PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

El “sampling” y los derechos de autor

DANIELA NICOLE PONCE CARPIO

DIRECTOR: Dr. Manuel Alberto Fernández de Córdova Viteri

Quito, D.M., 26 de mayo de 2023.

Resumen:

El presente trabajo de integración curricular se basa en las obras musicales creadas bajo el "sampling" como medio de producción musical, detallando dentro de qué tipo de obra se encontraría enmarcada este tipo de creación musical y, sobre todo, cuáles serían los problemas a los que se enfrentaría dentro del régimen de derechos de autor en el Ecuador. Para lo cual repasaremos la historia del "sampling", desde su nacimiento hasta la actualidad, describiendo como este mecanismo ha permitido la creación de diversas obras musicales, por lo que detallaremos los artículos; 104 y 105 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, referentes a las obras susceptibles de protección y a las obras derivadas respectivamente. Al igual que un análisis a la figura del "Fair Use" como limitación a los derechos de autor, la cual se encuentra descrita en los artículos 211 y 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

Palabras Claves: "sampling", originalidad, sample, protección, obras derivadas.

Abstract:

This work of curricular integration is based on the musical works created under the "sampling" as a means of musical production, and what is the mechanism of copyright protection that these works maintain within the Ecuadorian legal system. We ask ourselves in what type of work it would be framed and above all, what would be the problems it would face within the copyright regime in Ecuador. For which we will review the history of "sampling", from its birth to the present, describing how this mechanism has allowed the creation of various musical works, so we will detail the articles; 104 and 105 of the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, creativity and innovation, referring to the works susceptible of protection and derivative works respectively. As well as an analysis of the figure of "Fair Use" as a limitation to copyrights, which is described in articles 212 and 213 of the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, Creativity and Innovation.

Keywords: "sampling", originality, sample, protection, derivative works.

1. Introducción: **3**

Sección 1: EL "Fair Use" **4**

1.1 Orígenes del "Fair Use": **4**

1.1.1 Historia y desarrollo del "Fair Use" dentro del ámbito internacional: 5

1.1.2 Naturaleza de la obra protegida por el "Fair Use": 7

1.2 CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL "FAIR USE": **11**

1.2.1 Factores de aplicación del "Fair Use" 11

1.2.1.1 Primer factor de aplicación: El propósito y carácter del uso de la obra. 12

1.2.1.2 Segundo criterio de aplicación: La naturaleza de la obra protegida. 13

1.2.1.3 Tercer criterio de aplicación: La proporción utilizada, en cantidad y calidad, y en relación con la totalidad de la obra. 14

1.2.1.4 Cuarto criterio de aplicación: El efecto de su uso en mercados potenciales o en el valor de la obra protegida 15

1.2.2 El "Fair Use" dentro de la legislación ecuatoriana. 16

1.3 El "Fair Use" dentro de la Jurisprudencia Internacional **19**

1.3.1 Análisis de la sentencia Folsom vs Marshall: 19

1.3.2 Relevancia de la sentencia Folsom vs Marshall, en el desarrollo del criterio del "Fair Use" 20

Sección 2: LAS OBRAS: OBRAS DERIVADAS. **22**

2.1 Caracterización de las obras derivadas: **23**

2.1.1 Análisis del artículo 104 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. 23

2.1.2 Análisis del artículo 105 Código Orgánico de Economía Social Creatividad e Innovación (COESCCI). 24

2.2 El "sampling": La historia del "sampling" y sus implicaciones en el ámbito musical: **25**

2.2.1 La Historia del "sampling" 25

2.2.2 El "sampling": creación artística y originalidad. 27

2.3 El "sample" en la jurisprudencia internacional: **29**

2.3.1 Jurisprudencia con respecto al copyright estadounidense: Caso Grand Upright Music vs Warner Brother Inc. 31

Antecedentes del caso 31

Conclusiones: 33

2.3.2 Jurisprudencia Internacional sobre el "sampling" 33

Conclusiones: **35**

Recomendaciones: **38**

Referencias: **39**

Bibliografía **42**

1. Introducción:

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación fue adoptado en el Ecuador en el año 2016, este código derogó a la Ley de Propiedad Intelectual, trayendo consigo nuevas figuras, entre estas el criterio del "Fair Use", figura que se encuentra en el artículo 211 del Código antes mencionado, promoviendo así la creación de conocimiento dentro del país, buscando así dotar de dinamismo a la industria musical ecuatoriana. Es por esto que durante la primera sección del presente trabajo de integración curricular se detallará: la historia del "Fair Use", desde su nacimiento hasta la actualidad, cuáles son sus criterios de aplicación, cómo funciona este dentro de la legislación ecuatoriana, y su relevancia a nivel internacional mediante el análisis de jurisprudencia.

La figura antes descrita se aborda en el presente trabajo como un medio de protección para las obras musicales producidas creadas bajo el mecanismo del "sampling", práctica que es definida por (Millward, 2002), como la acción de grabar segmentos enteros de audio digital. A cada segmento se le conoce como "sample" dentro del contexto de los instrumentos musicales de computadora. Es importante destacar, ya que, con el avance de la tecnología, esta metodología de producción musical ha vuelto relevante en la industria musical actual.

Las obras que surgen de este proceso no encuentran su clasificación dentro de la legislación ecuatoriana, por lo que durante el presente trabajo se desarrollarán los conceptos de "Fair Use" y "sampling" desde sus orígenes, como estos se ha desarrollado en el sistema anglosajón, en el cual surgieron, y sobre todo como han sido adaptados dentro de la legislación ecuatoriana. Esto nos permitirá evidenciar si la legislación ecuatoriana ha logrado captar la esencia de estas prácticas analizando los artículos; 104, 105, 211 y 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, además de jurisprudencia internacional que marcó la aplicación de estos conceptos dentro del sistema jurídico anglosajón.

Sección 1: EL "Fair Use"

El "Fair Use", se encuentra en la sección 107 del copyright Act de los Estados Unidos, del año 1976, dicha ley lo contempla como una excepción a las limitaciones de los derechos de autor, que permite el uso limitado de obras protegidas sin necesidad de permiso del dueño de dichos derechos. El "Fair Use" establece cuatro factores para determinar si un uso es justo o no: en primer lugar tenemos el propósito de la obra o el carácter de uso de la misma, en segundo lugar su naturaleza, como tercer criterio tenemos la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada de la obra y el efecto del uso sobre el mercado potencial de la obra original (Copyright Act, 1976), factores que desarrollaré a lo largo de esta sección, para finalmente comparar esta doctrina con su aplicación en el Ecuador.

Previo a la comparación antes mencionada empezaré destacando la historia del nacimiento y desarrollo de esta doctrina dentro del ámbito internacional, para después profundizar en los criterios de aplicación que caracterizan a esta doctrina. Resaltando el caso Folsom vs Marsh, quien trae consigo la aplicación de esta doctrina, para finalmente desarrollar la adaptación de esta doctrina a la normativa nacional vigente.

1.1 Orígenes del "Fair Use":

El "Fair Use" o uso justo es una doctrina legal que permite el uso limitado de obras protegidas por derechos de autor sin necesidad de permiso del dueño de dichos derechos, por ejemplo, para fines de crítica, comentario, reportaje, enseñanza o investigación. Esta doctrina busca evitar extralimitaciones de los derechos de propiedad intelectual y favorecer fines educativos, críticos, informativos o creativos, fomentando así el conocimiento.

La historia del "Fair Use" se remonta al siglo XVIII, cuando los tribunales ingleses empezaron a reconocer ciertos usos razonables de las obras protegidas por el Estatuto de la Reina Ana[2]. Sin embargo, no fue hasta el siglo XX cuando el "Fair Use" se consolidó como una doctrina legal en los Estados Unidos, con la aprobación de la Ley de Derechos de Autor de 1976 (Sag, 2011). Desde entonces, el "Fair Use" ha sido aplicado y desarrollado por numerosos casos judiciales que han abordado cuestiones como el uso de "samples" en la música, el uso de imágenes en miniatura en internet, el uso de obras artísticas para fines conceptuales o el uso de obras literarias para fines paródicos.

En esta sección del presente trabajo se analizará la evolución histórica del “Fair Use” en el ámbito anglosajón, desde sus orígenes hasta la actualidad, y se examinarán algunos de los casos más relevantes que han definido su alcance y aplicación. Además, se examinará hasta qué punto el concepto de "Fair Use" es coherente con las principales fundamentaciones filosóficas de la propiedad intelectual y con los intereses públicos en el acceso a la información y al conocimiento.

1.1.1 Historia y desarrollo del “Fair Use” dentro del ámbito internacional:

Entendiendo los desafíos de los avances tecnológicos, y teniendo como visión a futuro una gran capacidad de adaptación a lo venidero, se desarrolla el criterio “Fair Use”, beneficiando así a la sociedad con el desarrollo del conocimiento y la creatividad, cooperando con el flujo económico y el elemento cultural de los creadores de obras. Este criterio ha podido garantizar la debida protección de los intereses de titulares de copyrights, ponderando de forma equilibrada las posibles perturbaciones a sus derechos bajo el análisis de sus cuatro factores de evaluación, los cuales serán descritos más adelante. Es con base en lo antes dicho, que es de suma importancia conocer el proceso prehistórico del “Fair Use”, quienes a lo largo de los años han sido sus mayores exponentes, y como se ha ido desenvolviendo este criterio dentro del ámbito internacional. A fin de tener un contexto amplio sobre la situación social, cultural y política en la que nació este concepto.

Los orígenes del “Fair Use” datan de 1710, con el Estatuto de Ana de Inglaterra, el cual es considerado como la primera legislación de propiedad intelectual, durante este periodo se desarrollaron los principales criterios de análisis casuístico aplicable

Señala el Estatuto de Ana en su encabezado:

> *Una ley para estimular el aprendizaje, por la adquisición de derechos de copias de libros impresos a los autores o compradores de dichas copias, durante los tiempos en esta mencionado* […].
>
> *El autor de cualquier libro o libros impresos, que no haya transferido a otra persona la o las copias de tal libro o libros, acción o acciones del mismo, o librero o libreros, o el impresor o impresores, u otra persona o personas, que tenga o haya comprado o adquirido la copia o copias de cualquier libro o libros con el fin de imprimir o reimprimirlos, tendrá el derecho y libertad exclusivos para imprimir dicho libro y libros por el plazo de 21 años, a partir del mencionado día 10 de abril de 1710 y no más; y que el autor de cualquier libro ya compuesto y no impreso y publicado, o que en adelante será compuesto, y su cesionario o cesionarios, tendrá la exclusiva libertad de imprimir y reimprimir dicho libro o libros por el plazo de 14 años.* (TORRES SANHUEZA, 2022)

La normativa de 1710 se enfoca en el problema más evidente para el derecho de autor de esa época, la reproducción no autorizada de obras enteras, problema que surge de un nuevo desarrollo tecnológico de esa época llamado imprenta. Esta solución legal, con duras penas para los infractores, responde a una situación de copia masiva de obras completas sin permiso, que ponía en riesgo a la industria editorial en los primeros años de la imprenta.

El acta de derechos de autor no aborda otras formas de uso más allá de la simple reproducción completa de la obra original. No se mencionan los resúmenes, traducciones, compilaciones u otros trabajos derivados, lo que deja en duda si fue un descuido o una intención deliberada. Sin embargo, esta situación cambia radicalmente dentro del juicio, Burnett v. Chetwood en 1721, en el que se reconoce como obras nuevas e independientes de la obra original a las traducciones. Se considera que estas traducciones trascienden el acto mecánico de la reproducción, dotando así a la traducción de aspectos propios del traductor (Ibáñez Kollmann, 2014).

El origen del concepto de "Fair Use" nace desde los casos con respecto a los resúmenes justos[1], que se llevaron a los tribunales de Inglaterra entre 1710 y 1841. Al analizar estos casos, se puede inferir que:

I. El estatuto de derechos de autor desde sus inicios abarcó más que la simple copia mecánica de obras protegidas. En el siglo XVIII, los tribunales ya habían desarrollado criterios avanzados para determinar la legalidad o no de los resúmenes de obras previamente protegidas. Esto incluía diferenciar entre resúmenes de buena fe y aquellos que se pudieran considerar de mala fe.

II. El "fair abridgment" y el actual concepto de "Fair Use" en Estados Unidos mantienen una gran relación (Sag, 2011).

Fue la jurisprudencia británica de esa época la que realizó los primeros avances doctrinales en el derecho de autor, mediante un análisis caso por caso, el cual expandió los límites de protección y profundizó en los criterios de justicia y buena fe para evaluar la legalidad de los usos derivados de obras originales (Sag, 2011).

[1] Fair Abridgments

Por lo tanto, se puede señalar que hubo un proceso de colaboración y evolución entre los gobiernos británico y estadounidense que promovieron el concepto de uso justo.

1.1.2 Naturaleza de la obra protegida por el "Fair Use":

El derecho de autor es una subdivisión de la propiedad intelectual, que se define como la manifestación de la creatividad del ser humano. Los derechos de propiedad intelectual "salvaguardan los intereses de los creadores al otorgarles privilegios en relación con sus obras"(Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI) 2016).

El artículo 322 de la Constitución de la República del Ecuador, recoge a la propiedad intelectual al mencionar que; "Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales" (Constitución de la República de Ecuador, 2008, art 332).

Tal y como lo establece el art. 1 del Convenio de Berna:

"Los países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas" (*CONVENIO DE BERNA PARA PROTECCION DE OBRAS LITERARIAS Y ARTISTICAS*, 1980).

Los derechos de autor serán aplicados de acuerdo a la legislación del país en el que se exige la protección de los mismos.

Si bien existe una enumeración de las obas susceptibles de protección, esta no es de carácter taxativo, puesto que el conocimiento está en desarrollo día con día, lo que da lugar al nacimiento de obras distintas, con expresiones de ideas completamente nuevas, que pueden ser protegidas por los derechos de autor.

Por lo antes mencionado, es de suma importancia destacar el artículo 3 del Convenio de Berna, con el cual sustentamos la afirmación, que menciona que las obras antes mencionadas no son taxativas, son ejemplificativas. Dentro del artículo 3 del Convenio de Berna se recogen los parámetros generales para que una obra pueda ser protegida por los derechos de autor, estableciendo 4 parámetros generales:

1. Nacionalidad del Autor; Lugar de publicación de la obrar:

Las obras de los autores que son nacionales de uno de los países de la unión son protegibles, independientemente de si están publicadas o no. Además, también se otorgará

protección a los autores que no sean nacionales de ninguno de los países de la Unión, siempre y cuando hayan publicado sus obras por primera vez en alguno de estos países o simultáneamente en un país que no forma parte de la Unión y en un país de la Unión.

2. Residencia de Autor:

Los autores que no son nacionales de ninguno de los países de la Unión, pero tienen residencia habitual en alguno de ellos, se considerarán equiparados a los nacionales de ese país para los efectos de aplicar este Convenio.

3. Obras publicadas:

El término "obras publicadas" se refiere a aquellas que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, sin importar el método de fabricación de los ejemplares. Para que una obra se considere publicada, la cantidad de ejemplares puestos a disposición del público debe satisfacer razonablemente sus necesidades, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.

4. Obras publicadas simultáneamente:

Se considerará que una obra ha sido publicada simultáneamente en varios países si ha sido lanzada en dos o más países dentro de los treinta días siguientes a su primera publicación (*CONVENIO DE BERNA PARA PROTECCION DE OBRAS LITERARIAS Y ARTISTICAS*, 1980).

Dimensiones del derecho de autor:

Ahora que tenemos claro las obras que pueden ser susceptibles de protección mediante derechos de autor, es importante entender los dos espectros que tienen los derechos de autor, las cuales son los derechos morales y los derechos patrimoniales.

Según la OMPI el derecho de autor protege dos tipos de derechos. “Los derechos patrimoniales, que permiten a los titulares de derechos percibir una retribución económica por que terceros utilicen sus obras. Los derechos morales permiten que el autor o el creador tomen determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que los unen a sus obras.” (OMPI, 2016)

Particular que es de suma importancia para el correcto ejercicio de los derechos de autor, al igual que la protección a los mismos. Teniendo en cuenta que en la actualidad la era digital ha facilitado el conocimiento masivo de las obras, dando así lugar a una

posible infracción de derechos de autor, puesto que la transmisión de la obra está al alcance de un clic, al igual que la copia de la misma. (OMPI, 2016)

El derecho de autor consta de dos aspectos fundamentales que brindan beneficios distintos, establecen diferentes tipos de derechos en favor de los autores y les otorgan control sobre la producción de sus obras literarias o artísticas. Estos aspectos se clasifican como derecho moral y derecho patrimonial, los cuales se analizarán detalladamente a continuación:

Con respecto al derecho moral, podemos destacar que el mismo hace alusión únicamente a la protección de la personalidad del autor en relación con su obra. Por lo que, el Código Orgánico de la Economía Social, Creatividad e Innovación establece que los derechos morales son inembargables, imprescriptibles, inalienables e irrenunciables y menciona los derechos específicos nacidos de estas características.

Razón por la que el artículo 118 de dicho cuerpo normativo, manifiesta que los autores tienen los siguientes derechos sobre sus obras:

> […]1. Conservar el inédito de la obra;
> 2. El derecho de paternidad sobre su obra, además de poder exigir que su nombre conste o no cada vez que la obra sea utilizada.
> 3. Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que atente contra el decoro de la obra, o el honor o la reputación de su autor; y,
> 4. Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuyo soporte esté en posesión de un tercero, para ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda […]. (COESCCI, 2016)

Es importante destacar que dentro de los marcos legales mencionados, se establece que los derechos reconocidos bajo el derecho moral se mantienen incluso después del fallecimiento del autor. De hecho, el apartado d del artículo 11 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina establece lo siguiente:

"Una vez que el autor fallezca, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos, durante el plazo establecido en el Capítulo VI de esta Decisión. Después de que los derechos patrimoniales hayan expirado, corresponderá al Estado u otras instituciones designadas asumir la defensa de la autoría y la integridad de la obra". (Secretaría General de la Comunidad Andina, 1993)

El plazo al que hace referencia el capítulo VI de la presente decisión, comprende el tiempo de protección de 50 años. Tiempo que es referencial para los países miembros

de la comunidad Andina, teniendo la categoría de mínimo, es por este particular que cada país podrá otorgar un tiempo mayor al establecido si así lo decidiere.

Por otro lado, tal como Carrasco manifiesta tenemos a los derechos patrimoniales, mismos que "hacen referencia al carácter económico de la obra, en base a su uso o explotación o a la transferencia de la misma" (Carrasco Terán, 2017)

Por lo que debemos tener en cuenta que, si bien la creación intelectual es una expresión del espíritu, personalidad e intelecto humano, también es un activo, cuyo uso crea riqueza, intereses económicos e ingresos. Por lo que podemos decir que los derechos de propiedad son privilegios exclusivos que permiten a los autores controlar los diversos actos de explotación económica a que puede ser sometida una obra. (OMPI, CAN, DNDA, & DIAN, 2002)

Específicamente, estos derechos se originan a partir de la utilización y aprovechamiento económico, perteneciente al autor o aquel licenciado por él. Por consiguiente, los derechos patrimoniales son aquellos que permiten al titular obtener beneficios económicos, más allá de los aspectos morales.

Puesto que, tal como Colombet manifiesta "el creador, además del honor, espera sacar provecho de la explotación de su obra" (Colombet, 1997).

Las obras inéditas y creativas gozan de una protección más sólida que las basadas en obras previas. Todo lo expuesto anteriormente reviste una importancia crucial, ya que al aplicar el criterio de "Fair Use", se debe considerar la naturaleza de la obra original para determinar si su uso no autorizado se ajusta o no a dicha figura. Por lo que se evaluará si la obra en cuestión ha sido publicada, y en caso contrario, se analizará su potencialidad para su futura publicación y, por ende, su protección bajo los derechos de autor.

En base a lo ante destacado, debemos diferencia entre las obras publicadas y aquellas que no lo han sido. A criterio de Facundo Rojo, dentro de su obra los fundamentos filosóficos del "Fair Use" si la obra original que se empleó era inédita, es menos probable que los jueces la califiquen como "Fair Use" (Rojo, 2014).

Con respecto a las obras inéditas, la Corte de apelaciones del sexto circuito de los Estados Unidos en el caso CAMPBELL, aka SKYYWALKER, et al. vs. ACUFFROSE MUSIC, INC. Manifiesta que se pueden encontrar 2 tipos de obras; las de carácter

creativo y las obras de investigación basadas en hechos. En este caso se menciona que "on the assumption the creative work falls closer to the core of intended protection than do factual works[2]" (CAMPBELL, aka SKYYWALKER, et al. v. ACUFFROSE MUSIC, INC., 1994). Por lo que, las obras inéditas y creativas contarán con mayor protección, a diferencia de aquellas obras que se basen en otra.

Con base en todo lo antes descrito, surge la duda ¿Las obras musicales creadas mediante el "sampling" en el Ecuador son susceptibles de protección? Duda por la cual revisaremos cuáles son los criterios de aplicación del "Fair Use" y como este se ha desarrollado en la normativa ecuatoriana, realizando un análisis de los artículos al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, específicamente los artículos 211 y 212 de dicho cuerpo normativo.

1.2 CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL "FAIR USE":

La historia del "Fair Use" y su desarrollo a lo largo de los años nos permite definirlo como una limitación a los derechos de autor, pero es la Corte Suprema de los Estados Unidos, quien en la sentencia del caso Harper y Row vs. Nation Enterprises manifiesta que, si bien no es fácil de definir esta doctrina y su aplicación, se podría decir que: "no generally applicable definition (of "Fair Use"). is possible, and each case raising the question must be decide don its own facts"[3] (Harper y Row vs. Nation Enterprises., 1985).

Destacando así un rasgo fundamental en la doctrina del "Fair Use", el análisis caso por caso, factor que es inherente a dicha figura, tomando en cuenta los factores de aplicación que permitirán analizar si la obra en disputa puede ser susceptible de protección mediante la doctrina del "Fair Use"." A continuación, procedo a detallar los 4 criterios de aplicación de esta doctrina.

1.2.1 Factores de aplicación del "Fair Use"

El "Fair Use" se ha convertido en un pilar fundamental en el sistema jurídico de muchos países, incluido Estados Unidos, y ha sido reconocido como un mecanismo

[2] "En el supuesto de que la obra creativa cae más cerca del núcleo de la protección previsto, que las obras fácticas o basadas en hechos"

[3] No es posible una definición generalmente aplicable de uso justo, y cada caso que plantea la cuestión deberá decidirse según sus propios hechos.

flexible para permitir el uso legítimo de obras protegidas sin infringir los derechos de autor.

La aplicación de la doctrina del “Fair Use” ha sido objeto de debate y análisis en múltiples casos judiciales, donde los tribunales han tenido que sopesar los intereses del titular de los derechos de autor y los derechos de los usuarios. En esta sección, examinaremos de manera integral los criterios que los tribunales consideran al aplicar la doctrina del “Fair Use”. Exploraremos las diferentes dimensiones de este principio legal y analizaremos cómo se ha interpretado en diversas situaciones

Durante el desarrollo de este punto, nos sumergiremos en los cuatro factores clave establecidos por la Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos para determinar si un uso en particular se ajusta al “Fair Use”, los cuales son: el propósito y carácter de la utilización de la obra, en segundo lugar la naturaleza de la obra protegida, como tercer criterio tenemos la cantidad y sustancialidad de la parte utilizada y como criterio final el efecto potencial del uso sobre el mercado de la obra original.

Además, examinaremos casos emblemáticos que han sentado precedentes y han contribuido a la comprensión y aplicación de la doctrina del “Fair Use”.

A través de este estudio detallado, busco proporcionar una visión más clara de cómo se aplica en diferentes contextos esta doctrina. Puesto que, el análisis de los criterios de aplicación del “Fair Use” no solo es relevante para los creadores, usuarios y propietarios de derechos de autor, sino que también es esencial para fomentar la creatividad, el acceso a la información y el intercambio de ideas en una sociedad moderna cada vez más digitalizada.

1.2.1.1 Primer factor de aplicación: El propósito y carácter del uso de la obra.

El primer factor de aplicación es el propósito y carácter del uso de la obra, este comprende un análisis de la obra basada en otra, en el cual se tomará en consideración el propósito de la misma, es decir, si busca o tiene un ánimo o carácter lucrativa, o si se da en base a fines educacionales.

Tal como lo reconoce el nombre de este primer parámetro se basa en determinar si el uso que se está ejerciendo es de naturaleza comercial o si para fines educativos, es por esto que (Alderfer Rock, 2014). Se plantea que este primer criterio se basa en la

identificación de dos elementos específicos presentes en la relación entre la obra original y la nueva creación. Estos elementos son los siguientes: en primer lugar, se evalúa si el nuevo trabajo modifica el propósito con el que se creó la obra original; y en segundo lugar, se analiza si el nuevo trabajo añade valor a la obra original.

El análisis de estos dos elementos se centra en comprender el propósito detrás de la realización del segundo trabajo, ya sea con fines lucrativos o académicos. Sin embargo, para determinar si el uso no autorizado de una obra está protegido o no por el concepto de "Fair Use", no es suficiente con concluir que existe una razón que justifique el uso de la obra en función de su finalidad de uso. El objetivo de esta doctrina es equilibrar tanto el derecho de autor como el derecho de un tercero a utilizar una obra existente sin contar con la autorización del autor.

En relación a las obras musicales generadas mediante el "sampling", es relevante mencionar dos casos judiciales fundamentales: el caso Cary v. Kearsley de 1802 y el caso Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc de 1984, en los cuales se establecieron los siguientes criterios: “the use must be productive and must employ the quoted matter in a different manner or for a different purpose from the original[4]”. En estos casos se establece que, si la obra original se utiliza como base para la creación de una nueva obra en la que se desarrolla una idea original, existe una mayor probabilidad que sea considere como "Fair Use" de la obra original.

1.2.1.2 Segundo criterio de aplicación: La naturaleza de la obra protegida.

Este parámetro se centra en examinar la naturaleza de la obra original con el fin de determinar si su uso no autorizado puede considerarse como "Fair Use". En esta fase del Test de "Fair Use", se realiza una evaluación inicial para determinar si la obra en cuestión ha sido publicada. En caso de que no haya sido publicada, se analiza el potencial que tiene para ser publicada y, por ende, estar protegida por el derecho de autor.

Un caso relevante en relación a las obras no publicadas es la sentencia del caso Salinger v. Random House Inc., en la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos establece lo siguiente: "normalmente gozan de protección completa contra la copia de

[4] El uso debe ser productivo y debe emplear la materia citada de una manera diferente o para un propósito diferente del original.

cualquier expresión protegida". En esta resolución, se llevó a cabo un debate sobre el significado de la palabra "normalmente" en el contexto mencionado anteriormente. Puesto que como (Beebe, 2008) Esta palabra implicaba que en ciertos casos, el uso no autorizado de obras no publicadas podría estar amparado por el concepto de "Fair Use".

Después de analizar y debatir durante el proceso mencionado, la Corte determinó que, la protección de las obras inéditas es absoluta. Este criterio está directamente relacionado con el primer aspecto mencionado, por lo que los tribunales lo consideran un factor superficial que no se discute en particular en los casos de infracción de derechos de autor.

Con base en los análisis y discusiones durante el referido proceso, la Corte determinó que la protección es absoluta para las obras inéditas. Este parámetro está directamente relacionado con el primer aspecto, por lo que los tribunales lo tratan como un factor superficial, que no se discute particularmente en los casos de infracción de derechos de autor.

1.2.1.3 Tercer criterio de aplicación: La proporción utilizada, en cantidad y calidad, y en relación con la totalidad de la obra.

El tercer criterio se enfoca en analizar tanto la cantidad como la calidad de la parte utilizada de la obra original en relación con el contenido de la nueva obra. En primer lugar, se ha determinado que si la nueva obra utiliza una porción más amplia del contenido de la obra original, existe una mayor posibilidad de causar un impacto en el autor de dicha obra. Por lo tanto, es menos probable que el "Fair Use" se establezca como una defensa efectiva.

En segundo lugar, se ha establecido que a medida que el fragmento utilizado sea más sustancial, disminuye la probabilidad de que su uso esté protegido por el "Fair Use". Como resultado, autores como Facundo Rojo han concluido que "según este factor, cuanto menos sustancial sea la porción de la obra original tomada para la creación de la obra nueva, mayor será la probabilidad de que la obra nueva califique como “Fair Use” (Rojo, 2014).

Como un punto fundamental dentro de este factor, tenemos la relación directa que existe entre este y el cuarto y último factor. Ya que, dentro del análisis cualitativo y cuantitativo de las obras impugnadas, los factores comerciales no son separables. Por tanto, se puede decir que el aspecto económico del trabajo está relacionado con sus factores cualitativos, y el impacto del trabajo en el mercado está directamente relacionado con sus factores cualitativos o materiales.

Es así que en el caso (Harper y Row vs. Nation Enterprises., 1985), se determinó que el "corazón del libro" se encuentra dentro de las 400 palabras utilizadas en la segunda obra. Por lo que podemos destacar que, a pesar de que la reproducción del texto original no sea de gran magnitud, dicho texto constituye el núcleo de la expresión de la idea, lo que lleva a la nueva obra a adueñarse del mercado original de la obra afectada.

1.2.1.4 Cuarto criterio de aplicación: El efecto de su uso en mercados potenciales o en el valor de la obra protegida

El cuarto criterio del Test de Fair Use se centra en el impacto que el uso de la obra original tiene en el mercado o en el valor de dicha obra. En esta etapa del análisis, se determina que si la nueva obra creada utilizando la obra original compite directamente en el mercado con esta última, es menos probable que la nueva obra esté protegida por la doctrina del Fair Use.

Dentro de este factor se examinan los efectos comerciales y económicos que el uso no autorizado de una obra original puede tener en el mercado. En el caso Harper y Row vs. Nation Enterprises, la Corte Suprema de Estados Unidos afirmó que: this reasoning assumes that the author created the copyrighted matter with the hope of generating rewards. It has no bearing on materials written for personal reasons, independent of the hope of commanding a market" (Harper y Row vs. Nation Enterprises., 1985). [5] Por lo que este factor era el más importante del Fair Use, y explicó que se basaba en la premisa de que el autor creó la obra protegida con la esperanza de obtener recompensas económicas. Sin embargo, este factor no tiene relevancia en materiales escritos con motivos personales, independientemente de la expectativa de tener un mercado (Harper y Row vs. Nation Enterprises., 1985).

[5] Este razonamiento supone que el autor creó el material protegido por derechos de autor con la esperanza de generar recompensas. No tiene relación con los materiales escritos por motivos personales, independientemente de la esperanza de dominar un mercado.

En base a esta declaración de la Corte, podemos decir que este factor está relacionado con el primer criterio de aplicación, ya que ambos buscan determinar el propósito con el que se creó la obra, específicamente si fue con el objetivo de obtener ganancias económicas o no. Una vez establecida la finalidad comercial de la obra, se analiza el impacto real que tiene el uso no autorizado de la obra original en el mercado. Si dicho uso afecta directamente al mercado de la obra original, se genera una barrera que impide que este uso esté protegido bajo el Fair Use.

Estos cuatro parámetros son los criterios mínimos que se analizan en cada caso específico ante el tribunal. Es importante considerar cómo se desarrollan y analizan cada uno de estos puntos dentro de la jurisprudencia que ha desarrollado la doctrina del Fair Use desde sus inicios. Ahora, es relevante explorar cómo esta doctrina ha sido aplicada en Ecuador, qué norma reconoce esta doctrina, cómo se adapta al sistema jurídico ecuatoriano y si, con el fin de adaptarla, se modifica la esencia misma del Fair Use.

1.2.2 El "Fair Use" dentro de la legislación ecuatoriana.

El Convenio de Berna dentro del artículo 9 numeral 2, el cual que versa sobre el derecho de reproducción y de las posibles limitaciones que puede tener este derecho. Destacando que cada legislación podrá permitir la reproducción de determinadas obras en "casos especiales", situación que se ve condicionada al hecho de que dicha reproducción no atente la normal explotación de la obra, ni perjudique los intereses legítimos del autor. (*CONVENIO DE BERNA PARA PROTECCION DE OBRAS LITERARIAS Y ARTISTICAS*, 1980).

Al concepto descrito en el artículo 9 numeral 2 destacado anteriormente es correspondiente a la regla de los tres pasos. Ahora bien, el artículo 10 numeral 1 y 10 numeral 2 hacen mención al "uso honrado", pero pese a esta mención, en ningún artículo versa una descripción o definición de esta figura. Para encontrar un acercamiento a esta figura nos dirigiremos a la Guía del Convenio de Berna, la cual comenta al artículo 10.1 destacando que el Convenio al hablar de "uso honrado" hace referencia a lo "normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone al sentido común."(*Guía Del Convenio de Berna*, 2003)

En base a lo antes expuesto nos remitiremos a la ley especial para derechos de autor en el Ecuador, el Código Orgánico de la Economía Social, Creatividad e Innovación, el cual recoge la figura de "Fair Use" o como lo menciona "Uso justo" en los artículos 211 y 212 de dicho cuerpo legal, en el que se menciona lo siguiente:

Art. 211.- Uso justo. - No constituirá una violación de los derechos patrimoniales el uso o explotación de una obra o prestación protegida, en los casos establecidos en el artículo siguiente, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de la obra o prestación protegida y no causan perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Para determinar si el uso de la obra o prestación se adecúa a lo dispuesto en este artículo, se tendrá en cuenta lo establecido en este Código y los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte. ***Además,*** *se deberá considerar al menos los siguientes factores:*

1. Los objetivos y la naturaleza del uso;

2. La naturaleza de la obra;

3. La cantidad y la importancia de la parte usada en relación con la obra en su conjunto, de ser el caso;

4. El efecto del uso en el valor de mercado actual y potencial de la obra;

5. El goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. (COESCCI, 2016)

Teniendo en cuenta todo lo mencionado hasta el momento podemos destacar que dentro del artículo antes expuesto confluyen 2 definiciones que buscan definir una sola figura. En primer lugar, tenemos la regla de los tres pasos, misma que se encuentra en el primer inciso del artículo 211, y en según lugar tenemos al test del "Fair Use" que consta de los numerales 1 al 4.

Podemos mencionar que el hecho de que estas dos definiciones confluyan en el texto antes expuesto también se puede observar dentro del Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos, cuando menciona que el convenio de Berna al mencionar a los "Usos honrados" *"determina la posibilidad de permitir la libre utilización de las obras en citas o ilustraciones con fines de docencia"*, pero que *"no deben interferir con la explotación normal de la obra ni deben causar un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor"*

A pesar de lo antes dicho, también podemos notar que la legislación nacional agrega un quinto criterio de aplicación al Test del "Fair Use", el cual no consta en la doctrina original.

Este quinto criterio que implicaría que el posible infractor posiblemente ha hecho uso justo de una obra basándose en el goce y ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales. Derechos que otorgan al juzgador la tarea de identificar, analizar y ponderar entre estos derechos, a fin de resolver la posible disputa en cada caso en particular.

En este punto es importante recalcar que dentro de la jurisdicción estadounidense el criterio del "Fair Use" es aplicado teniendo en cuenta cada caso, es decir que, se

efectuará un análisis especifico de cada caso planteado, puesto que se lo entiende como un proceso que permite cierta flexibilidad, a pesar de tener criterios taxativos, el análisis de los mismos variara completamente teniendo en cuenta el fondo del caso presentado.

El artículo 211 al final de su primer inciso nos redirige al artículo siguiente del mismo cuerpo normativo, del cual se desprende una amplia lista de obras que no requieren autorización para su uso. Es en base a este artículo que responderemos la siguiente pregunta ¿Con la finalidad de adaptar esta doctrina en el sistema jurídico ecuatoriano, se modifica la esencia misma del "Fair Use"?

Para lo mismo debemos analizar lo expuesto en dicho artículo:

> *Art. 212.- Actos que no requieren autorización para su uso.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, de conformidad con la naturaleza de la obra, los instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte y los principios de este Código, no constituirá violación de los derechos patrimoniales del titular de derechos, aquellos casos determinados en el presente artículo, siempre que no atenten contra la normal explotación de las obras y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.* (COESCCI, 2016)

Tras lo expuesto, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación recoge **treinta numerales con actos sin autorización para usarlo.**

A lo largo de esta primera sección hemos mencionado distintos casos de obras que se han basado en otras para su creación, y que han terminado en disputas legales relevantes para el presente trabajo. Pese a esto en el sistema anglosajón la aplicación de la figura del "Fair Use" estudia cada caso de acuerdo a los 4 criterios de aplicación del test.

Puesto que considera que el análisis de cada caso es la naturaleza inherente de esta figura, y el generar un listado de obras que no necesitarían autorización para ser usada nos conduce a una desnaturalización dela doctrina del "Fair Use", puesto que se está dejando de lado el espíritu de esta figura, llevándonos al positivismo extremo, sin tener en cuenta que esta figura busca una flexibilización al momento de analizar el caso a caso.

El Informe No. 002-2017 emitido por la Secretaría General de la Comunidad Andina describe al "Fair Use" como el análisis que llevará a cabo la autoridad competente, evaluando caso por caso, la legalidad del uso o explotación de una obra.

Además, enfatiza que el sistema de "Fair Use" no se limita únicamente a una lista de factores a considerar para apreciar el caso concreto. (DICTAMEN NO. 002-2017, 2017)

Asimismo, la Decisión Andina 351 de la Comunidad Andina, en su artículo 3, establece la definición de "Usos honrados" como aquellos que no afectan la explotación regular de la obra ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (Secretaría General de la Comunidad Andina, 1993).

Por lo que podemos inferir que los “usos honrados” o el “Fair Use” establecen los parámetros por los cuales es posible el uso y explotación libre y gratuita de la obra original, siempre que en primer lugar se cumpla la regla de los tres pasos. En base a lo antes dicho los “usos honrados o “Fair Use” en el Ecuador estaría sujeto al régimen de números clausus, siendo así de carácter taxativo y restrictivo las obras que pueden usarse sin necesidad de autorización previa.

1.3 El “Fair Use” dentro de la Jurisprudencia Internacional

En función de lo descrito en el punto previo, procedo a realizar un análisis de las sentencias más relevantes aplicando la doctrina del “Fair Use”, entre ellas se detallará la sentencia Folsom vs Marsh, sus antecedentes, el análisis de cada uno de los criterios de aplicación y su relevancia dentro de la figura de “Fair Use”.

1.3.1 Análisis de la sentencia Folsom vs Marshall:

La sentencia Folsom vs Marshall, ocurrida en 1841, es considerada un hito significativo en la evolución de la doctrina del "Fair Use" en los Estados Unidos. En este caso, el biógrafo James Folsom utilizó extractos de las cartas del escritor John Marshall en su obra sin obtener permiso de los herederos de Marshall, quienes poseían los derechos de autor de las cartas. Los herederos demandaron a Folsom por infracción de derechos de autor, y la sentencia del caso estableció un criterio utilizado para determinar si el uso de una obra protegida por derechos de autor podría considerarse justo en los Estados Unidos.

El juez Joseph Story, quien presidió el caso Folsom vs Marshall, identificó cuatro factores que debían ser considerados al determinar si el uso de una obra protegida por derechos de autor podía ser considerado justo. Estos factores incluían el propósito y el

carácter del uso, la naturaleza del trabajo protegido, la cantidad y sustancialidad de la porción utilizada, y el efecto del uso en el valor potencial o el mercado de la obra original. Estos aspectos fundamentales analizados en el caso demuestran la importancia de la sentencia y su influencia en el desarrollo de la doctrina, estableciendo estándares básicos para determinar el "Fair Use".

1.3.2 Relevancia de la sentencia Folsom vs Marshall, en el desarrollo del criterio del “Fair Use”

El caso Folsom v. Marsh, que se presentó ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos en Massachusetts en 1841, sentó las bases para el análisis de los cuatro factores del “Fair Use” que se utilizan en la actualidad para determinar si el uso de un trabajo protegido por derechos de autor es justo.

La obra de los demandados consta de dos tomos, que contienen ochocientas sesenta y seis páginas. Los cuales consisten en la Vida de Washington, escrita por el erudito acusado (el reverendo Charles W. Upham) en el que se hace que Washington cuente principalmente la historia de su propia vida, insertando en ella sus cartas y sus mensajes, y otros documentos escritos, con tales líneas de conexión en la narración, que puedan ilustrar y explicar los tiempos y circunstancias, y las ocasiones de escribirlos.

El problema radica en que para la creación de la obra del demandado se ha utilizado las cartas de Washington e insertado, palabra por palabra una copia de las mismas, las cuales se encontraban en la colección escrita por el Sr. Sparks. Dentro del proceso se solicita un informe de un experto, el cual manifiesta que, el número total de páginas en el trabajo del Sr. Upham, correspondientes e idénticos a los pasajes en el trabajo del Sr. Sparks, son trescientas cincuenta y tres páginas de ochocientas sesenta y seis, una fracción superior a la tercera parte de los dos tomos de los demandados.[6]

De estas trescientas cincuenta y tres páginas, el informe encuentra que trescientas diecinueve páginas consisten en cartas de Washington, que han sido tomadas del trabajo

[6] The gravamen is, that he has used the letters of Washington, and inserted, verbatim, copies thereof from the collection of Mr. Sparks. The master finds, by his report, that the whole number of pages in Mr. Upham's work, corresponding and identical with the passages in Mr. Sparks's work, are three hundred and fifty-three pages out of eight hundred and sixty-six, a fraction more than one third of the two volumes of the defendants. Of these three hundred and fifty-three pages, the report finds that three hundred and nineteen pages consist of letters of Washington, which have been taken from Mr. Sparks's work, and have never been published before; namely, sixty-four pages are official letters and documents, and two hundred and fifty-five pages are private letters of Washington. (FOLSOM et al. v MARSH et al. Case No. 4, 1841)

del Sr. Sparks, mismas que nunca habían sido publicadas, hasta la realización de la obra de los acusantes; sesenta y cuatro páginas son cartas y documentos oficiales, y doscientas cincuenta y cinco páginas son cartas privadas de Washington.

El primer factor que el juez Story consideró fue el propósito y el carácter del uso. El juez afirmó que un trabajo con derechos de autor se consideraría justo para fines educativos, informativos, críticos o de investigación, o si el uso era transformador en que el nuevo trabajo agregaba algo nuevo o creaba otra obra. El juez también consideró si el uso era comercial o no comercial, y afirmó que el uso comercial no necesariamente excluía la posibilidad de que el uso fuera justo.

El segundo factor que el juez Story consideró fue la naturaleza del trabajo protegido. El juez afirmó que el uso de una obra creativa, como una novela o una pintura, se consideraría menos justo que el uso de una obra más factual, como un trabajo de no ficción o una fotografía documental. Según el juez, las obras creativas requerían una mayor protección para garantizar que los creadores pudieran obtener un beneficio justo por su trabajo.

El tercer factor que el juez Story consideró fue la cantidad y sustancialidad de la porción utilizada. El juez afirmó que el uso de una pequeña cantidad de una obra protegida podría ser considerado justo si la porción utilizada no era esencial para la obra original. El juez afirmó que una parte sustancial de una obra protegida no excluía que el uso fuera justo, pero que la cantidad sustancial de una obra debía justificarse por el propósito y el carácter del uso.

El cuarto factor que el juez Story consideró fue el efecto del uso sobre el valor potencial o el mercado de la obra original. El juez afirmó que el uso de una obra protegida por derechos de autor no sería justo si el uso afectaba negativamente el valor potencial o el mercado de la obra original. El juez también consideró si el uso podía afectar negativamente el mercado potencial para futuras obras del mismo tipo.

En conclusión, la sentencia Folsom vs Marshall fue un caso importante en la evolución de la doctrina del “Fair Use” en Estados Unidos. La sentencia estableció un criterio para determinar si el uso de materiales protegidos por derechos de autor podía considerarse justo, lo que posteriormente se convirtió en un precedente importante para la interpretación de la ley de derechos de autor en Estados Unidos. Los cuatro factores identificados en la sentencia se convirtieron en una parte integral de la ley de derechos de autor de Estados Unidos y continúan siendo una parte importante de la doctrina del “Fair

Use" en la actualidad.(*Folsom v. Marsh, 9 F.Cas. 342, 6 Hunt Mer. Mag. 175, 2 Story 100, No. 4901*, 1841).

La evolución del "Fair Use" también ha sido influenciada por la tecnología y la forma en que la gente consume y crea contenido. Por ejemplo, la llegada de Internet y la facilidad para compartir y acceder a información en línea ha creado nuevos desafíos en el equilibrio de los derechos de autor y la libertad de expresión.

En resumen, el "Fair Use" ha evolucionado a través de una serie de casos judiciales en los Estados Unidos, y ha sido influenciado por la tecnología y la forma en que la gente consume y crea contenido. La doctrina del "Fair Use" continúa siendo un tema importante en el debate sobre los derechos de autor y la libertad de expresión.

Sección 2: LAS OBRAS: OBRAS DERIVADAS.

Ahora bien, en base a la doctrina antes detallada es prudente determinar si el "sampling" podría encontrarse protegido por esta doctrina. En base al análisis que se realizó en la sección anterior. Para lo cual debemos determinar qué tipo de obra es la que contiene a las creaciones musicales que surgen del "sampling". Por lo que procederé a detallar, que elementos constituyen una obra, la tipología de las mismas, y en cual encajarían las obras musicales creadas con el "sampling".

La decisión Andina 351 de la Comunidad Andina, en su artículo 3 menciona que se entenderá por obra: "Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma" (Secretaría General de la Comunidad Andina, 1993).

De este concepto destacan varios aspectos fundamentales, el primero la originalidad, requisito fundamental, que permite calificar o no a una creación como obra. La originalidad es definida por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual de la siguiente manera:

No se requiere que la obra sea novedosa, única o inédita, como sucede con las invenciones que deben demostrar su novedad para poder obtener una patente. En cambio, lo que se protege es la originalidad, que se manifiesta cuando la obra refleja la personalidad del autor al utilizar la forma de expresión que ha elegido (OMPI, 2004).

"El requisito de originalidad se cumple igualmente por el hecho de que la obra en cuestión no sea copia de otra preexistente." (Cavero Safra, 2015).

En este concepto, la doctrina reconoce dos teorías que conforman la originalidad: la teoría subjetiva y la teoría objetiva. En relación a la originalidad subjetiva, se considera que la obra se origina en la personalidad del autor, es decir, que en ella se refleja la huella personal del autor. Se busca que la originalidad personal del autor quede plasmada en la obra. (Real Marquez, 2001).

La segunda teoría, conocida como la teoría objetiva, se relaciona con el carácter distintivo de la obra, que la diferencia de cualquier otra. Este concepto ha sido resaltado por la Audiencia Provincial de Barcelona, quienes afirman que esta teoría se basa en el "factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra", el cual es fundamental para otorgar un derecho exclusivo. Además, se establece que la originalidad debe tener una relevancia mínima, ya que no sería adecuado conceder derechos exclusivos a creaciones que forman parte del patrimonio cultural común de la sociedad.[7]

Considerando los aspectos relevantes podemos analizar las obras derivadas para lo que debemos considerar la normativa nacional e internacional.

2.1 Caracterización de las obras derivadas:

2.1.1 Análisis del artículo 104 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

Previo a conocer cuáles son las obras susceptibles de protección es prudente destacar el artículo 7 de la decisión Andina 351 de la Comunidad Andina, el cual manifiesta qué se puede proteger dentro de una obra, estipulando lo siguiente:

> "Artículo 7.- Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.
>
> No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial" (Secretaría General de la Comunidad Andina, 1993).

Por eso entendemos que las ideas no son protegibles, lo susceptible de protección es su expresión, de ahí que la obra es la expresión de una idea, cuya protección pueden proteger los derechos de autor.

> "Art. 104.- Obras susceptibles de protección. - La protección reconocida por el presente Título recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas, que sean originales y que

[7] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de septiembre de 2005.

puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocerse (COESCCI, 2016).

Podemos concluir que el artículo antes descrito se encuentra directamente relacionado con el artículo 4 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, el cual de igual manera recoge estas obras como aquellas susceptibles de protección. En relación a las obras musicales creadas en base al "sampling", podemos decir que se encuentran recogidas en el numeral 11 del artículo 104 del COESCCI.

Además de ser reconocida su protección por el artículo 5 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, el cual manifiesta que:

"Artículo 5.- Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras" (Secretaría General de la Comunidad Andina, 1993).

En base a todo lo mencionado es evidente que las obras remezcladas, o aquellas en las que se realizan arreglos, como lo son las obras creadas mediante el "sampling" son susceptibles de protección teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico nacional al igual que las decisiones vinculantes para el Ecuador como miembro de la Comunidad Andina.

Teniendo en cuenta lo antes manifestado, es claro que las obras generadas mediante "samplers" son susceptibles de protección, pero es importante tener claro a qué tipo de obra pertenecen estas creaciones del intelecto, para lo cual procederé a analizar el artículo 105 del COESCCI.

2.1.2 Análisis del artículo 105 Código Orgánico de Economía Social Creatividad e Innovación (COESCCI).

El artículo 105 del Código Orgánico de Economía Social Creatividad e Innovación (COESCCI). del Ecuador trata sobre las obras derivadas. Este artículo establece que las obras derivadas, son aquellas creadas a partir de otra obra ya existente, están protegidas por los mismos derechos de autor que la obra original.

En otras palabras, si una persona crea una obra a partir de otra ya existente y protegida por derechos de autor, necesitará obtener el permiso del autor original para hacer uso de la obra original, para así poder utilizarla y crear una obra derivada. Si la persona no obtiene el permiso necesario, podría estar infringiendo los derechos de autor,

pudiendo llegar a enfrentar consecuencias legales. Además, el artículo establece que las obras derivadas pueden protegerse por derechos de autor si tienen un grado suficiente de originalidad y no son simplemente una copia o reproducción de la obra original. Esto significa que la obra derivada debe tener suficientes cambios y aportes creativos para ser considerada una obra nueva y distinta.

> El copyright Act define a la obra derivada de la siguiente manera "Una obra derivada es una obra basada en una o más obras preexistentes, como una traducción, arreglo musical, dramatización, adaptación literaria, versión cinematográfica, fonograma, reproducción de arte, compendio, condensación, o cualquier otra forma en la que una obra pueda ser reformada, transformada o adaptada" (Copyright Act, 1976).

En conclusión, el artículo 105 del COESCCI es aplicable a las obras musicales generadas con "sampling". Este artículo establece las normas para la protección de las obras derivadas, incluyendo las obras musicales, y garantiza que se respeten los derechos de autor de los autores originales. Los creadores de obras musicales generadas con "sampling" deben asegurarse de obtener los permisos necesarios y cumplir con los requisitos de originalidad para que sus obras estén protegidas por derechos de autor.

2.2 El "sampling": La historia del "sampling" y sus implicaciones en el ámbito musical:

El "sampling" ha sido una de las herramientas más importantes para la producción musical durante las últimas décadas. Desde sus inicios en los años 60 y 70, el "sampling" ha sido utilizado por músicos y productores para crear nuevas obras a partir de materiales preexistentes. Por lo que a continuación se explorará la historia del "sampling", cómo ha cambiado la música y se analizarán algunos de los casos más relevantes sobre el "sampling" en todo el mundo.

2.2.1 La Historia del "sampling"

Antes de discutir el tema, hay que aclarar qué se entiende por el término o idea que se va a analizar desde el punto de vista jurídico y normativo, que es la realidad de la práctica de "sampling". El "sampling" consiste en tomar partes de obras musicales ya existentes y usarlas como recurso de composición en obras musicales nuevas. (Rychlicki & Zielinski, 2009).

El "sampling" es una técnica musical que consiste en utilizar una parte de una grabación existente, conocida como "sample", para crear una nueva pieza musical. Esta

técnica implica el uso de elementos rítmicos, melódicos y/o sinfónicos que acompañan al fragmento extraído de la grabación, formando así una obra musical distinta y original. A través de este proceso de creación musical, se busca modificar y alterar la obra original para componer una nueva obra.

El "sampling" ha tenido un notable desarrollo en el ámbito musical, especialmente en los géneros de música electrónica y hip-hop. En las últimas décadas, se han producido avances tecnológicos que han facilitado la creación de "samples" y su integración en la producción musical. Estos avances incluyen el uso de "samplers" digitales, software de edición de audio y el acceso a una amplia variedad de grabaciones en línea. De esta manera, se ha ampliado el potencial creativo y la diversidad sonora en la música contemporánea (Chavarriaga & Varela, 2021).

El “sampling” comenzó a utilizarse en los años 60 y 70 con los músicos de jazz y los compositores de música concreta, quienes utilizaron grabaciones preexistentes para crear nuevas obras. En los años 80, el “sampling” se hizo más accesible gracias al desarrollo de los “samplers” de hardware. Los “samplers” permitían a los músicos grabar fragmentos de audio y manipularlos en tiempo real, lo que les daba una gran flexibilidad creativa. El sampler más famoso de la época fue el Fairlight CMI.

Tan es así que con la creación del sampler les dio a los músicos la oportunidad de componer y crear nuevas obras, en base a la música de otros artistas. Por lo que, a medida que la tecnología mejoró, el “sampling” se hizo más común en la música popular.

En los años 80 y 90, el “sampling” se utilizó en una amplia variedad de géneros musicales, incluyendo el hip hop, la música electrónica y el pop. El hip-hop fue uno de los primeros géneros musicales en popularizar el “sampling”, especialmente en la década de 1980. El uso de “samples” en el hip-hop ha sido una técnica creativa y expresiva para los artistas, permitiéndoles crear música nueva y única a partir de una variedad de fuentes. El hip-hop también ha sido un importante impulsor del desarrollo de nuevas tecnologías y herramientas para el “sampling”, incluyendo el uso de software de producción musical y “samplers” de hardware. Los productores de hip hop utilizaron “samplers” para crear ritmos y pistas a partir de “samples” de otras grabaciones, y el “sampling” se convirtió en una parte fundamental del género.

El “sampling” ha tenido un impacto significativo en la música. Ha permitido a los productores y músicos utilizar materiales preexistentes para crear nuevas obras, y ha hecho posible la creación de obras que de otra manera no podrían haberse creado. El “sampling” también ha permitido la mezcla de géneros y estilos musicales. Los músicos pueden tomar elementos de diferentes grabaciones y combinarlos en una nueva obra, creando así un sonido completamente nuevo. El “sampling” ha permitido la incorporación de elementos de la música clásica, el jazz, el rock y muchos otros géneros en la música popular.

Creando nuevos negocios y oportunidades para los propietarios de los derechos de autor y ha permitido la creación de nuevas empresas que se especializan en el licensing de grabaciones y el manejo de derechos de autor. Sin embargo, el “sampling” también ha generado conflictos legales, los cuales observaremos a continuación

2.2.2 El “sampling”: creación artística y originalidad.

El “sampling” es una técnica utilizada en la música y otras formas de arte que implica tomar fragmentos de grabaciones de audio preexistentes y utilizarlos como componentes clave en la creación de una nueva obra. Estos fragmentos de audio, conocidos como muestras o “samples”, se pueden tomar de cualquier fuente, como grabaciones de canciones, discursos, efectos sonoros o incluso grabaciones de campo. Al utilizar estas muestras en combinación con otros elementos musicales, se pueden crear composiciones únicas y originales.

El surgimiento del “sampling” se remonta a la década de 1960, cuando los primeros sintetizadores y grabadoras de cinta magnética comenzaron a estar disponibles en el ámbito musical. Sin embargo, fue en la década de 1980 cuando el “sampling” se popularizó enormemente con el advenimiento de los “samplers” digitales y las cajas de ritmos. Estos dispositivos permitieron a los músicos y productores tomar muestras de audio, manipularlas y reproducirlas en tiempo real.

La creación de obras a través del “sampling” implica varias etapas. En primer lugar, se seleccionan las muestras adecuadas, ya sea de grabaciones existentes o mediante la creación de nuevas grabaciones. Luego, estas muestras se importan en un “sampler” o software de producción musical, donde se pueden ajustar su duración, tono, volumen y

otros parámetros. Las muestras se organizan y se asignan a teclas o pads en un teclado o controlador MIDI, lo que permite tocarlas como si fueran instrumentos musicales.

Una vez que se han seleccionado y manipulado las muestras, se pueden combinar y secuenciar en una composición musical. Los productores pueden crear patrones rítmicos, líneas melódicas y arreglos utilizando estas muestras y otros elementos musicales, como sintetizadores, baterías electrónicas y efectos de sonido. Con el "sampling", es posible fusionar diferentes géneros musicales, crear collages sonoros únicos y experimentar con la recontextualización de grabaciones preexistentes.

El carácter de originalidad del "sampling" radica en la forma en que se utilizan las muestras y se combinan con otros elementos musicales para crear algo nuevo y único. Aunque las muestras tomadas de grabaciones existentes pueden ser reconocibles, su incorporación en una nueva composición les da un contexto y significado diferentes. Los artistas que utilizan el "sampling" a menudo buscan hacer comentarios sobre la cultura, la sociedad o la historia mediante la manipulación y el uso creativo de estas muestras.

Es importante destacar que el uso de muestras de audio puede implicar cuestiones legales relacionadas con los derechos de autor y los derechos de propiedad intelectual. Los artistas y productores deben obtener los permisos necesarios para utilizar las muestras de manera legal y ética, a menos que estén trabajando con grabaciones que estén en el dominio público o bajo licencias de uso libre.

En conclusión, el "sampling" es una técnica creativa que permite a los artistas y productores utilizar muestras de audio preexistentes para componer nuevas obras. Surgió en la década de 1960, pero se popularizó en la década de 1980 con el desarrollo de "samplers" digitales. A través del "sampling", se pueden combinar diferentes elementos musicales y crear composiciones originales, otorgándoles un carácter distintivo y único. La selección, manipulación y combinación de muestras de audio permiten a los artistas experimentar con la recontextualización de grabaciones existentes, fusionar diferentes géneros musicales y transmitir mensajes creativos y conceptuales.

El carácter de originalidad del "sampling" radica en la creatividad y la visión artística del creador. Al utilizar muestras de audio, los artistas pueden reinterpretar y transformar el significado original de las grabaciones preexistentes. Pueden subvertir las expectativas del oyente al tomar una muestra conocida y presentarla en un contexto completamente diferente, creando nuevas narrativas o asociaciones de ideas. Además, el

“sampling” permite una experimentación sonora sin límites, ya que las muestras se pueden procesar, distorsionar, invertir o combinar de maneras inimaginables.

Sin embargo, es importante destacar que la originalidad en el “sampling” no implica simplemente tomar muestras sin considerar los derechos de autor y la ética. Muchos artistas y productores han enfrentado controversias legales debido al uso no autorizado de muestras protegidas por derechos de autor. Obtener los permisos adecuados y respetar los derechos de los creadores originales es fundamental para evitar conflictos legales y promover una práctica ética del “sampling”.

En resumen, el “sampling” es una técnica creativa que consiste en tomar muestras de audio preexistentes y utilizarlas como elementos clave en la creación de nuevas obras. Surgió en la década de 1960 y se popularizó en la década de 1980 con el advenimiento de los “samplers” digitales. A través del “sampling”, los artistas pueden combinar y recontextualizar grabaciones existentes, creando composiciones originales y únicas. La originalidad en el “sampling” radica en la creatividad del creador y en la forma en que se utilizan las muestras para transmitir mensajes y explorar nuevas sonoridades. Sin embargo, es importante tener en cuenta los aspectos legales y éticos asociados al uso de muestras protegidas por derechos de autor.

2.3 El “sample” en la jurisprudencia internacional:

Previo a destacar la jurisprudencia más relevante sobre los casos referentes al “sampling”, es de suma importancia tener claro que el copyright estadounidense realiza una distinción entre 2 tipos de “sampling”, aquel que recae sobre la composición musical, y aquel que recae sobre el sound recording.

Por lo tanto, según la ley de derechos de autor de EE. UU., las muestras pueden clasificarse en dos categorías de obras con derechos de autor: sobre la composición musical o sobre la grabación del sonido, tal como lo destacamos anteriormente. Habrá una sola muestra sobre la obra musical ya que el artista emula la canción original con sus propios medios e instrumentos. Por otro lado, sobre la grabación cuando el productor utiliza el sonido predefinido en la grabación y lo pone en la canción. A veces incluso se puede argumentar que, al tomar audio de una grabación de sonido, uno no solo infringe los derechos de autor de la grabación de sonido y la obra musical subyacente cuando la muestra contiene elementos musicales característicos del ritmo y ritmo de la obra. En

cualquier caso, se requiere el permiso del propietario de los derechos de autor, y sus propietarios suelen ser el artista de la composición y la compañía discográfica del fonograma. La Ley de derechos de autor de 1976 define las grabaciones de sonido como:

> §101 · Definitions "Sound recordings" are works that result from the fixation of a series of musical, spoken, or other sounds, but not including the sounds accompanying a motion picture or other audiovisual work, regardless of the nature of the material objects, such as disks, tapes, or other phonorecords, in which they are embodied. "Phonorecords" are material objects in which sounds, other than those accompanying a motion picture or other audiovisual work, are fixed by any method now known or later developed, and from which the sounds can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term "phonorecords" includes the material object in which the sounds are first fixed.[8] (TORRES SANHUEZA, 2022)

Las grabaciones sonoras pueden ser definidas como obras resultantes de la captura y fijación de una serie de sonidos, ya sean de naturaleza musical, hablada u otra, excluyendo los 20 sonidos presentes en películas y otras obras audiovisuales. La forma de fijación puede variar sin importar el tipo de soporte utilizado. En contraste, los fonogramas son objetos materiales en los que se registran los sonidos mediante cualquier método, permitiendo su percepción, reproducción o transmisión directa o a través de un dispositivo. (TORRES SANHUEZA, 2022)

Estas definiciones nos revelan que la relación entre ambas se establece entre la obra musical y su soporte físico. Por otro lado, el Copyright Act no ofrece una definición precisa de lo que se entiende por composición musical, por lo que utilizaremos nuestra propia definición en el ámbito artístico. La composición consiste en crear una pieza de música que combina elementos musicales y sonoros con la expresión de ideas.

[8] §101 · Definiciones Las "grabaciones sonoras" son obras que resultan de la fijación de una serie de sonidos musicales, hablados u otros, pero sin incluir los sonidos que acompañan a una película u otra obra audiovisual, independientemente de la naturaleza de los objetos materiales, tales como discos, cintas u otros fonogramas, en los que están incorporados.
Los "fonogramas" son objetos materiales en los que los sonidos, distintos de los que acompañan a una película u otra obra audiovisual, se fijan mediante cualquier método conocido o desarrollado posteriormente, y a partir de los cuales la los sonidos pueden percibirse, reproducirse o comunicarse de otro modo, ya sea directamente o con la ayuda de una máquina o dispositivo. El término "fonogramas" incluye el objeto material en el que primero se fijan los sonidos.

El sujeto del derecho en el ámbito de la composición musical es el compositor, el artista principal encargado de crear una obra que abarque elementos como melodía, ritmo, armonía y letras. Sin embargo, cuando esta composición musical se interpreta, graba, mezcla y masteriza, surge lo que se conoce como grabación sonora o master recording. Esta grabación sonora representa una ejecución o interpretación de la composición original, que debe ser registrada en un medio que permita su percepción, reproducción y transmisión.

La grabación sonora es el resultado tangible de la materialización de la composición musical, lo que permite su reproducción y distribución. Es importante destacar que la grabación sonora suele ser una representación de la composición original, ya sea una interpretación fiel o con variaciones, pero siempre fijada en un medio físico o digital que facilita su acceso y disfrute por parte del público. En resumen, la composición musical y la grabación sonora son dos aspectos interrelacionados de la creación musical, donde el compositor tiene los derechos sobre la composición y la grabación sonora representa la materialización y explotación de dicha composición en un formato accesible para el público. (Copyright Act, 1976)

Una vez detallado todo lo anterior es importante recalcar uno de los casos más emblemáticos dentro del "sampling" en los Estados Unidos.

2.3.1 Jurisprudencia con respecto al copyright estadounidense: Caso Grand Upright Music vs Warner Brother Inc.

El caso de Grand Upright Music vs Warner Brothers Inc. es un caso emblemático en la historia de la música y el derecho de autor. Este caso, ocurrido en 1991, marcó un hito en la industria musical, ya que sentó un precedente en cuanto a la protección de los derechos de autor en el mundo de la música y, en particular, en el género del rap y el hip-hop, especialmente propenso a la apropiación indebida de material con derechos de autor con los años.

Antecedentes del caso

El caso Grand Upright Music vs Warner Brothers Inc. se originó cuando Grand Upright Music Limited, la compañía propietaria de los derechos de autor de la canción "Alone Again (Naturally)." de Gilbert O'Sullivan, demandó a Warner Brothers Records,

Inc., WEA International Inc., Marcel Hall (más conocido como Biz Markie)., Biz Markie Productions, Inc., Cool V Productions, Inc., Cold Chillin' Records, Inc., Biz Markie Music, Inc., Cold Chillin' Music Publishing, Inc., Tyrone Williams y Benny Medina por violación de derechos de autor. (Falstrom, 1994)

La disputa surgió cuando Biz Markie usó una muestra de la canción "Alone Again (Naturally)." en su canción "Alone Again", sin obtener una licencia o autorización previa de Grand Upright Music Limited. La canción en disputa, "Alone Again (Naturally).", fue escrita e interpretada por el cantautor irlandés Raymond "Gilbert" O'Sullivan y se convirtió en un éxito internacional en 1972.

Grand Upright Music Limited presentó una demanda contra los acusados, alegando que habían violado los derechos de autor de la canción "Alone Again (Naturally)." al utilizar una muestra de la canción sin obtener una licencia o autorización previa. La demanda buscaba una orden judicial preliminar para detener la distribución y venta del álbum de Biz Markie, "I Need A Haircut", que contenía la canción infractora. (Lindenbaum, 1999).

Los acusados admitieron haber utilizado una muestra de "Alone Again (Naturally)." en la canción de Biz Markie "Alone Again", pero argumentaron que la violación de derechos de autor era una práctica común en la industria musical, especialmente en el género del rap y el hip-hop. También cuestionaron la validez de los derechos de autor de Grand Upright Music Limited sobre la canción en disputa.

El juez Kevin Thomas Duffy del Tribunal de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York tomó una postura firme en el caso. En su decisión, afirmó que la violación de derechos de autor por parte de los acusados.

Además el juez analizó la evidencia presentada por Grand Upright Music Limited, que incluía:

Copias de los registros de derechos de autor originales en nombre de NAM Music, Inc., junto con un documento que otorgaba a Gilbert O'Sullivan la titularidad de los derechos de autor y otro documento que transfería los derechos de autor a Grand Upright Music Limited.

El testimonio de Gilbert O'Sullivan, quien afirmó que Grand Upright Music Limited era el propietario legítimo de los derechos de autor de la canción en disputa.

La correspondencia entre los acusados y el representante de Gilbert O'Sullivan, en la que los acusados intentaron obtener una licencia para utilizar la muestra de "Alone Again (Naturally)" (Lindenbaum, 1999).

El veredicto

El juez Kevin Thomas Duffy otorgó la orden judicial preliminar solicitada por Grand Upright Music Limited, lo que detuvo la distribución y venta del álbum "I Need A Haircut" de Biz Markie. Además, el juez remitió el caso al Fiscal de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York para que considerara la posibilidad de enjuiciar penalmente a los acusados bajo las leyes federales de derechos de autor.

El caso Grand Upright Music vs Warner Brothers Inc. tuvo un impacto significativo en la industria de la música, ya que estableció un precedente legal en cuanto a la protección de los derechos de autor en el ámbito de las muestras musicales. A partir de este caso, los músicos y productores se volvieron más conscientes de la necesidad de obtener licencias y autorizaciones para utilizar muestras con derechos de autor en sus obras (Lindenbaum, 1999).

Efecto en el género del rap y el hip-hop:

El caso afectó especialmente al género del rap y el hip-hop, propenso a apropiación indebida de material con derechos de autor. A raíz de este caso, los artistas de rap y hip-hop comenzaron a tomar medidas para garantizar que las muestras utilizadas en sus canciones estuvieran debidamente autorizadas y licenciadas.

Conclusiones:

El caso Grand Upright Music vs Warner Brothers Inc. es un ejemplo emblemático de cómo las leyes de derechos de autor pueden proteger la propiedad intelectual de los artistas y garantizar que se les compense adecuadamente por el uso de su obra. Además, este caso sirvió como un recordatorio para la industria musical en general de que el uso no autorizado de material con derechos de autor puede tener graves consecuencias legales y financieras.

2.3.2 Jurisprudencia Internacional sobre el “sampling”

El “sampling” ha generado varios conflictos legales importantes en todo el mundo. Uno de los casos más conocidos es el de "Bittersweet Symphony" de The Verve. La canción utiliza un sample de una orquestación de la canción "The Last Time" de The Rolling Stones. Aunque The Verve obtuvo el permiso para utilizar el sample, la canción resultante incluía un arreglo de cuerdas que era similar al de la grabación original. Como resultado, The Verve fue demandado por los propietarios de los derechos de autor de la canción original, y la banda tuvo que renunciar a los derechos de autor y las regalías de la canción:

Otro caso importante fue el de "Amen Brother" de The Winstons. La canción incluye un break de batería que se ha utilizado en innumerables canciones de hip hop, drum and bass y otros géneros. Aunque la grabación original es de dominio público, el editor de la canción obtuvo los derechos de autor de la grabación y comenzó a cobrar por su uso.

En el Reino Unido, un caso relevante fue el de "Buffalo Stance" de Neneh Cherry. La canción utiliza un sample de la canción "Say You'll Be" de Loose Ends. Aunque el sample fue aprobado para su uso, los productores de la canción original exigieron un porcentaje significativo de los ingresos de "Buffalo Stance". Esto llevó a un debate sobre la equidad en los acuerdos de licencias y los derechos de autor.

En los Estados Unidos, existió el caso "Straight Outta Compton" de N.W.A. En el cual la canción incluye un sample de la canción "Funky Drummer" de James Brown. Aunque el sample fue aprobado para su uso, Brown más tarde demandó a la banda por el uso no autorizado del sample. ('Funky Drummer': New Orleans, James Brown and the Rhythmic Transformation ofAmerican Popular Music, 2000)

Por todo lo antes detallado podemos concluir que el “sampling” ha sido una herramienta importante en la música durante las últimas décadas. Ha permitido a los músicos y productores utilizar materiales preexistentes para crear nuevas obras, y ha cambiado la forma en que se produce y se escucha la música.

Es importante que se establezcan reglas claras y equitativas para el uso de “samples” en la música, para que los músicos y productores puedan seguir utilizando esta herramienta de manera creativa y sin infringir los derechos de autor. A la vez, los propietarios de los derechos de autor deben compensar justamente con sus grabaciones. En última instancia, el “sampling” seguirá siendo una parte importante de la música, y su

impacto continuará siendo sentido en la industria musical y en la cultura popular en general.

El “sampling” es una técnica musical que ha generado numerosos debates en torno a la propiedad intelectual y los derechos de autor. Aunque la jurisprudencia sobre el “sampling” varía entre Estados Unidos y Reino Unido, ambos países enfrentan desafíos similares para equilibrar los derechos de los titulares de derechos de autor con la libertad creativa de los músicos que utilizan “samples” en sus composiciones.

En Estados Unidos, los tribunales han mantenido una postura bastante restrictiva respecto al “sampling”, tratándolo generalmente como una obra derivada y requiriendo la autorización previa del titular de los derechos de autor. En contraste, la jurisprudencia británica ha adoptado un enfoque más flexible, permitiendo en ciertos casos el uso de “samples” sin autorización previa del titular de los derechos de autor, siempre que el fragmento utilizado no sea sustancial en relación con la obra original.

Teniendo en cuenta todo lo manifestado entre la sección uno y dos, se ha esclarecido el concepto de Fair Use, sus criterios de aplicación, los casos más emblemáticos, al igual que su historia y su adaptación a la legislación ecuatoriana. De igual manera en la segunda sección se presentó la definición de “sample”, realizando un análisis sobre a qué tipo de obra pertenece según el ordenamiento ecuatoriano, y los casos más relevantes en la jurisprudencia internacional.

Es en observancia a todo lo antes destacado que procederé a detallar mis conclusiones sobre el presente trabajo y la recomendación para el inconveniente que se ha desarrollado a lo largo del trabajo, es decir, la desnaturalización del “Fair Use” en el Ecuador, y si en base a esta pueden las obras musicales generadas por “sampling utilizar” la figura del “Fair Use”.

Conclusiones:

En base a todo lo descrito en las dos secciones anteriores es relevante destacar las conclusiones con respecto al “Fair Use” y a las obras generadas por “sampling”. Y contestar la pregunta que llevo a desarrollar el presente trabajo ¿Es factible la aplicación el figura del Fair Use dentro para casos de obras musicales generadas por “sampling”?

Para lo cual me permitiré en primer lugar analizar la figura del “Fair Use” desde el derecho que lo vio nacer, es decir el derecho anglosajón. Dentro de este ámbito como

hemos detallado existe jurisprudencia amplia que se destacó dentro de la primera sección del presente trabajo, pero es realmente complicado encontrar jurisprudencia relacionada a la aplicación del "Fair Use" dentro del ámbito musical.

Tan es así que se han realizado estudios que revelan estadísticas referentes al porcentaje de casos que alega el "Fair Use" para el uso de una obra previa, cuántos de esos casos dentro se han resuelto en base al criterio de Fair Use, cuántos de ellos han sido aplicables a la parodia.

Dicha investigación la realizó (Lee, 2018) y en ella parte de la premisa de rara vez se considera el concepto de uso legítimo en las decisiones finales de los casos relacionados con la música. En la mayoría de estos casos, los demandados salieron victoriosos por razones distintas al uso legítimo, lo que implica que en muchos casos de música no se le otorga importancia a la defensa basada en el uso legítimo. En concreto, el 91% (116 de 127) de las decisiones no abordaron el tema del uso legítimo en absoluto. La mayoría de estos casos, es decir, el 82.7% (105 de 127) concluyeron con una determinación de no infracción o responsabilidad hacia el demandado o demandados. Solo el 8.7% (11 de 127). de las decisiones encontraron una infracción sin entrar en discusiones sobre el uso legítimo.[9]

En cambio, aproximadamente el 9% de las decisiones sí tomaron en cuenta el uso legítimo, y esto se desglosa de la siguiente manera: el 3.1% (4 de 127) de las decisiones no encontraron infracción y mencionaron el uso legítimo, pero no emitieron una opinión al respecto (en un caso porque el demandado no lo planteó); el 3.9% (5 de 127) de las decisiones involucraron casos exitosos de uso legítimo en parodias; el 0.8% (1 de 127) implicó una defensa fallida del uso legítimo en parodias; el 0.8% (1 de 127) implicó una defensa exitosa de usos no autorizados, específicamente una parodia del uso legítimo.

Hasta la fecha, solo un tribunal de Estados Unidos ha reconocido, en una decisión publicada bajo la Ley de Derechos de Autor de 1976, un caso de uso legítimo que no involucra parodia en una supuesta obra musical. Este caso, conocido como Estate of Smith v. Cash Money Records, se refirió al uso de una parte hablada de rap del difunto

[9] 91% (116 of 127). of the decisions did not discuss fair use at all. Most of these cases—82.7% (105 of 127). — resulted in a finding of no infringement or liability against the defendant(s). Thus, to a large extent, a fair use defense was unnecessary for music defendants to prevail. Only 8.7% (11 of 127). of the decisions found infringement without discussing fair use. By contrast, approximately 9% of the decisions referred to fair use.

artista de jazz Jimmy Smith, sin acompañamiento musical, para presentar un álbum llamado Off the Top. En este sentido, el caso se asemeja a una situación típica de uso legítimo que implica una cita de una obra literaria.

Cabe destacar que, como se mencionó anteriormente, es posible que la obra "Jimmy Smith Rap" ni siquiera cumpla con la definición de obra musical establecida por la Oficina de Derechos de Autor, la cual requiere que la música sea un elemento de la composición. Sin embargo, se incluyó este caso en la encuesta debido a que el tribunal pareció asumir, sin llegar a una decisión definitiva, que la obra era una composición musical, tal como alegaban los demandantes. No obstante, este caso se considera una excepción en comparación con los demás. (Lee, 2018)

En base a estas cifras podemos evidenciar que dentro del derecho anglosajón las obras musicales no se ven protegidas por la doctrina d Fair Use, no existe un análisis sobre el tema. Por lo que en este punto es importante cuestionarse cuál podría ser el motivo de la evasión de los juzgadores estadounidenses al momento de resolver los casos que alegan Fair Use.

Tal como se manifestó en el caso Folsom vs Marsh, mismo que da origen a los criterios de aplicación del Fair Use, dicho caso está basado en el uso de un cierto número de palabras, que coinciden exactamente con un contenido específico perteneciente a una obra previa. En el ámbito musical existe un número limitado de todos, 6 tonos principales, es decir DO, RE, MI, FA, SOL, LA, SI y 5 semitonos. Por lo que la repetición de ciertas tonalidades sería inherente al ámbito musical, constituyendo su propia naturaleza por lo que a mi punto de vista existen similitudes inevitables que pueden llegar a darse, derivadas de las limitaciones propias de ámbito musical.

El no reconoce que estas similitudes inevitables pueden llegar a darse dentro del ámbito musical, podría inducir a error, acorralando a ciertas similitudes a ser categorizadas como una violación a los derechos de autor de la “obra previamente publicada”. De igual forma es importante destacar que pese a que el derecho anglosajón maneja un análisis caso a caso con respecto a la doctrina del Fair Use, y existiría una mayor flexibilidad al momento de su aplicación, hasta el momento no existe un precedente jurisprudencial que resuelva acerca del Fair Use y la obras musicales. Pese a que en determinados casos se lo ha alegado, la juzgadora toma la decisión de declarar que no existe infracción, sin analizar los 4 factores que de igual manera implicarían que no

existe infracción, mediante un balance de criterios fundamentales dentro de una obra remezclada.

En el caso del Ecuador es aún más compleja la aplicación de la figura del Fair Use, teniendo en cuenta el análisis que se realizó sobre los artículos 211 y 212 del COESCCI, los cuales evidencian, que existen un listado taxativo de obras que no requieren licencia del autor de la obra original, por lo que su uso sería completamente lícito y no se incurriría en violaciones a los derechos de autor.

Además podemos concluir que dentro de los artículos 211 y 212, confluyen 2 teorías, el "Fair Use" y la regla de los tres pasos, dotando incluso de un quinto elemento al test del Fair Use. Particular que desnaturalizó la figura original de Fair Use.

Pese al números clausus al que está sujeta la legislación ecuatoriana podemos concluir que las obras remezcladas o generadas por el "sampling" podrían no requerir autorización del autor de ser clasificadas dentro del numeral 1 del artículo 212, por lo que las obras generadas por "sampling" podrían ser susceptibles de aplicación del criterio del Fair Use, siempre y cuando puedan se clasificadas dentro del numeral 1 del artículo 212. Sobre dicho artículo y su respectivo numeral procederé a detallar mi recomendación de reforma al mismo para que así se pueda cumplir con la finalidad de la figura del Fair Use, es decir, el análisis caso por caso.

Recomendaciones:

Teniendo en cuenta el análisis realizado en el capítulo 1, es importante recalcar que la legislación ecuatoriana está sujeta a números clausus dentro del ámbito de las obras que podrán realizarse sin autorización del titular de los derechos de autor. Debido a la decisión Andina 351 de la Comunidad Andina y a lo expuesto en el artículo 3 del Convenio de Berna. Por lo que, pese a que el numeral 1 del artículo 212, reconoce "La inclusión en una obra propia de fragmentos breves de obras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual" (COESCCI, código Orgánico de Economía Social, creatividad e innovación, 2016, art 212 numeral 1)

Desde mi punto de vista la única forma de conseguir el análisis caso a caso de las obras, teniendo en cuenta la taxatividad a la que se encuentra atada la normativa ecuatoriana, es reformando el artículo 212 del COESCCI, incluyendo dentro del numeral 1un siguiente inciso, el cual propongo se añada de la siguiente manera:

"No requerirán autorización del titular de los derechos de autor, las obras remezcladas que hayan utilizado fragmentos de naturaleza escrita o sonora de obras divulgadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la obra remezclada tenga un carácter transformador y no sustituya a la obra original ni menoscabe su normal explotación.
b) Que la utilización de los fragmentos sea accesoria y no exceda de lo necesario para el fin perseguido por la obra remezclada.
c) Que se indique la fuente y el nombre del autor de la obra original de la que se han tomado los fragmentos.
d) Que la obra remezclada no tenga fines comerciales ni lucrativos."

Esto en razón de que no sería factible la derogación del artículo 212 a fin de mantener la naturaleza jurídica de la figura del Fair Use, teniendo en cuenta que, los artículos 211 y 212 del COESCCI están formulados en base a la decisión 351 de la Comunidad Andina, y del convenio de Berna, tal como se describió en la sección uno del presente trabajo.

De derogarse dicho artículo se estaría violando decisiones y tratados vinculantes al Ecuador, generando incluso una violación a los estándares mínimos contenidos tanto en el convenio de Berna como en la Decisión Andina 351 de la Comunidad Andina.

Referencias:

Alderfer Rock, R. (2014). Fair Use Analysis in DMCA takedown notices: Necessary of Noxious? En *Fair Use Analysis in DMCA takedown notices: Necessary of Noxious?* (pág. 8).

Beebe, B. (enero de 2008). *AN EMPIRICAL STUDY OF U.S. COPYRIGHT FAIR USE OPINIONS, 1978-2005.* Obtenido de AN EMPIRICAL STUDY OF U.S. COPYRIGHT FAIR USE OPINIONS, 1978-2005.

CAMPBELL, aka SKYYWALKER, et al. v. ACUFFROSE MUSIC, INC., No. 92–1292 (The United States court of appeals for 07 de Marzo de 1994).

Castrillon Montoya, H., & Ríos Sosa, J. (2005). *LA COMPOSICION MUSICAL COMO PRODUCTO TECNOLOGICO*.

Cavero Safra, E. (2015). El concepto de originalidad en el derecho de autor. *Forseti*.

Chavarriaga , C., & Varela, S. (10 de Marzo de 2021). *Grabación de samples y creación de timbres a partir de la guitarra eléctrica y su posterior integración sonora en cuatro obras instrumentales.* Obtenido de Grabación de samples y creación de timbres a partir de la guitarra eléctrica y su posterior integración sonora en cuatro obras

instrumentales: https://repositorio.itm.edu.co/bitstream/handle/20.500.12622/5592/CristianDavid_SantiagoVarela_2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y

COESCCI, C. e. (09 de diciembre de 2016). *Código de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.* Obtenido de Código de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación: https://cerlalc.org/laws_rules/codigo-de-la-economia-social-de-los-conocimientos-creatividad-e-innovacion/

CONVENIO DE BERNA PARA PROTECCION DE OBRAS LITERARIAS Y ARTISTICAS, 2 (1980). www.lexis.com.ec

Copyright Act. (1976). *Copyright Act of 1976.* Obtenido de U. S Copyright Office: https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107

DICTAMEN NO. 002-2017, 2017, DICTAMEN NO. 002-2017 (Secetaría General de la Comunidad Andina 27 de octubre de 2017).

Falstrom, C. (1994). Thou Shalt Not Steal: Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc. and the Future of Digital Sound Sampling in Popular Music. *Hastings Law Journal*, 12-22.

Folsom v. Marsh, 9 F.Cas. 342, 6 Hunt Mer. Mag. 175, 2 Story 100, No. 4901, (1841) (testimony of Massachusetts Circuit Court). https://cdn.ymaws.com/www.musiclibraryassoc.org/resource/resmgr/copyright/FolsomvMarsh.pdf

Guía del Convenio de Berna, 1 (2003) (testimony of Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)). https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf

Harper y Row vs. Nation Enterprises., No. 83- 1632. (United States Supreme Court 20 de Mayo de 1985).

Ibáñez Kollmann, C. (2014). Orígenes del Fair Use. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, *0*(3). https://doi.org/10.5354/0719-2584.2013.30312

LA PROTECCIÓN DE LOS INTÉRPRETES O EJECUTANTES Y LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS EN LA CONVENCIÓN DE ROMA, EL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC Y EL TRATADO DE LA OMPI SOBRE INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN Y FONOGRAMAS (TOIEF/WPPT), (2000) (testimony

of (OMPI) Organización Mundial de Protección de Derechos de Autor & Consejo de Derechos de Autor del Ministerio de Educación y Cultura de la República Oriental del Uruguay).

Lee, E. (2018). Fair Use Avoidance in Music Cases. *Boston College Law review*, 29-32.

Lindenbaum, J. (08 de abil de 1999). *MUSIC SAMPLING AND COPYRIGHT LAW.* Obtenido de MUSIC SAMPLING AND COPYRIGHT LAW: https://web.archive.org/web/20190522230146/http://www.princeton.edu/~artspol/studentpap/undergrad%20thesis1%20JLind.pdf

Millward, S. (2002). *Sound synthesis with VST Instruments.* Tonbridge: Pc.

OMPI. (29 de octubre de 2004). *PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.* Obtenido de PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL.

OMPI, CAN, DNDA, & DIAN. (11 de Julio de 2002). *SEMINARIO DE LA OMPI PARA LOS PAÍSES ANDINOS SOBRE LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.* Obtenido de SEMINARIO DE LA OMPI PARA LOS PAÍSES ANDINOS SOBRE LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_pi_sem_bog_02/ompi_pi_sem_bog_02_3.pdf

Organización Mundial De La Propiedad Intelectual (OMPI). (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos.: Vol. Segunda Ed*.

Real Marquez, M. (diciembre de 2001). *El requisito de la originalidad de los derechos de autor.* Obtenido de El requisito de la originalidad de los derechos de autor: https://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf

Rychlicki, T., & Zielinski, A. (2009). ¿Supone el sampling una infracción del derecho de autor en todos los casos? *Revista de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual*.

Sag, M. (2011). *The Prehistoy of Fair Use*. https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&context=blr&httpsredir=1&referer=

Secretaría General de la Comunidad Andina. (17 de Diciembre de 1993). *DECISIÓN 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.* Obtenido de DECISIÓN 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf

Bibliografía

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. (29 de noviembre del 2016). RO. 899 de 9 de diciembre de 2016.

Berón, E. (agosto de 2021). *El sampling: la técnica de sampleo de audio digital en el género LoFi Hip Hop.* Obtenido de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/123479/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Domínuez, A. (2015). *El plaio en el derecho de autor.* Quito.

Fierro Martínez, S. (2019). *La protección de las obras musicales en el contexto de los derechos de autor. El caso del plagio musical.* Obtenido de La protección de las obras musicales en el contexto de los derechos de autor. El caso del plagio musical: https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/12978/FIERRO%20MART%CDNEZ,%20Sergio.pdf;jsessionid=C6C837264085E5F68AE3A6B676A7CF1C?sequence=1

Garcés, F. (2018). *La obra remezclada en el derecho de autor y el entorno digital: aproximación conceptual y recomendaciones legales.* Obtenido de https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/9948/La%20obra%20remezclada%20en%20el%20derecho%20de%20autor.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ibañez, C. (2013). *Orígenes del Fair Use.* Obtenido de Orígenes del Fair Use: https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/30312/32098

Latham, S. (2003). *Newton vs Diamos: Measuring the legitimacy of unauthorized compositional sampling.* San Francisco.

Lee, M.-J. (2016). *The art of borrowing: quptations ans allusions in western music.* Obtenido de The art of borrowing: quptations ans allusions in western music: https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc849772/m2/1/high_res_d/LEE-DISSERTATION-2016.pdf

Martínez Cabezudo, F. (2013). 589X139SAMPLING. ESTUDIO SOBRE LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS DE AUTOR RESPECTO DE LAS FUNCIONES CRÍTICAS DE LAS OBRAS REMEZCLADAS. *Revista inteRnacionalde Pensamiento Político - i ÉPoca - vol. 8*, 5-11.

Martínez Gallo, S. (abril de 2022). *ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE EL SAMPLING EN ESPAÑA, EUROPA Y ESTADOS UNIDOS.* Obtenido de

https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/60090/TFG-Martinez-Gallo%20Zamarreno%2c%20Sofia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Martínez, F. (2013). *Samplin. Estudio sobre las limitaciones de los derechos de autor respecto de las funciones críticas de las obras remezcladas.* Huelva, España.

Martínez, S. (2022). *Estudio de derecho comparado soble el sampling en Euopa y Estados Unidos.* Obtenido de Estudio de derecho comparado soble el sampling en Euopa y Estados Unidos: https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/60090/TFG-Martinez-Gallo%20Zamarreno%2C%20Sofia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Medina, I. (2021). *La propiedad intelectual y el derecho musical.* Obtenido de La propiedad intelectual y el derecho musical: https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/48553/TFG-Medina%20Perez%20de%20Ayala,%20Ines.pdf?sequence=-1

Netanel, N. (8 de noviembre de 2011). *MAKING SENSE OF FAIR USE*. Obtenido de MAKING SENSE OF FAIR USE: https://law.lclark.edu/live/files/9132-lcb153netanelpdf

Ramos, J. (2017). *Propiedad intelectual: transormaciones jurídicas y conflictos sociales en el ámbito de internet. Un debate sobre la socialización de la cultura.* Obtenido de Propiedad intelectual: transormaciones jurídicas y conflictos sociales en el ámbito de internet. Un debate sobre la socialización de la cultura: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/662849/JRT_TESIS.pdf?sequence=1

Robinson, P. (1939). Was Hendel a plagiarist? En R. Percy, *Was Hendel a plagiarist?* Illinois, Estados Unidos.

Rojo, F. (octubre de 2014). *FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA DOCTRINA DEL FAIR USE*. Obtenido de FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA DOCTRINA DEL FAIR USE: https://www.scielo.org.mx/pdf/is/n41/n41a4.pdf

Rosenkrantz, J. (31 de julio de 2019). *Los Derechos de Autor ante el remix: alcances y propuestas regulatorias de la nueva cultura. .* Obtenido de https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16309/1/%5bP%5d%5bW%5d%20T.%20AB.%20Julia%20Rosenkrantz.pdf

Simone, D. (2019). *Copyright and Collective Authorship locating the authors of collaborative work.* Obtenido de Copyright and Collective Authorship locating the authors of collaborative work: http://www.modares.ac.ir/uploads/En-Law.Book.9.pdf

Torres, P. (2022). *El sample musical no autorizado: un aálisis desde el derecho estadounidense y la unión europea.* Obtenido de El sample musical no autorizado: un aálisis desde el derecho estadounidense y la unión europea: https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/187182/El-sample-musical-no-autorizado-un-analisis-desde-el-derecho-estadounidense.pdf?sequence=1

WIPO, W. I. (1980). GLOSSARY OF TERMS OF THE LAW OF COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS. En W. I. WIPO, *GLOSSARY OF TERMS OF THE LAW OF COPYRIGHT AND NEIGHBORING RIGHTS* (pág. 22). Geneva.