras musicales transformativas y maximizar creatividad en Australia] [Versión PDF]. Recuperado de https://pdfs.semanticscholar.org/b7af/5e4251e5af011f54f6cc1ce93ca1591e6515.pdf?_ga=2.84448926.685672796.1612999274-383349443.1611702917
- Díaz Hernández, M. (15 de julio de 2015). *El derecho al remix en el copyright: María Kodama vs. El Aleph engordado*. Hipertextual. <https://hipertextual.com/2015/07/derecho-al-remix-copyright>
- Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (11 de marzo de 1996). Sobre la protección jurídica de las bases de datos. Recuperado del sitio de internet de EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0009>
- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (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. Recuperado del sitio de internet de EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0029>
- Directiva 2019/790/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (17 de abril de 2019). Sobre los derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. Recuperado del sitio de internet de EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L0790>
- Díez Alfonso, A. (2012). *Disc-Jockey de Autor*. *PEI Revista de Propiedad Intelectual*. [Versión PDF]. Recuperado de <https://www.pei-revista.com/indice-de-autores/diez-alfonso-alvaro/disc-jockey-de-autor-detail>
- Dusollier, S. (2010). *Estudio Exploratorio Sobre El Derecho De Autor Y Los Derechos Conexos Y El Dominio Público*. Recuperado del sitio de internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI):

https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf

- Endicott, T. A. O. y Spence, M. J. (2005). *Vagueness in the Scope of Copyright* [Vaguedad en los Alcances del Derecho de Autor] *Law Quarterly Review*, 121, 657-680. [Versión PDF]. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=1155025>
- Evans, T. M. (2010). *Sampling, Looping, and Mashing... Oh My! How Hip Hop Music is Scratching More than the Surface of Copyright Law* [Sampling, Looping y Mashing... ¡O Mi! Cómo la Música Hip Hop Está Arañando Más que la Superficie del Derecho de Autor] *Entrepreneurship & Law eJournal*. Recuperado de <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol21/iss4/1>
- Ewald, J. y Oliver, P. G. (2017). *UK Copyright and the Limits of Music Sampling* [Derecho de Autor del Reino Unido y los Límites del Sampling Musical] [Versión PDF]. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=2898820>
- Faisal, K. (2019). *Probing into Copyright Infringement by Sampling: from USA to EU* [Investigación a las Infracciones al Derecho de Autor: de Estados Unidos de América a la Unión Europea] *European Journal of Economics, Law and Politics, ELP*, 6, 1, p. 30. [Versión PDF]. Recuperado de <http://elpjournal.eu/wp-content/uploads/2019/03/6-1-3.pdf>
- Ferreryros Castañeda, M. (2007). *De Gutenberg a Internet ¿Reforma o Revolución del Derecho de Autor?* *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. [Versión PDF]. Recuperado de <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario03/Art05/ANUARIO%20AN DINO%20ART05.pdf>
- Fitzgerald, B. y O'Brien, D. S. (2005). *Digital sampling and culture jamming in a remix world: what does the law allow?* [Sampling Digital y cultura jamming en un mundo del remix: ¿qué permite la ley?] Recuperado de <http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydUPLawBk/2007/51.html>
- Fossatti, M. y Gemetto, J. (15 de setiembre de 2013). *Una sociedad que se prepara para el debate sobre acceso a la cultura*. Rebelión. <https://rebellion.org/una-sociedad-que-se-prepara-para-el-debate-sobre-acceso-a-la-cultura/>
- Fritzsche, M.A. (2016). *Copyrightability of Music Compilations and Playlists: Original and Creative Works of Authorship?* [Derechos de Autor de las Compilaciones y

Listas de Reproducción de Música: ¿Obras Originales y Creativas de Autoría?] *Pace. Intell. Prop. Sports & Ent. L.F.* 6, 258. [Versión PDF]. Recuperado de <https://digitalcommons.pace.edu/pipself/vol6/iss1/11/>

García Sanz, R. M. (2004). *El Derecho de Autor en Internet* [Memoria Para Optar el Grado de Doctor]. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional. Madrid. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/7662/1/t27502.pdf>

García Sedano, T. (2016). *Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual*. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIX, 251-274. [Versión PDF]. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5461255>

Gasser, U. y Ernst, S. (2006). *From Shakespeare to Dj Danger Mouse: A Quick Look at Copyright and User Creativity in the Digital Age* [De Shakespeare a Dj Danger Mouse: Una Mirada Rápida al Derecho de Autor y la Creatividad de Usuarios en la Era Digital]. [Versión PDF]. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=909223>

Hesmondhalgh, D. (2006). *Digital Sampling and Cultural Inequality* [Sampling Digital y Desigualdad Cultural] *Social & Legal Studies*, 15(1), 53–75. [Versión PDF]. Recuperado de <https://doi.org/10.1177/0964663906060973>

Huarag Guerrero, E. (2016). *La Tragedia de la Propiedad Intelectual (I): Una Errónea Asignación de Titularidades*. *Ius Inkarri*, (2). [Versión PDF]. Recuperado de <https://doi.org/10.31381/inkarri.v0i2.82>

Huarag Guerrero, E. (2018). *Retos de la Propiedad Intelectual en la Sociedad de la Información*. *Ius Inkarri*, (6), 189 - 202. [Versión PDF]. Recuperado de <https://doi.org/10.31381/inkarri.v0i6.1236>

Hudson, E. y Weatherall, K. G. (2005). *Response to the Issues Paper: Fair Use and Other Copyright Exceptions in the Digital Age* [Respuesta al Informe Emitido: Uso Justo y Otras Excepciones al Derecho de Autor en la Era Digital]. Recuperado de <https://works.bepress.com/kimweatherall/6/download/>

Hurvitz, L. (2015) *“Can't Touch This”: A Comparative Analysis of Sampling Law in the United States and Internationally* [“No Puedes Tocar Esto”: Un Análisis Comparativo del Sampling Law en los Estados Unidos e Internacionalmente]. 23

Mich. St. Int'l L. Rev. 231. [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2908132

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2014). *Precedentes y Normativa del INDECOPI en Propiedad Intelectual. Compendio de normas legales de propiedad intelectual*. https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7754/643_ECP_Precedente_normativa_Indecopi_DA.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Iverson, T. (21 de marzo de 2014). *Can Copyright Subsist in a Music Compilation or Playlist?* [¿Pueden Subsistir los Derechos de Autor en una Compilación de Música o en una Lista de Reproducción?] Simkins. <https://www.simkins.com/2014/03/can-copyright-subsist-music-compilation-playlist-2/>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2020). [Captura de pantalla de la plataforma virtual de Consulta de Expedientes de la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi]. [Fotografía]. INDECOPI. <https://servicio.indecopi.gob.pe/portalSAE/>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2020). [Captura de pantalla de constancia del otorgamiento de registro a favor del DJ Set creado y ejecutado por el autor del presente trabajo]. [Fotografía]. INDECOPI. <https://servicio.indecopi.gob.pe/portalSAE/>

Jazani, M. (28 de enero de 2014). *Juridique: Mettre en ligne son podcast, son mix ou son remix* [Legal: sube tu podcast, mezcla o remix] DJMAG France – Suisse – Belgique. DJMAG. <https://www.djmag.ch/articles/485-juridique-mettre-en-ligne-son-podcast-son-mix-ou-son-remix>

Johnson, M., Wright, R. y Corbett, S. (2016). *Harmony and Counterpoint: Dancing with Fair Use in New Zealand and Australia* [Armonía y Contrapunto: Bailando con el Uso Justo en Nueva Zelanda y Australia]. [Versión PDF]. Recuperado de <http://press-files.anu.edu.au/downloads/press/n4454/pdf/ch06.pdf>

Jones, R. H. (1990). *The Myth of the Idea/Expression Dichotomy in Copyright Law* [El Mito de la Dicotomía Idea/Expresión en el Derecho de Autor]. *Pace Law Review*, 10, p. 551. [Versión PDF]. Recuperado de https://pdfs.semanticscholar.org/8ab7/48ed14648471949b269800c61fc3f33152b5.pdf?_ga=2.47028512.685672796.1612999274-383349443.1611702917

- Jütte, B. J. y Maier, H. (2017). *A Human Right to Sample – Will the CJEU Dance to the BGH-Beat?* [Un Derecho Humano para Samplear - ¿Bailará el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al Ritmo del Caso BGH?] Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/162665191.pdf>
- Jütte, B. J. y Quintais, J. (2019). *Advocate General Turns down the Music – Sampling Is Not a Fundamental Right under EU Copyright Law* [Abogado General Rechaza la Música – Samplear No Es un Derecho Fundamental bajo el Derecho de Autor de la Unión Europea]. [Versión PDF] Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3377205
- Kaila, A. (2015). *Music plagiarism, sound recordings and the future of transformative musical works* [Plagio musical, grabaciones de sonido y el futuro de las obras musicales transformativas]. [Versión PDF]. Recuperado de https://pdfs.semanticscholar.org/f79e/6d2594717053f9f32cabf7aa6271bb30776b.pdf?_ga=2.247364099.685672796.1612999274-383349443.1611702917
- Kempfert, K. y Reißmann, W. (2017). *Transformative Works and German Copyright Law as Matters of Boundary Work* [Obras Transformativas como Obras Límite y el Derecho de Autor Alemán]. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/336650741_Transformative_Works_and_German_Copyright_Law_as_Matters_of_Boundary_Work
- Keyes, J. M. (2004). *Musical Musings: The Case for Rethinking Music Copyright Protection* [Reflexiones Musicales: El Caso para Repensar la Protección del Derecho de Autor para la Música]. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 10, 407-444. [Versión PDF]. Recuperado de https://pdfs.semanticscholar.org/eddb/111a156ff011abd7831d64d155b59d0f8732.pdf?_ga=2.80196240.685672796.1612999274-383349443.1611702917
- Kresalja, B. (2010). *Deleite en la Sumisión. Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. [Versión PDF]. Recuperado de <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario06/art05/ANUARIO%20ANDINO%20ART05.pdf>
- Kresalja R, B. (2014). *El trato de excepción a la enseñanza en el Derecho de Autor. Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, 10, pp. 145-202. [Versión PDF]. Recuperado de <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario10/Art06/ANUARIO%20ANDINO%20ART06.pdf>

- Landes, W., Posner, R. (1989). *An Economic Analysis of Copyright Law* [Un Análisis Económico del Derecho de Autor]. *The Journal of Legal Studies*, 18, 2, pp. 325-363. [Versión PDF]. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/24101229_An_Economic_Analysis_of_Copyright_Law
- La SGAE gana un proceso a unos 'DJ'. (18 de julio de 2008). *El País*. https://elpais.com/tecnologia/2008/07/18/actualidad/1216369683_850215.html
- Lee, C. (13 de febrero de 2012). *A bauble for the Bon Bon: rapper does have a reputation but isn't greatly damaged, rules Aussie court* [Una chuchería para el Bon: el rapero tiene una reputación pero no fue gravemente perjudicado, sentencia una corte australiana]. The IPKat. <http://ipkitten.blogspot.com/2012/02/bauble-for-bon-bon-rapper-does-have.html>
- Ley del Artista Intérprete y Ejecutante n° 28131. (19 de diciembre de 2003). Recuperada del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica: http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Unesco; Cerlac; Zavalía
- Martínez Cabezudo, F. (2013). *Sampling. Estudio sobre las limitaciones de los derechos de autor respecto de las funciones críticas de las obras remezcladas*. *Revista Internacional De Pensamiento Político*, 8, 139–159. [Versión PDF]. Recuperado de <https://www.upo.es/revistas/index.php/ripp/article/view/3662/2897>
- Maraví Contreras, A. (2010): *Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el Derecho de Autor*. [Cuaderno de Trabajo N° 16]. [Versión PDF]. Recuperado de http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/46738/cuadern_o%2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Mattock, N. (2012). *Australia: DJ in the Doghouse: What you need to know about moral rights* [Australia: DJ en la Casa de Perro: Lo que debes saber sobre derechos morales]. Mondaq. <https://www.mondaq.com/australia/Intellectual-Property/169916/DJ-in-the-Doghouse-What-you-need-to-know-about-moral-rights>
- Mcdonagh, L. (2012). *Is the Creative Use of Musical Works Without a Licence Acceptable Under Copyright Law?* [¿Es Aceptable Bajo el Derecho de Autor El

Uso Creativo de Obras Musicales Sin Una Licencia?. [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2521081

Mcdonagh, L. (2012). *Rearranging the Roles of the Performer and the Composer in the Music Industry – The Potential Significance of Fisher v. Brooker* [Reorganizando los Roles del Artista Ejecutante y del Compositor en la Industria Musical – El Significado Potencial de Fisher v Brooker]. *LSE Research Online Documents on Economics*. [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2034899

Melo Sarmiento, G. (2015). *Libertad de expresión y derecho de autor: distintas aproximaciones, un solo problema verdadero*. *Revista iberoamericana de derecho de autor ¿quo vadis derecho de autor?* VIII, 15. [Versión PDF]. Recuperado de https://cerlalc.org/wp-content/uploads/publicaciones/odai/PUBLICACIONES_ODAI_%20Revista-Iberoamericana-de-Derecho-de-Autor-15_v1_010615.pdf

Méndez Reátegui, R. C. B. (2008). *El Análisis económico del derecho: principales escuelas que han influenciado en el Perú, aportes y su contraposición conceptual* [Tesis para optar por el título profesional de abogado]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/3056/Mendez_r_r.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Mendoza Woodman, J. (2018). *Los cambios en la industria de la música y el rol de las sociedades de gestión colectiva*. *Revista de Ciencias de la Gestión*, (3), 110-135. [Versión PDF]. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/360gestion/article/view/20284>

Menell, P.S. (2017). *Adapting Copyright for the Mashup Generation* [Adaptando el Derecho de Autor para la Generación Mashup]. *Cyberspace Law eJournal*. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=2576929>

Mezei, P. (2017). *De Minimis and Artistic Freedom: Sampling on the Right Track?* [De Minimis y Libertad Artística: ¿Está en el Camino Correcto Samplear?] [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3027809

Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. (27 de noviembre de 2003). *Propiedad Intelectual. Su Marco Jurídico y Organizativo*. [Versión PDF]. Recuperado de

http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/ponen/sem_jueces_03/Modulos/colmenares.pdf

- Misrok, T. (2019). *How Playlists Broke The Internet: An Analysis of Copyright in Playlist Ownership* [Cómo las Listas de Reproducción Rompieron la Internet: Un Análisis del Derecho de Autor en Listas de Reproducción] *Cardozo Law Review*, 40, 3, pp. 1412-1443. [Versión PDF]. Recuperado de <http://cardozolawreview.com/wp-content/uploads/2019/03/40.3.11.Misrok..pdf>
- Moreno Cobos, V. (s.f.). *Los Disc Jockey y Los Derechos De Autor*. Recuperado de <https://docplayer.es/5181039-Los-disc-jockey-y-los-derechos-de-autor.html>
- Morey, J. y McIntyre, P. (2014). *The Creative Studio Practice of Contemporary Dance Music Sampling Composers* [La Práctica Creativa en el Estudio de Grabación de Compositores Sampleadores de Música Dance Contemporánea]. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/270814280_The_Creative_Studio_Practice_of_Contemporary_Dance_Music_Sampling_Composers
- Murillo Chávez, J. A. (2016). *APDAYC ha sido intervenida*. *Actualidad Jurídica*, 267 p. 200 – 205. [Versión PDF]. Recuperado de https://works.bepress.com/javier_murillo/39/
- Murillo Chávez, J. A. (2013). *Do – Re – Mi: una aproximación a la obra musical desde el Derecho de Propiedad Intelectual y la Teoría Musical*. *Revista Jurídica del Perú*, 148 pp. 203 – 223. [Versión PDF]. Recuperado de https://www.academia.edu/28871584/Do_Re_Mi_Una_aproximaci%C3%B3n_a_la_obra_musical_desde_el_Derecho_de_Propiedad_intelectual_y_la_Teor%C3%ADa_Musical
- Murillo Chávez, J. A. (23 de octubre de 2020). *Entrevista personal al profesor Javier André Murillo Chávez* [Grabación de audio de voz].
- Murillo Chávez, J. A. (2017) *Fa - Sol - La. Completando conceptos sobre la obra musical y su originalidad en la jurisprudencia peruana*. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 221 p. 229 – 254. [Versión PDF]. Recuperado de https://works.bepress.com/javier_murillo/45/
- Murray, T. (2014). *Duration of Copyright Protection in Australia* [Duración de la Protección del Derecho de Autor en Australia] [Intellectual Property Unit School

of Law] pp.1-16. Recuperado de <https://www.kottgunn.com.au/wp-content/uploads/2015/03/Copyright-Duration%EF%BB%BF1.pdf>

Otero Lastres, J. M. (2005). *El grado de creatividad y originalidad requerido al diseño artístico. Anuario Andino de Derechos Intelectuales*. [Versión PDF]. Recuperado de <https://vdocuments.mx/download/el-grado-de-creatividad-y-de-originalidad-requerido-al-andin-y-todo-es-arte>

Pacón, A. M. (2003). *La protección del derecho de autor en la comunidad andina*. Brewer-Carías, Allan-Randolph (ed.), *Derecho Comunitario Andina*, Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Paor-Evans, A. (2020). *Clubbing at home: how live streaming made DJ sets more inclusive* [Discotecas en casa: cómo las transmisiones en vivo hizo que los DJ Sets fueran más inclusivos]. The Conversation. <https://theconversation.com/clubbing-at-home-how-live-streaming-made-dj-sets-more-inclusive-149931>

Palacios Ibañez, N. (2018). *La originalidad en las obras de propiedad intelectual. Especial atención al ámbito de la fotografía*. [Trabajo de fin de grado]. Universidad de la Rioja. Biblioteca de la Universidad de la Rioja. https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE004144.pdf

Pasquel, E. (2004). *Una visión crítica de la propiedad intelectual. Por qué eliminar las patentes, los derechos de autor y el subsidio estatal a la producción de información. Revista de Economía y Derecho*, 1, 3. [Versión PDF]. Recuperado de <https://www.scribd.com/document/380677974/Una-Vision-Critica-de-La-PI>

Pascarl I. y Creek, T. (2012). *“Sample” leaves DJ in red for damages for infringement of rapper’s moral rights*. [“Sample” deja a DJ en rojo por indemnización por daños y perjuicios por infracción a los derechos morales de rapero]. Lexology. <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bf91e5bc-06f7-48f1-b244-295141ce3580>

Postel, H. (2006). *The Fair Use Doctrine in the U.S. American Copyright Act and Similar Regulations in the German Law* [La Doctrina del Uso Justo en la Ley de Derecho de Autor Estadounidense y Regulaciones Similares en el Sistema Alemán] *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*. [Versión PDF]. Recuperado de https://studentorgs.kentlaw.iit.edu/ckjip/wpcontent/uploads/sites/4/2013/06/08_5_JIntellProp1422005-2006.pdf

- Pote, M. A. (2010). *Mashed-up in Between: The Delicate Balance of Artists' Interests Lost amidst the War on Copyright* [Mezcla en el Medio: El Delicado Equilibrio de los Intereses de los Artistas Perdidos en Medio de la Guerra Contra los Derechos de Autor]. *North Carolina Law Review* 88, 639. [Versión PDF]. Recuperado de <https://www.semanticscholar.org/paper/Mashed-up-in-Between%3A-The-Delicate-Balance-of-Lost-Pote/31f28e493c10b175814d53e21e6471300f2f008d?p2df>
- President and Fellows of Harvard College. (2016). *Copyright and Fair Use: A Guide for the Harvard Community* [Derecho de Autor y Uso Justo: Una Guía para la Comunidad de Harvard]. Recuperado de https://ogc.harvard.edu/files/ogc/files/ogc_copyright_and_fair_use_guide_5-31-16.pdf?m=1464875856
- Rahmatian, A. (2013). *Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure* [Originalidad en el Derecho de Autor del Reino Unido: La Vieja Doctrina de "Habilidad y Esfuerzo" Bajo Presión] *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 44, 4-34. [Versión PDF]. Recuperado de <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs40319-012-0003-4>
- Ravenscraft, E. (4 de octubre de 2014). *The Three Key Steps to Creativity: Copy, Transform, and Combine* [Los Tres Pasos Clave de la Creatividad: Copiar, Transformar y Combinar]. Lifehacker. <https://lifelife.com/the-three-key-steps-to-creativity-copy-transform-and-1561711228>
- Real Academia Española. (s.f.). Colección. Recuperado de <https://dle.rae.es/colecci%C3%B3n>
- Real Academia Española. (s.f.). Compilar. Recuperado de <https://dle.rae.es/compilar>
- Real Academia Española. (s.f.). Original. Recuperado de <https://dle.rae.es/original?m=form>
- Real Academia Española. (s.f.). Originalidad. Recuperado de https://dle.rae.es/originalidad?m=30_2
- Real Academia Española. (s.f.). Pastiche. Recuperado de <https://dle.rae.es/pastiche>

- Real Decreto Legislativo 1/1996. (12 de abril de 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. [Versión PDF]. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-8930-consolidado.pdf>
- Real Márquez, M. (2001). *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*. Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información. [Versión PDF]. Recuperado de https://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf
- REBIUN Línea 2 (3er. P.E.) Grupo de Propiedad Intelectual. (2020). *Contribución a la consulta pública previa sobre un borrador de anteproyecto de ley sobre los derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital europeo, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 y la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019*. Colección Estudios e Informes. [Versión PDF]. Recuperado de <https://rebiun.xercode.es/xmlui/bitstream/handle/20.500.11967/637/Contribuci%C3%B3n%20a%20la%20consulta%20p%C3%BAblica%20sobre%20legislaci%C3%B3n%20relativa%20a%20los%20derechos%20de%20autor%20y%20derechos%20afines.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Reilly, T. (2012). *Good Fences Make Good Neighboring Rights: The German Federal Supreme Court Rules on the Digital Sampling of Sound Recordings in Metall auf Metall* [Buenas Cercas Hacen Buenos Derechos Conexos: El Tribunal Supremo Federal de Alemania Dictamina Sobre el Sampling Digital de Grabaciones de Sonido en Metall auf Metall] *Minnesota journal of law, science & technology*, 13, 153. [Versión PDF]. Recuperado de https://ecommons.udayton.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1051&context=law_fac_pub
- Resolución n.º 0148-2008/TPI-INDECOPI. (15 de enero de 2008). Tribunal de Propiedad Intelectual. Recuperado del buscador de Resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
- Resolución n.º 0286-1998/TPI-INDECOPI. (23 de marzo de 1998). Tribunal de Propiedad Intelectual. Recuperado del buscador de Resoluciones del Instituto

Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Resolución n.º 0958-2020/DDA-INDECOPI. (26 de octubre de 2020). Dirección de Derecho de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Resolución n.º 3436-2013/TPI-INDECOPI. (2 de octubre de 2013). Tribunal de Propiedad Intelectual. Recuperado del buscador de Resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Rimmer, M. (2005). *The Grey Album: Copyright Law and Digital Sampling* [El Álbum Gris: Derecho de Autor y Sampling Digital] *Media International Australia*, 114, 40 - 53. [Versión PDF]. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=648323

Rodríguez Escobar, V. (23 de octubre de 2020). *Entrevista personal a la profesora Verónica Rodríguez Escobar* [Grabación de audio de voz].

Rodríguez, G. (2012). *Original pero ¿actual?: sobre el concepto de originalidad en el derecho de autor*. Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2012/08/30/original-pero-actual-sobre-el-concepto-de-originalidad-en-el-derecho-de-autor/>

Rodríguez García, G. (2008). *¿El fin de la historia para la propiedad intelectual?* *THEMIS Revista De Derecho*, (55), 297-307. [Versión PDF]. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9239>

Romero, C. (2014). *Los Conceptos De Corpus Mysticum Y Corpus Mechanicum*. *Revista Iberoamericana De Derecho De Autor*. [Versión PDF]. Recuperado de https://cerlalc.org/wpcontent/uploads/publicaciones/odai/PUBLICACIONES_ODAI_%20Revista-Iberoamericana-de-Derecho-de-Autor-14_v1_011214.pdf

Sacem. (7 de junio de 2018). *Sacem is committing to Electronic Music clubs and festivals monitoring* [Sacem está comprometida con monitorear clubes y festivales de Música Electrónica]. [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=EbeZ_mrivkM

- Sayers, J. J. (2014). *The Wrong Mix: Electronic Dance Music and its Copyright Problem* [La Mezcla Equivocada: Música Electrónica Dance y su Problema con el Derecho de Autor] *Law School Student Scholarship*. [Versión PDF]. Recuperado de https://scholarship.shu.edu/student_scholarship/566
- Sentencia del Exp. N° 0009-2018-PI/TC. (2 de junio de 2020). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00009-2018-AI.pdf?fbclid=IwAR2f6Bc0ZjUdqhjuxvwwXe7SGpPYRkFDcSg98ts1N514CvJUwgyeWVANupc>
- Schmidt, K. (2015). *Appropriation in the Fine Arts: fair use, fair dealing and copyright law* [Apropiación en las Bellas Artes: uso justo, trato justo y Derecho de Autor] [Tesis presentada para el grado de Bachiller en Derecho]. University of Otago. Dunedin. <https://www.otago.ac.nz/law/research/journals/otago085117.pdf>
- Schipper, B. (2014). *The Chilling Effect Of “Kraftwerk I/Ii” On Sound Sampling. Plea For Self-Regulation To Advance The Use Of Sampling* [El Efecto Escalofriante de “Kraftwerk I / Ii” Sobre el Sampling de Sonido. Súplica de Autorregulación para Promover el Uso del Sampling]. Recuperado de <http://www.schipperlegal.nl/wp-content/uploads/2014/11/Kraftwerk-Decisions-Chilling-Effect-on-Sound-Sampling-US-1.pdf>
- Schuster, W. M., Mitchell, D. M. y Brown, K. (2018). *Sampling Increases Music Sales: An Empirical Copyright Study* [El Sampling Aumenta Ventas de Música: Un Estudio Empírico de Derecho de Autor]. *American Business Law Journal*, 177 [Versión PDF]. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3226292>
- (s.f.). Remix. *Espacio de Trabajo* <http://espaciodetrabajo.com.ar/derecho/remix.html>
- Soria Aguilar, A. F. (2016). *Derecho de autor y derechos conexos en la provisión de contenidos musicales para teléfonos móviles: El caso de las descargas de Ringtones en el Perú*. *Foro Jurídico*, (15), 93-99. [Versión PDF]. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19837>
- Suzor, N. (2008). *Where the Bloody Hell Does Parody Fit in Australian Copyright Law?* [¿Dónde Diablos Encaja la Parodia en el Derecho de Autor Australiano?] *Media & Arts Law Review*, 13, N2, p. 218. [Versión PDF]. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=1181902>

- Tamayo Yañez, S. M. (2015). *Derecho de acceso a la cultura e interpretación judicial en derechos de autor* [Tesis para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional]. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6882>
- Toole, C. (2012). *DJ in the Doghouse: What you need to know about moral rights* [DJ en la Casa de Perro: Lo que necesitas saber sobre los derechos morales]. Marque Lawyers. https://www.marquelawyers.com.au/assets/dj-in-the-doghouse-what-you-need-to-know-about-moral-rights_march-2012.pdf
- Toynbee, J. (2006). *Copyright, the Work and Phonographic Orality in Music* [Derecho de Autor, la Obra y Oralidad Fonográfica en la Música] *Social & Legal Studies*, 15(1), 77–99. [Versión PDF]. Recuperado de <https://doi.org/10.1177/0964663906060976>
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. (20 de diciembre de 1996). [Versión PDF]. Recuperado del sitio de internet de la OMPI: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/wct/trt_wct_001es.pdf
- Universidad Autónoma de Madrid. (2014). *Propiedad intelectual y DJs: ¿la propiedad intelectual sólo se protege hasta las 3 a.m.?* Debate de la Asociación de Antiguos Alumnos del Máster en Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías de la Universidad Autónoma de Madrid. [Video]. Edad de Plata. <http://www.edaddeplata.org/edaddeplata/Actividades/actos/visualizador.jsp?tipo=2&orden=0&acto=6067>
- Universidad de Alicante. (s.f.) *Propiedad Intelectual Conceptos Básicos*. Recuperado de <https://ssyf.ua.es/es/formacion/documentos/cursos-programados/2014/derechos-de-autor-en-la-gestion-universitaria/propiedad-intelectual-conceptos-basicos.pdf>
- Urheberrechtsgesetz – UrhG [Ley de Derecho de Autor de Alemania]. (9 de setiembre de 1965). Recuperado de https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html
- US Legal. (s.f.) Preliminary Injunction. Recuperado de <https://definitions.uslegal.com/p/preliminary-injunction/>
- Véron, M. (2012). *Mix, remix et œuvre composite: le statut des œuvres créées par les DJ* [Mezcla, remezcla y obra compuesta: el estado de las obras creadas por el DJ].

Des Droits, De Auteurs. <https://desdroitsdesauteurs.fr/2012/05/mix-remix-et-oeuvre-composite-le-statut-des-oeuvres-creees-par-les-dj/>

Watson, K. (2019). IMS Business Report 2019. *An annual study of the Electronic Music Industry* [Informe de Negocio de IMS 2019. Un estudio anual sobre la Industria de la Música Electrónica]. <https://www.internationalmusicsummit.com/wp-content/uploads/2019/05/IMS-Business-Report-2019-vFinal.pdf>

White, D. (24 de marzo 2020). *Livestreaming DJ Sets in 2020: A Complete How-To Guide* [Transmitiendo en vivo DJ Sets en 2020: Una Guía Completa de Cómo- Hacer] DJ Techtools. <https://djtechtools.com/2020/03/24/livestreaming-dj-sets-in-2020-a-complete-how-to-guide/>

Williams, J.A. (2014). Theoretical Approaches to Quotation in Hip-Hop Recordings [Enfoques Teóricos a la Citación en Grabaciones de Música Hip-Hop] *Contemporary Music Review*, 33, 188 - 209. [Versión PDF]. Recuperado de <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/07494467.2014.959276>

Word Reference. (s.f.). Pastiche. Recuperado de <https://www.wordreference.com/definicion/pastiche>

Yamamoto, T. B. (1990) *The Concept of "Originality" and the Merger Doctrine in Japanese Copyright Law: The Meaning of the System Science Case* [El Concepto de "Originalidad" y la Doctrina de la Fusión en el Derecho de Autor Japonés: El Significado del Caso de la Ciencia de Sistemas]. Recuperado de <http://www.itlaw.jp/originality.pdf>



ANEXOS

Anexo 1: Resolución N° 0958-2020/DDA-INDECOPI

RESOLUCIÓN N° 0958-2020/DDA-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 01450-2020/DDA

SOLICITANTE : PIERO SEBASTIAN CASANOVA

GASTELUMENDI

MATERIA : SOLICITUD DE REGISTRO

Lima, 26 de octubre de 2020

I. ANTECEDENTES

El 07 de octubre de 2020, PIERO SEBASTIAN CASANOVA GASTELUMENDI – en adelante el solicitante- presentó ante la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI – en adelante la Dirección- una solicitud para el registro de compilación.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Corresponde a la Dirección determinar si procede o no inscribir el registro de compilación en el Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1 Facultades de la Dirección de Derecho de Autor

El artículo 38° del Decreto Legislativo 1033 señala lo siguiente:

“38.1 Corresponde a la Dirección de Derecho de Autor proteger el derecho de autor y los derechos conexos. En la protección de los referidos derechos es responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos.

38.2 Adicionalmente, resuelve en primera instancia las causas contenciosas y no contenciosas que le sean sometidas a su jurisdicción, por denuncia de parte o por acción de oficio. Administra el registro nacional de derecho de autor y derechos conexos, así como los actos constitutivos o modificatorios correspondientes a las sociedades de gestión colectiva y derechos conexos; mantiene y custodia el depósito legal intangible, entre otras funciones establecidas en la ley de la materia.

Asimismo, el artículo 168 del Decreto Legislativo N° 822, señala que la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI es la autoridad nacional competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el Derecho de Autor y los Derechos Conexos.

De igual modo, el literal k) del artículo 169⁴⁹ del mismo cuerpo normativo señala que, dentro de las atribuciones de la Dirección de Derecho de Autor, se encuentra: *“k) Llevar los registros correspondientes en el ámbito de su competencia, estando facultada para inscribir derechos y declarar su nulidad, cancelación o caducidad conforme al Reglamento pertinente.”*

3.2 De la calificación registral

El artículo V del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 053-2017-PCM – Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Derecho de Autor y

⁴⁹ Artículo 168°.- La Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, es la autoridad nacional competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos; posee autonomía técnica, administrativa y funcional para el ejercicio de las funciones asignadas a su cargo y resuelve en primera instancia las causas contenciosas y no contenciosas que le sean sometidas a su jurisdicción, por denuncia de parte o por acción de oficio.

Derechos Conexos contemplado en el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre Derecho de Autor, regula el Principio de Legalidad:

“Artículo V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La autoridad competente responsable del registro ante la Dirección de Derecho de Autor, califica la documentación que sustenta la solicitud de inscripción, dicha calificación comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades establecidas en la normativa pertinente, la capacidad de los otorgantes y validez del acto.”

En ese sentido, conforme al Principio de Legalidad la calificación registral⁵⁰ que debe realizarse a la solicitud de registro comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades correspondientes, la capacidad del otorgante y la validez del acto.

Del mismo modo, el artículo 20 del Decreto Supremo N° 053-2017-PCM ha establecido el alcance de la calificación registral

“Artículo 20.- Alcances de la calificación

20.1 La Dirección de Derecho de Autor califica la solicitud de registro, para lo cual debe:

- 1. Verificar la legitimidad y capacidad del solicitante.*
- 2. Verificar el cumplimiento de los requisitos correspondientes a la solicitud de registro y sus recaudos.*
- 3. Verificar que el acto o derecho se ajuste al cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la norma pertinente, que puedan afectar la validez del acto o derecho cuya inscripción se solicita.*

20.2 La Dirección de Derecho de Autor, de ser necesario, efectuará la búsqueda de antecedentes en el Archivo Registral, no pudiendo exigir información con la que cuente.

20.3 De ser el caso, la Dirección de Derecho de Autor tiene la facultad de requerir

⁵⁰ El artículo 19 del Decreto Supremo n.º 053-2017-PCM define a la calificación registral como: “La calificación registral es la evaluación integral de los requisitos inherentes a la solicitud de registro y sus recaudos, que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción, teniendo en cuenta para ello los principios registrales establecidos en el presente reglamento. Dicha calificación es efectuada por la autoridad competente”.

el cumplimiento de requisitos, de conformidad con lo establecido en los artículos 22 y 23 de este Reglamento.

20.4 En los casos de resoluciones judiciales que ordenen una inscripción, se procede conforme a lo establecido en el mandato judicial

20.5 Asimismo, la Dirección de Derecho de Autor podrá exigir al administrado el cumplimiento de la inscripción de actos previos que resulten indispensables para cumplir con el mandato de inscripción dispuesto en resolución judicial.”

3.3 Aplicación al caso en concreto

El artículo 6⁵¹ del Reglamento del Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos señalado en el Decreto Supremo N° 053-2017-PCM establece los requisitos de la solicitud de inscripción.

⁵¹ Artículo 6.- Requisitos de la solicitud de inscripción

6.1 Requisitos esenciales

6.1.1. Consignar en la solicitud de inscripción, la siguiente información:

a. Si el solicitante, es una persona natural, debe indicar:

- i. Número de documento de identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
- ii. Señalar su domicilio real y, de ser el caso, el correo electrónico y/o la casilla electrónica consignada en su solicitud siempre que haya autorizado expresamente que la notificación se realice por ese medio.
- iii. En caso desee recibir las notificaciones del procedimiento en un domicilio distinto deberá indicar en cual deberá efectuarse la notificación.

7. Si el solicitante es una persona jurídica, debe:

- i. Consignar la razón o denominación social completa y, de ser el caso, consignar el número de RUC.
- ii. En caso de persona jurídica constituida en el extranjero, acreditar su existencia.
- iii. Presentar los poderes del representante, que podrán estar contenidos en una carta poder simple, en caso no se encuentren inscritos en registros públicos.

iv. Señalar su domicilio real y, de ser el caso, el correo electrónico y/o la casilla electrónica consignada en su solicitud siempre que haya autorizado expresamente que la notificación se realice por ese medio.

8. Si el solicitante es menor de edad debe:

- i. Presentar la solicitud firmada por uno de sus padres o apoderado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 inciso f) del Código del Niño y del Adolescente.
- ii. Firma o huella digital del solicitante, en el caso de no saber firmar o estar impedido, salvo que la solicitud de registro sea presentada a través de medios virtuales.
- iii. Título del bien inmaterial inscribible.
- iv. Presentar un ejemplar del bien inmaterial o documento que contenga el derecho o acto a registrarse.
- v. Acreditar el pago de la tasa correspondiente, señalando el día de pago y el número de constancia de pago.

Conforme a ello, el artículo 22⁵² del Decreto Supremo N° 053-2017-PCM ha establecido el procedimiento de verificación que debe realizar la Unidad de Recepción o la Dirección de Derecho de Autor, de ser el caso, en relación con los requisitos esenciales de las solicitudes de inscripción establecidos en el artículo 6 antes referido.

En el caso en concreto, se presentó una solicitud de registro de compilación titulado “DJ CASANOVA’S PERSONAL CATALOGUE DJ SET” a favor de PIERO SEBASTIAN CASANOVA GASTELUMENDI la misma que de acuerdo con la calificación registral realizada, se ha que ésta ha cumplido con las formalidades correspondientes, verificándose la capacidad del otorgante y la validez del acto.

6.1.1 De ser el caso se deberá adjuntar la siguiente documentación:

a. La cesión de derechos correspondiente.

b. Se debe adjuntar el contrato de trabajo o contrato de obra por encargo.

c. En caso de haber reproducido una obra de terceros en la obra a registrar, presentar la autorización del autor o titular de los derechos.

d. En las obras derivadas, precisar el título de la obra originaria y presentar la autorización del titular del derecho a fin de modificar la misma.

e. Los documentos elaborados en idioma extranjero, deben estar traducidos al español, indicando el nombre de quien oficie la traducción.

f. En el caso del registro de actos constitutivos correspondientes a las sociedades de gestión colectiva, los requisitos establecidos en los artículos 81, 82, 84, 85 y 86 de este Reglamento.

6.2 Estos requisitos se presentarán cuando sean aplicables al caso en concreto; considerando los supuestos de presunción establecidos legalmente.

6.3 El literal e. del numeral 6.1.2 no es aplicable a las obras y producciones.

6.4 La traducción referida en el literal e. del numeral 6.1.2, puede ser traducción simple, debiendo, en todo caso, contener la indicación y suscripción de quien oficie de traductor debidamente identificado.

6.5 En el caso de registro múltiple de obras o producciones, la cantidad máxima de obras o producciones que pueden incorporarse en el soporte presentado a registro será de 100.

⁵² Artículo 22.- Verificación de requisitos

22.1 De no contener la solicitud de registro los requisitos establecidos en el artículo 6 de este Reglamento, la Unidad de Recepción debe requerir inmediatamente al solicitante para que complete los mismos dentro del plazo de 2 días hábiles siguientes a la fecha de notificación. La Unidad de Recepción debe mantener la custodia de la solicitud de registro hasta que el administrado cumpla con subsanar lo requerido.

22.2 Si transcurre el plazo indicado en el párrafo precedente sin que el solicitante hubiese cumplido con subsanar la totalidad de los requisitos señalados en el artículo 6 de este Reglamento, la entidad administrativa devolverá al solicitante los documentos que hubiese presentado.

22.3 En caso de omisión de alguno de los requisitos señalados en el artículo 6 de este Reglamento que, por su naturaleza, no fuese detectado por la Unidad de Trámite de Recepción, la instancia respectiva procede conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del presente artículo. De transcurrir el plazo indicado en dicho párrafo sin que el solicitante cumpla con subsanar la totalidad de los requisitos, la solicitud se tiene por no presentada, procediendo con la devolución de los documentos que hubiese presentado.

El artículo 27 del Decreto Supremo N° 053-2017-PCM, establece:

“El servidor o funcionario de la dirección de derecho de Autor emite una resolución administrativa en la cual dispone la inscripción del acto o derecho en la partida registral correspondiente, en la medida que, como resultado de la calificación, se concluya que éstos no adolecen de defectos ni existen obstáculos para su inscripción. Asimismo, emitirá los certificados de registro correspondiente a dicha inscripción”.

En virtud de lo señalado en los artículos precedentes y luego de realizar la verificación y calificación de la solicitud, la Dirección de Derecho de Autor considera que corresponde otorgar el registro solicitado.

IV. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN

Artículo Primero. – Otorgar el registro de compilación titulado “DJ CASANOVA’S PERSONAL CATALOGUE DJ SET” en favor de PIERO SEBASTIAN CASANOVA GASTELUMENDI.

/dlb-egm



Firmado digitalmente por
VIENRICH ENRIQUEZ Fausto Alfonso
Martin FAU 20133840533 soft

Motivo: Soy el autor del
documento Fecha: 28.10.2020 15:11:55 -
05:00

Anexo 2: Proyecto de ley que modifica los artículos 2° y 5° de la Ley sobre Derecho de Autor

Artículo 1.- Modifíquese el literal “31” del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 822, el cual queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 2.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

31. Originalidad: Mínimo grado de creatividad que debe evidenciar una obra a fin de ser susceptible de protección por la presente ley.

Artículo 2.- Modifíquese el inciso “n” del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 822, el cual queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 5.- Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes: (...)

n. Las obras remix, siempre que la utilización, manipulación y combinación de obras preexistentes, o fragmentos de las mismas, sean musicales, visuales o de otra naturaleza, genere una impresión distinta de sus elementos individuales y por lo tanto sea original. No será necesario que el autor remezclador cuente con la autorización expresa y por escrito de los titulares de las obras preexistentes utilizadas.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley ha sido elaborado con la finalidad de actualizar y flexibilizar el Decreto Legislativo 822° – Ley sobre Derecho de Autor (en adelante, nuestra ‘Ley’) para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de la libertad de creación artística y acceso a la cultura reconocidos en el artículo 2° inciso 8 de nuestra Constitución Política.

Nuestra Ley, que data del 24 de abril de 1996, es la fuente legislativa que regula la materia de derecho de autor y los derechos conexos conforme prescribe su artículo 1°, cuyo texto señala que el objeto de esta norma es la protección de los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechohabientes, de los titulares de derechos conexos al derecho de autor reconocidos en ella y de la salvaguardia del acervo cultural.

En otras palabras, es el marco normativo principal de la materia cuyo objetivo constituye favorecer y generar incentivos para la creatividad individual y la promoción de la diversidad cultural.

Ahora, cabe resaltar que desde su dación ha transcurrido un cuarto de siglo: veinticinco (25) años. De hecho su promulgación fue en tiempos distintos a los actuales, en los cuales la Internet no desempeñaba un rol protagonista en las vidas de nuestros conciudadanos.

En este sentido, los logros que presentan las nuevas tecnologías como consecuencia del surgimiento de la sociedad de la información en el ámbito del derecho de autor, son la democratización del acceso tecnológico y la diversificación de las formas de creación, producción y explotación de las obras protegidas por el sistema autoral, lo que obliga a que nuestra normativa deba adaptarse y flexibilizarse para reflejar fielmente las prácticas culturales de la realidad, provenientes del entorno digital.

En consecuencia, por un lado, resulta imperativo actualizar nuestra Ley en el sentido de incluir expresamente una definición del significado del término ‘originalidad’. Dicha imperatividad resulta de la ambigüedad que implica para nuestro

sistema de derechos de autor seguir bajo un criterio de originalidad subjetiva, establecido por el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución 0298-1998/TPI-INDECOPI (en adelante, ‘Precedente de Observancia Obligatoria’).

El Precedente de Observancia Obligatoria, que data del año 1998, definió el requisito *sine qua non* de originalidad para el Derecho de Autor en el sentido que toda obra, para estar protegida por el sistema, debe reflejar la impronta de la personalidad o individualidad de su autor.

No obstante ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi obvió en su análisis que la aplicación de este criterio resulta ambigua, puesto que, al establecer que la originalidad se cumple siempre y cuando se pueda identificar la personalidad o individualidad del autor en su obra, se genera un doble peligro: o bien se protege a toda obra, ya que esta evidenciará siempre en mayor o menor medida la personalidad de su autor (solo una persona natural como sujeto de derecho es beneficiario de titularidad autoral) o bien se protege a un grupo selecto de obras cuyos autores ostenten personalidades destacadas (instituyendo una suerte de aristocracia artística arbitrariamente).

En virtud de la anacronicidad (por la fecha del establecimiento del Precedente de Observancia Obligatoria – año 1998) y ambigüedad (por el doble peligro que genera la aplicación del criterio actual de originalidad) es que se propone actualizar nuestra Ley al incluir en ella una definición expresa del término ‘originalidad’, reemplazando el criterio subjetivo por el creativo.

Es decir, una obra será original siempre y cuando evidencie un mínimo grado de creatividad y no sea copia exacta de otra obra preexistente, sin más.

Por otro lado, y sobre la base de los fenómenos tecnológicos expuestos líneas arriba (democratización del acceso a la tecnología y diversificación de los métodos de creación artística), se propone flexibilizar nuestra Ley al incluir un nuevo concepto de obra protegible por nuestro sistema autoral: la obra *remix*.

La obra *remix* es aquella que por virtud de la utilización, manipulación y combinación de obras preexistentes, o fragmentos de las mismas, sean musicales,

visuales o de otra naturaleza, se genera una impresión distinta de sus elementos individuales, constituyéndose así en una nueva expresión creativa y original.

Pero la novedad de dicha obra es que a diferencia de, por ejemplo, la obra derivada, el creador de la obra *remix* no tendrá que contar con la autorización expresa de los distintos titulares de las obras primigenias utilizadas en el proceso creativo, puesto que hoy en día, gracias a los avances de las herramientas tecnológicas, los usuarios son a su vez autores y vice-versa.

En este sentido, la inclusión expresa de la obra *remix* en nuestra Ley será un paso adelante en la búsqueda del balance que debe existir en el sistema de propiedad intelectual protagonizado por el presunto conflicto entre los derechos de autor y el derecho de acceso a la cultura.

Es decir, la creación de la obra *remix* no solo es un ejercicio legítimo del derecho fundamental de la libertad de creación artística, sino también, constituye el pilar del derecho de acceso a la cultura. En otras palabras: las obras del acervo cultural preexistente no solo son apreciadas por los usuarios sino también utilizadas por los autores a fin de preservar y ampliar dicho acervo, posibilitando así las mismas obras primigenias la creación de nuevas obras, habida cuenta que las tecnologías del hoy por hoy lo permiten, incluso, a un costo cercano a cero (0). Sobre la base de estas consideraciones, añadimos que las obras protegidas por el Derecho de Autor son bienes públicos: no reflejan consumo rival, mas sí implican altos costos de exclusión.

II. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

El incentivo utilitarista representado por los derechos patrimoniales exclusivos y excluyentes que otorga nuestra Ley a los titulares actuales de las obras protegidas no debe imponerse – a toda costa – ante el derecho de los usuarios (que, hoy en día, son a su vez autores).

En este sentido, es menester reconocer que la existencia de los derechos de explotación económica enunciativamente recogidos en nuestra Ley de los titulares de

obras de distinta naturaleza es anterior a la masificación de las nuevas tecnologías de la información, a la democratización de las herramientas tecnológicas y a la diversificación de las prácticas de creación artística que dichos fenómenos posibilitaron.

Por ello, pero sin el afán de quitar a los titulares sus derechos patrimoniales exclusivos y excluyentes (que constituyen derechos legítimamente adquiridos), es que proponemos la inclusión de la obra *remix*, de tal manera que los autores-usuarios puedan crear nuevas obras sobre la base de la utilización, manipulación y combinación de obras preexistentes, sin contar con la autorización de los titulares de las obras primigenias empleadas en la creación de esta nueva figura artística.

En base al Análisis Económico del Derecho (AED), con la incorporación de la obra *remix* al listado enunciativo que prevé nuestra Ley, no se les estaría robando a los titulares originarios de su potestad de usar y explotar sus obras particulares. Dichas prerrogativas se mantendrán, incluso, 70 años después de la muerte de los titulares contados a partir del año siguiente al fallecimiento. Simplemente, se legalizaría y legitimaría una práctica propia del siglo XXI de re-utilizar, manipular y combinar expresiones artísticas preexistentes para ampliar, contribuir y enriquecer el acervo cultural de la humanidad. Toda vez que de dicha mezcla surgen nuevas expresiones intelectuales originales.

Además, debemos resaltar que “en la propiedad intelectual, el bien objeto de protección es el resultado del paradigma precisamente contrario al de la propiedad clásica: consumo no rival y altos costos de exclusión” (Bulard, s.f., p. 7).

Es decir, las obras protegidas por nuestra Ley (con especial énfasis en los fonogramas musicales) pueden ser simultáneamente disfrutadas por dos (02) o más personas sin que disminuya su calidad y cantidad; y, dado que se trata –en la gran mayoría de casos– de bienes intangibles, el acto de fiscalizar todos y cada uno de los usos no autorizados de las obras por sus titulares resulta prácticamente imposible (razón por la cual existen las Sociedades de Gestión Colectiva). En suma, se trata de proteger bienes públicos con titularidades excesivamente excluyentes e intrusivas en la libertad artística.

Por ello, resulta imprescindible reconocer en el texto de nuestra Ley un nuevo concepto genérico de obra protegible, la obra *remix*, que permita la proliferación de nuevas creaciones que, en el peor de los casos, no surgen debido al impedimento legal que experimentan los autores-usuarios de tener que contar con la autorización expresa y por escrito de los titulares de las obras preexistentes que podrían ser utilizadas, manipuladas y combinadas para crear una nueva obra creativamente original; y así, beneficiar a la sociedad en su integridad.

Finalmente, cabe formularse las siguientes preguntas a modo de reflexión: ¿Cuánta exclusividad es requerida para fomentar la creatividad? ¿No sería más incentivador permitir en vez de prohibir?

III. INCIDENCIA DE LA NORMA SOBRE EL ORDENAMIENTO **JURÍDICO**

Se modifica el literal 31 del artículo 2º, así como el inciso n del artículo 5º de nuestra Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo 822. No se produce más variaciones en el ordenamiento jurídico nacional.

