


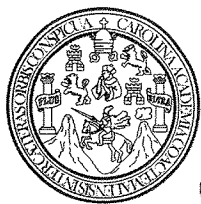
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO.
MAESTRÍA EN PROPIEDAD INTELECTUAL.

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure on horseback, a crown above, and various heraldic symbols. The Latin motto "ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CETERA" is inscribed around the perimeter of the seal.

**EL MUESTREO DE OBRAS MUSICALES Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE
AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA
CONFORME A LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

LICENCIADO
RODRIGO ANTONIO VALDÉS SAMAYOA.

GUATEMALA, NOVIEMBRE DEL 2020.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

TRIBUNAL EXAMINADOR

Dr. Carlos Waldemar Melini Salguero
Presidente

Dr. Edwin Otoniel Melini Salguero
Vocal

MSc. Lorena Isabel Flores Estrada
Secretaria

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

DIRECTOR: MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: MSc. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIO: MSc. Luis Renato Pineda

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

Guatemala, 25 de agosto de 2020.

Señor Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala
Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

Estimado señor Director:

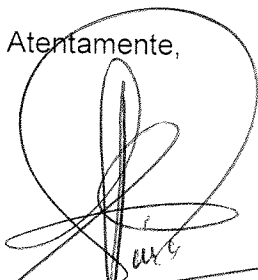
Tengo el honor de dirigirme a usted en mi calidad de tutor de la tesis del Licenciado Rodrigo Antonio Valdés Samayoa, que escribió como trabajo de investigación para optar al grado académico de MAESTRIA EN DERECHO EN PROPIEDAD INTELECTUAL.

El alumno **RODRIGO ANTONIO VALDÉS SAMAYOA**, presentó su tesis denominada EL MUESTREO DE OBRAS MUSICALES Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CONFORME A LA LEGISLACIÓN COMPARADA, trabajo que procedí a revisar detenidamente y que conforme al reglamento correspondiente y mi criterio llena los requisitos exigidos para las tesis de maestría, toda vez que ha cumplido con los requerimientos metodológicos de la investigación.

El ponente procedió a tomar en consideración las observaciones y cambios que le propuse, habiendo cumplido con ellas en el trabajo final presentado, por lo anterior procedo a emitir mi DICTAMEN FAVORABLE para que se continúe con el proceso correspondiente y el Licenciado Valdés Samayoa pueda sustentar el examen privado de tesis para optar al grado académico.

Con muestras de mi respeto y consideración me suscribo.

Atentamente,



Dr. Carlos Humberto Rivera Carrillo.

Tutor de Tesis.

c.c./a.p.



Estudio Jurídico Rivera
Attorneys & Counselors at Law

13 calle 2-60 zona 10.
Edificio Topacio Azul, Of. 606
Tels.: (502) 23630158 23630168
Fax: (502) 23630368

www.bufeterivera.com • consulta@bufeterivera.com

Guatemala, 19 de noviembre de 2020

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción, ortografía, sistema de referencias y estilo, de la tesis denominada:

**EL MUESTREO DE OBRAS MUSICALES Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO
DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA
CONFORME A LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

Esta tesis fue presentada por el licenciado **Rodrigo Antonio Valdés Samayoa**, de la Maestría en Propiedad Intelectual, de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, el texto puede imprimirse.

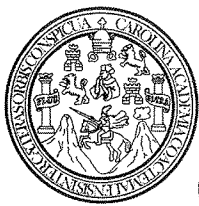
Atentamente,



Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras.
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada. 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 20 de noviembre del dos mil veinte.-----

En vista de que el Licenciado Rodrigo Antonio Valdés Samayoa aprobó examen privado de tesis con distinción **Cum Laude** en la **Maestría en Propiedad Intelectual** lo cual consta en el acta número 24-2020 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL MUESTREO DE OBRAS MUSICALES Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CONFORME A LA LEGISLACIÓN COMPARADA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

ACTO QUE DEDICO

A LA VIDA: Por haberme dado la oportunidad de realizar estos estudios.

A MI MADRE: Por su ejemplo de vida y como profesional, por su apoyo, cariño y amor incondicional en todo este trayecto.

A MI PADRE Por su ejemplo de vida y como profesional, por su cariño y apoyo en todo este trayecto.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	
CAPITULO I.....	
Propiedad Intelectual con sus respectivos temas y subtemas, adicionando la parte del Marco Teórico.....	1
1. La Propiedad Intelectual	1
1.1 Sistemas de Protección de Derecho de Autor.....	2
1.1.1 El Derecho de Autor y Derechos Conexos.....	2
1.1.2 Derecho de Copia (<i>Copyright</i>)	3
1.2 Teorías que explican la naturaleza jurídica de la Propiedad Intelectual	5
1.2.1 Teoría pura del Derecho	5
1.2.2 Teoría del Derecho de Propiedad	6
1.2.3 Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales	6
1.2.4 Teoría del Derecho de la Personalidad.....	7
1.2.5 Teoría <i>sui generis</i> de la Propiedad Intelectual	8
1.3 Derecho Moral	9
1.4 Derecho Patrimonial	10
1.4.1 Características del Derecho Patrimonial	11
1.4.2 Los derechos patrimoniales son independientes entre sí	12
1.4.3 El embargo del producto de la explotación de la obra	13
1.4.4 Facultad de delimitar el ámbito espacial y temporal de validez	15
1.4.5 El Derecho Patrimonial no es ilimitado	15
1.4.6 Los actos de explotación se presumen onerosos	16
1.5 Los titulares de derechos conexos	17
1.6 Los Productores de fonogramas.....	18
1.6.1 El derecho moral de los productores de fonogramas.....	20
1.6.2 El derecho patrimonial de los productores de fonogramas	20
1.7 Intérpretes o ejecutantes	22
1.7.1 Derecho moral de los intérpretes o ejecutantes.....	23
1.7.2 Derecho de los intérpretes y ejecutantes de reivindicar su nombre.....	24



1.7.3	Derecho a la integridad de la interpretación o ejecución	25
1.7.4	Derecho patrimonial de los intérpretes o ejecutantes	25
1.8	Facultad patrimonial del autor y titulares de derechos conexos	26
1.8.1	El derecho de reproducción	26
1.8.2	El derecho de difusión y comunicación pública.....	27
1.8.3	El derecho de distribución e importación	28
1.8.4	El derecho de puesta a disposición	30
1.8.5	El derecho de remuneración	31
1.8.6	El derecho de ejercitar las acciones contra infracción de sus derechos	34
1.9	Tipos de obras musicales	35
1.9.1	Obras originarias.....	35
1.9.2	Obras derivadas.....	36
1.9.3	Obras de folclore nacional	37
CAPITULO II.....		41
El Muestreo de Obras Musicales con sus respectivos temas y subtemas, incluyendo posiciones doctrinarias en relación con el contrato de Muestreo de Obras Musicales ..		41
2.	El muestreo de obras musicales.....	41
2.1	Análisis del muestreo de obras musicales.....	43
2.2	Antecedentes históricos del muestreo de obras musicales	44
2.3	Teoría de la transformación apropiativa	48
2.4	El muestreo de obras musicales en relación al derecho moral.....	53
2.5	El muestreo de obras musicales en relación al derecho patrimonial	54
2.5.1	Plazo de protección del derecho patrimonial del muestreo de obras musicales	55
2.6	El muestreo de obras musicales comparado con otro tipo de obras musicales similares	58
2.6.1	Las parodias o sátiras	58
2.6.2	Arreglos de obras musicales o alusión	60
2.6.3	La reinterpretación de obras musicales	61



CAPÍTULO III.....	63
Análisis de la Legislación Comparada con sus respectivos temas y subtemas, integrando su interpretación y aplicación en la legislación guatemalteca.....	63
3. Análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional relativa al muestreo de obras musicales	63
3.1 Análisis de la legislación y jurisprudencia de los Estados Unidos de América .	63
3.1.1 Bridgeport Music Inc., contra Dimension Films (<i>No Limit Films</i>).....	65
3.1.2 Caso Newton contra Diamond	68
3.1.3 VMG SALSOU, LLC contra MADONNA LOUISE CICCONE, SHEP PETTIBONE, WB Music Corporation, Webo Girl Publishing, Inc., Lxor Music, Inc., Warner Music Group, Warner Bros Records, Inc.....	71
3.2 Análisis de la legislación y jurisprudencia de Alemania.....	73
3.2.1 Caso Kraftwerk contra Moses Pelham.....	74
3.2.2 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Kraftwerk contra Moses Pelham	79
3.3 Análisis de la legislación y jurisprudencia del Reino de España.....	80
3.3.1 Caso Donato y Radio Bemba contra Editorial Pagina Cero, S. A. y The Love Comes, S. L.	83
3.3.2 Caso María Jesús Álvarez y Javier Dotú contra Manu Chao.....	88
3.4 Análisis de la legislación de la República de Guatemala en relación con el muestreo de obras musicales	89
3.5 Análisis de la situación del muestreo de obras musicales en la República de Guatemala	92
3.5.1 Sentencia emitida con fecha 24 de octubre de 2017 por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 2112-2016 de Inconstitucionalidad de Carácter General	97
CAPÍTULO IV	103
Análisis sobre el Muestreo de Obras Musicales con sus respectivos temas y subtemas y discusión de resultados, realizando el análisis pertinente	103



4	Análisis sobre el muestreo de obras musicales en la República De Guatemala y la protección al Derecho de Autor y Derechos Conexos	103
4.1	Contrato de Muestreo de Obra Musical	106
4.1.1	Características del contrato de muestreo de obra musical	108
4.1.2	Elementos del contrato de muestreo de obra musical	110
	CONCLUSIONES	113
	REFERENCIAS	115
	ANEXOS	119



INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende mostrar la importancia del muestreo de obras musicales y cómo puede lograrse una adecuada protección de los autores y titulares de derechos conexos, para lo cual se realizará un examen y análisis de los conceptos, doctrinas y características que explican el muestreo de obras musicales, el Derecho de Autor y Derechos Conexos, así como el problema a investigarse. Para esto, se utilizarán varios métodos de investigación, entre ellos, el método deductivo, analógico, histórico y comparativo, con el objetivo de conocer a profundidad el fenómeno estudiado y determinar con exactitud sus características y elementos.

A la vez, se examinarán y analizarán los conceptos, las teorías y características del Derecho de Autor y Derechos Conexos y del muestreo de obras musicales, así como la legislación nacional, la legislación comparada, la doctrina y la jurisprudencia relacionada con casos de muestreo de obras musicales. Para cumplir con dicho objetivo, el marco teórico abordará y analizará cada una de las teorías académico musicales y jurídicas, la legislación y la jurisprudencia que permitan conocer y delimitar cuál ha sido su tratamiento y cómo se interrelaciona el muestreo de obras musicales con el Derecho de Autor y Derechos Conexos. Otro de los objetivos fundamentales de la presente investigación será establecer criterios jurídicos que permitan determinar si en la legislación guatemalteca existen normas que regulen el muestreo de obras musicales, y qué mecanismos existen o pueden adoptarse para lograr la protección adecuada de los autores de obras musicales y titulares de derechos conexos. Para ello, se utilizará documentación bibliográfica, entrevistas con expertos en la materia y se realizará un análisis comparativo de la legislación y jurisprudencia de varios países.

Finalmente, la presente investigación pretende establecer que la inexistencia de normas en la legislación guatemalteca que regulen el muestreo de obras musicales puede suplirse por la vía contractual, lo cual permite la protección de los autores y titulares de derechos conexos de obras musicales, fomentando así el desarrollo económico, patrimonial y cultural del país.



CAPITULO I

Propiedad Intelectual con sus respectivos temas y subtemas, adicionando la parte del Marco Teórico

La presente investigación pretende demostrar que la inexistencia en la legislación guatemalteca de normas que regulen el muestreo de obras musicales para la adecuada protección de los autores y titulares de derechos conexos puede suplirse por la vía contractual.

Para comprender la forma de en que la legislación guatemalteca protege la Propiedad Intelectual de los autores, productores de fonogramas, artistas, intérpretes y ejecutantes, es necesario examinar el objeto, el concepto y características de la Propiedad Intelectual, así como al Derecho de Autor y Derechos Conexos.

1. La Propiedad Intelectual

La Propiedad Intelectual es aquella rama del Derecho cuyo objeto es la protección de un bien jurídico inmaterial como resultado de la actividad intelectual y creativa de su creador, dotándole de ciertas características de originalidad. Asimismo, dentro de esta rama se protegen también las actividades por virtud de las cuales se realiza la divulgación de estas creaciones.

La Propiedad Intelectual en la doctrina y la legislación de muchos países, como en la República de Guatemala, ha sido dividida en dos grandes ramas: una de ellas es la Propiedad Industrial y la otra es el Derecho de Autor y Derechos Conexos. Esta clasificación es el resultado de los primeros acuerdos sobre Propiedad Intelectual como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. No obstante, según Jaramillo (2010) "nuevas clasificaciones apuntan a relacionar otros derechos intelectuales tales como la competencia desleal, los secretos industriales, las denominaciones de origen,



las variedades vegetales, las invenciones biotecnológicas y los descubrimientos científicos” (pág., 9).

De conformidad con lo anterior, la legislación guatemalteca adoptó la clasificación bipartita del Convenio de Paris y del Tratado de Berna, ya que la Propiedad Industrial está regulada en la Ley de Propiedad Industrial, Decreto 57-2000 del Congreso de la República de Guatemala y el Derecho de Autor y Derechos Conexos o Afines está regulado en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos y sus reformas en el Decreto 33-98 del Congreso de la República de Guatemala. De igual manera, existen otras legislaciones como la de España, por ejemplo, que utiliza la expresión de Propiedad Intelectual para referirse únicamente al Derecho de Autor y Derechos Conexos. En ese sentido, el profesor Antequera (2001) explica que:

[...] para algunas pocas leyes, esa denominación está referida exclusivamente al “derecho de autor” y a otros derechos “vecinos” (como equivalente a la de “propiedad literaria y artística”), dejando a la otra rama (que tiene por objeto, entre otros, a las invenciones industriales y a los signos distintivos), la de “propiedad industrial (pág., 3).

Partiendo de este concepto, es preciso conocer los diversos sistemas de Protección de Derecho de Autor y Derechos Conexos que han adoptado la mayoría de países, los cuales se explican seguidamente.

1.1 Sistemas de Protección de Derecho de Autor

1.1.1 El Derecho de Autor y Derechos Conexos

El Derecho de Autor es la rama de la propiedad intelectual que regula y protege la creación del autor como resultado de un proceso intelectual y creativo, en el cual dota de originalidad e individualidad a su obra. Por este motivo, se protege tanto la personalidad del autor a través del derecho moral que queda plasmado en su obra, así como la facultad que tiene este para explotar su obra a través del derecho patrimonial.



En relación con los sistemas de protección existentes, la profesora Lipszyc (2006) explica que:

En los países de tradición jurídica angloamericana (o de *common law*) el Derecho de Autor se denomina *copyright* (literalmente, derecho de copia) expresión que alude a la actividad de explotación de la obra por medio de su reproducción. En los países de tradición jurídica continental europea (o latina, o basada en el derecho romano o romano-germánica) en los que se tiene una concepción marcadamente personalista de la materia, se ha acuñado la expresión *droit d'auteur* (derecho de autor) que alude al sujeto del derecho, al creador, y, en su conjunto, a las facultades que se le reconocen. Estas facultades son por una parte de carácter personal y extra patrimonial y de duración, en principio, ilimitada (derecho moral) y, por la otra, de carácter extra patrimonial y de duración limitada (derecho patrimonial) (págs., 42,43).

De conformidad con Lipszyc, es posible establecer que la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala reconoce la protección de diverso tipo de obras, tales como obras literarias, obras de arquitectura y obras artísticas como la pintura, la escultura, los grabados, así como obras musicales, entre otras. Asimismo, esta ley reconoce la protección de los derechos de otros sujetos que, por virtud de la autorización del autor, han tenido participación en el proceso de creación, ejecución o transformación de la obra, y que realizan un aporte creativo personal a la misma, y son objeto de protección por esta ley por quienes se denominan titulares de derechos conexos o afines, es decir, los productores de fonogramas, los artistas, intérpretes y ejecutantes, entre otros.

1.1.2 Derecho de Copia (*Copyright*)

Países como el Reino Unido o Estados Unidos, que se rigen por la *Common Law*, protegen el derecho de copia o *copyright*. Este sistema, como se señaló anteriormente, es patrimonialista, ya que su objeto primordial es la protección de la obra y, a diferencia del Derecho de Autor y Derechos Conexos, no se reconoce una dualidad de derechos al autor. Consecuentemente, el titular del *copyright* goza de todas las facultades de



explotación y divulgación de la obra y el autor no podrá reivindicar o impedir que se efectúe dicha explotación.

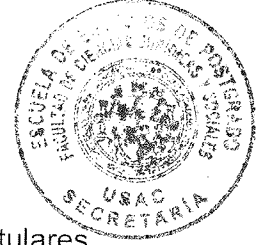
En ese sentido, el sistema *Common Law* tiene un enfoque patrimonial en relación con la protección de las obras, pues no se reconoce un derecho moral y derecho patrimonial al autor, sino se reconoce al titular del *copyright* el derecho de explotar, ceder, vender o transferir totalmente la obra a otro titular, mientras que en el sistema de Derecho de Autor, que es un sistema personalista, se protege al autor y se reconoce su derecho moral y el derecho patrimonial de explotar la obra. Sin embargo, el derecho moral es inalienable, inembargable e imprescriptible.

Conforme a las diferencias señaladas, en el Derecho de Autor y Derechos Conexos el autor y los titulares de derechos conexos gozan de la facultad de reivindicar la paternidad sobre su obra y también de que se haga mención de su nombre, así como de que se respete la integridad de las obras musicales. Por otra parte, tiene el derecho de explotar la obra musical, mientras que en el *copyright* no se reconocen facultades subjetivas al autor (derecho moral) y en consecuencia el titular del *copyright* goza de todas las facultades de disponer, transmitir, explotar la obra y el autor no puede impedir y controlar el uso posterior que se dé a su obra musical.

No obstante, en los últimos años en Estados Unidos se han legislado normas como el *Digital Millennium Copyright Act* por medio del cual se ha buscado el reconocimiento del derecho moral. En este aspecto, explica Gutiérrez (2017) que:

Posteriormente a la adopción del Convenio de Berna, Estados Unidos se unió a los conocidos como “tratados de Internet” de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en 1998, “Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor” (WCT) y “Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas” (WPPT), implementando las obligaciones reguladas en dichos tratados a través de la Digital Millennium Copyright Act de 1998 (párr., 4).

La adopción de dichos tratados conllevó la necesidad de que la legislación de los Estados Unidos fuera reconociendo progresivamente los derechos vecinos o *neighbour*



rights que son similares a los derechos conexos. Esto tuvo importancia para los titulares de *copyright* y para los artistas, intérpretes y ejecutantes de obras musicales, ya que se les reconoció por nombre y se permitió que se preservara la integridad de sus obras, evitando cualquier clase de modificación, distorsión o mutilación que no haya sido autorizada y que pueda causar daño patrimonial.

De conformidad con los distintos sistemas legales de protección, resulta importante conocer las teorías que explican la naturaleza jurídica de la Propiedad Intelectual.

1.2 Teorías que explican la naturaleza jurídica de la Propiedad Intelectual

1.2.1 Teoría pura del Derecho

La Teoría del pura del Derecho planteada por Kelsen (1982) no constituye una teoría específica que describa la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, es más bien una teoría del derecho positivo en general basada en que la validez de una norma se funda no en la costumbre, sino en una norma fundante básica. El autor argumenta que:

la función de esta norma fundante básica es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas implantadas mediante actos humanos de voluntad en un orden coactivo eficaz en términos generales; es decir, interpretar el sentido subjetivo de esos actos como su sentido objetivo (págs., 109-110).

Al ser una teoría general sobre el derecho positivo, no permite determinar por sí misma la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, pues atendiendo a los postulados del positivismo jurídico que establece que los actos solo tendrán validez cuando una norma positiva los reconozca, no podría reconocerse la propiedad de un derecho inmaterial del autor que surge por el mero acto de creación, puesto que conforme esta doctrina, solo sería posible reconocer la propiedad sobre el objeto material en el cual el autor fijó la obra. En consecuencia, no sería posible reconocer la protección al autor del



derecho moral y patrimonial sobre su obra. Consecuentemente, no se podría explicar la naturaleza jurídica del derecho de propiedad intelectual.

1.2.2 Teoría del Derecho de Propiedad

Otra teoría propuesta es la teoría patrimonial o del derecho de propiedad. Esta teoría reconoce que el autor ejerce su derecho de propiedad sobre el objeto material en el cual se fijó la obra, es decir, el derecho de dominio sobre la cosa material. En ese sentido y conforme a esta teoría, no se reconoce el derecho del autor por el mero acto de creación, sino solamente la propiedad sobre el objeto material en el cual se encuentra fijada la obra. Como se deduce, esta teoría trató de adaptar los postulados tradicionales del Derecho Civil sobre la propiedad de los bienes al ámbito del derecho de autor. Sin embargo, no logró mayor aceptación dadas sus limitaciones.

Los detractores de esta teoría expusieron que el derecho del autor se ubicaba dentro de la categoría de los derechos patrimoniales sobre bienes inmateriales, porque en el acto de creación por el cual el autor fija su obra en un determinado medio, goza de protección, pero a su vez tiene el derecho de explotar el bien material en el cual se fija la obra por cualquiera de las formas que tradicionalmente se adquiere la propiedad. De esto deriva la imposibilidad del autor de transmitir su derecho de paternidad sobre la obra, razón por la cual esta teoría no tuvo aceptación.

1.2.3 Teoría del Derecho sobre Bienes Inmateriales

La teoría del derecho sobre bienes inmateriales establece que el autor tiene dos tipos de derechos: un derecho individual sobre la obra que es propio de la personalidad del autor y que no es parte del contenido del derecho de autor y un derecho de carácter patrimonial por el cual el autor puede explotar su obra considerada como un bien de carácter inmaterial, por lo cual, no puede protegerse como una propiedad sobre un bien material, siguiendo la teoría clásica de la propiedad.



Uno de los principales exponentes de esta teoría fue el tratadista Josef Kohler, quien propuso la existencia de dos derechos diferentes, un *Doppelrecht*: un derecho de carácter patrimonial que tiene el autor para la explotación económica de un bien inmaterial (*Inmaterialgüterrecht*) –su obra– que se encuentra fuera del individuo, pero que no es corporal, tangible o asible. Junto al *Inmaterialgüterrecht* el autor tiene un *Individualrecht* que no forma parte del contenido del derecho de autor, sino que constituye una expresión concreta del derecho general de la personalidad (Lipszyc, 2006).

1.2.4 Teoría del Derecho de la Personalidad

Esta teoría que fuera formulada por el filósofo alemán Immanuel Kant y por el jurista Otto von Gierke, explica que el objeto del derecho de autor es la protección de la obra en la cual se encuentra plasmada la personalidad del autor, ya que con su actividad creadora la individualiza con su aporte personal. Los exponentes del Derecho de la Personalidad argumentan que “para los seguidores de esta teoría, el aspecto patrimonial o económico no explica la naturaleza de los derechos intelectuales, porque solo representa la recompensa que se le otorga al autor por su trabajo (Becerra, 2016, pág., 25).

Si bien esta teoría reconoce la protección de la obra como una extensión de la personalidad del autor por su nombre, su honor, su reputación, esta no reconoce en el autor otras facultades para explotar o disponer de su obra.

Esta teoría fue descalificada por diversos autores puesto que, aunque existe el derecho de personalidad del autor sobre su obra, también debe reconocerse el derecho patrimonial del autor explotar de su obra, para lo que existe una facultad patrimonial. Atendiendo a esto, se formuló otra teoría que considera al derecho de autor como ecléctico o *sui géneris*.



1.2.5 Teoría *sui generis* de la Propiedad Intelectual

Esta teoría ha sido denominada por otros autores como teoría del derecho personal-patrimonial, porque ambas facultades coexisten simultáneamente en el autor. Por lo tanto:

Es un derecho *sui generis*, de naturaleza mixta, que debe ser calificado como derecho personal-patrimonial, en el cual pueden distinguirse dos periodos: el comprendido entre la creación de la obra y su publicación, de naturaleza personal, y el que se extiende de la publicación de la obra en adelante, de naturaleza patrimonial (Becerra, 2016, pág., 23).

La teoría *sui generis* de la propiedad intelectual es la que mayor aceptación ha tenido y ha sido adoptada por diversas legislaciones en el mundo, entre ellas la República de Guatemala a través del Decreto 33-98, del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos y sus reformas, que en el artículo 18 establece que el derecho de autor comprende los derechos morales y patrimoniales del autor. En consecuencia, abarca en su contenido facultades de carácter personal y patrimonial.

El derecho moral del autor, según el artículo 19 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos abarca facultades que son irrenunciables, imprescriptibles, e inalienables, como son el derecho de paternidad, el de integridad de la obra y el de reserva o divulgación de la identidad del autor. Asimismo, el artículo 21 regula el derecho patrimonial del autor, comprende las facultades de arreglo, transformación, adaptación, explotación, comunicación y difusión pública entre otras, siendo pertinente establecer cuáles son cada una de las facultades que comprende el Derecho de Autor y Derechos Conexos.



1.3 Derecho Moral

La Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala, adoptó la teoría *sui generis* antes explicada, ya que el artículo 18 regula que el derecho de autor comprende el derecho moral y patrimonial.

El derecho moral emana de la personalidad del autor. Es por ello que se reconoce como un derecho humano, establecido en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en el artículo 6 del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas.

El derecho moral comprende la facultad del autor de velar por que se respete su nombre, su honor y la integridad de su obra, conforme lo estipulado en el artículo 6 del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, que fue transpuesto en diversas legislaciones como la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala.

En ese sentido, el artículo 19 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos enuncia algunas de estas características, normando que:

El derecho moral del autor es inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Comprende las facultades para: a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de la obra, en especial, exigir la mención de su nombre o seudónimo, como autor de la obra, en todas las reproducciones y utilizaciones de ella; b) Oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra, sin su previo y expreso consentimiento o a cualquier modificación o utilización de la obra que la desmerezca o cause perjuicio a su honor o reputación como autor; c) Conservar su obra inédita o anónima o, disponer por testamento que así se mantenga después de su fallecimiento. El aplazamiento para la divulgación de la obra sólo podrá hacerse hasta por setenta y cinco años después de su fallecimiento. d) Derogado; e) Derogado. (Ley 33, 1998).

Conforme lo expresado el párrafo anterior, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos reconoce al autor la facultad moral para que se reconozca la paternidad de su



obra, que se respete la integridad de la misma y de impedir que se realice cualquier transformación, mutilación o utilización total o parcial de la obra sin su consentimiento que pueda causar un daño esta, así como a su personalidad y prestigio. Es importante señalar que en este caso no es necesario que haya daño a la obra del autor, sino basta con que se presente como posible para que el autor ejerza todas las acciones necesarias a efecto de evitar un daño probable.

A su vez, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos reconoce la facultad del autor de exigir que, cuando se realice cualquier acto de explotación que conlleve el uso, reproducción, transformación o divulgación de la obra, se haga mención de su nombre o seudónimo, o bien que se preserve el carácter anónimo o inédito de la misma. Esto con el objeto de que se conozca su seudónimo o autoría y que se le reconozca por el prestigio o fama que pueda ganar la obra y por las utilidades que deriven de la explotación económica de esta.

Otra de las características del derecho moral es que es inembargable, dado que la obra se genera como resultado del ingenio y del esfuerzo creativo del autor; no pueden registrarse los frutos del ingenio. También es inalienable, pues solo el autor tiene el derecho de reivindicar la paternidad de la obra. Por último, es irrenunciable porque el autor no puede renunciar a su derecho de paternidad, aunque quiera que se mantenga inédita o utilizar un seudónimo para tal efecto.

Finalmente, el artículo 18 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos y el Convenio de Berna, reconocen la protección del Derecho Patrimonial del autor.

1.4 Derecho Patrimonial

El autor goza de la facultad para determinar qué uso dará a su obra, ya sea para conservarla inédita o bien para explotarla comercialmente a través de su reproducción, comunicación y cualquier otro acto de visibilización a cambio de una remuneración.



El derecho patrimonial faculta al autor y al titular de derechos conexos para autorizar y controlar la forma, modo y lugar en que la obra habrá de distribuirse, así como permite la toma de decisiones en cuanto a la disposición de la obra al público a cambio de una remuneración pactada por cada uno de los actos de comercialización. De igual manera, regula la posibilidad de prohibir la transformación, reproducción, comunicación pública o cualquier forma de explotación de la obra sin el consentimiento respectivo.

El derecho patrimonial está regulado en los artículos 21, 22 y 23 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Al respecto, en el artículo 21 se explica que:

El derecho pecuniario o patrimonial confiere al titular del derecho de autor, las facultades de usar directa y personalmente la obra, de ceder total o parcialmente sus derechos sobre la misma, y de autorizar o prohibir su utilización y explotación por terceros (Ley 33, 1998).

En apego a lo señalado en el artículo 21, el autor puede ceder, transferir o autorizar el uso total o parcial de su derecho patrimonial a un tercero, quien podrá realizar la explotación y uso de la obra, como sucede en los contratos de edición y publicación de obras literarias, fijación, venta y distribución de fonogramas, entre otros.

El artículo 21 enumera los actos posibles que los titulares pueden autorizar. Sin embargo, este listado es meramente enunciativo y no limitativo, puesto que el autor puede efectuar cualquier otra clase de actos de visibilización, aunque no se encuentren enunciados en el Decreto 33-98. Tal es el caso de los contratos de muestreo de obras musicales, como se explicará posteriormente.

1.4.1 Características del Derecho Patrimonial

El autor y titular de derechos conexos gozan de la facultad para comercializar las obras a través de diversos actos, algunos de los cuales son enunciados por la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala. Sin embargo, es importante indicar que para dotar de certeza y seguridad jurídica al autor y al titular de derechos



conexos, es necesario establecer cuáles son los actos de explotación que se autoriza realizar, en especial si se trata de obras musicales. Para profundizar en este tema, deben conocerse cuáles son las características del derecho patrimonial.

1.4.2 Los derechos patrimoniales son independientes entre sí

El artículo 22 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos establece que las diversas formas de utilización enunciadas en el artículo 21 son independientes entre sí. En consecuencia, la autorización que haga el autor para que su obra sea comercializada no implica que esa comercialización se realice de cualquier manera y en cualquier lugar, ya que deberán establecerse las diversas formas en que la obra podrá ser comercializada, así como el ámbito temporal por el cual la misma puede ser presentada y el ámbito territorial en el cual la misma podrá ser vendida, distribuida, comunicada, retransmitida, entre otras formas de visibilización.

En las obras musicales, el autor puede vender el soporte material que contiene la obra, o ceder u otorgar una licencia para que un editor, un productor o distribuidor de contenido musical edite, reproduzca, venda, alquile o comunique públicamente las reproducciones de la obra en distintos formatos y a través de diversos medios de comunicación. No obstante, es necesario que la sesión o licenciamiento de la obra se formalice por escrito y se estipulen expresamente cuáles son los formatos, medios de comunicación, período y territorios en los cuales se realizarán cualquiera de los actos de la proyección de la obra. Asimismo, el autor tiene la facultad de impedir que la obra musical sea transformada o que la transformación se realice de tal forma que conlleve una mutilación o un daño a su reputación como autor.



1.4.3 El embargo del producto de la explotación de la obra

El derecho moral del autor es inembargable, porque emana de la personalidad del autor por lo que se comprende la paternidad, el nombre, la honra y reputación del autor, así como la labor intelectual y creativa efectuada por este para dar vida a la obra. En consecuencia, no tiene un carácter patrimonial. Sin embargo, el producto que se obtiene de la explotación de la obra sí puede ser embargable, como lo establece el artículo 23 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, que dicta que “podrán embargarse los ejemplares o reproducciones de una obra publicada, así como el producto económico percibido por la explotación de los derechos patrimoniales y los créditos provenientes de esos derechos” (Ley 33, 1998).

El artículo 23 hacer referencia no solo al embargo del producto económico de explotación de la obra, sino también de los ejemplares o reproducciones, pues esta es reproducida por un medio físico como un lienzo o un libro. En el caso de una obra musical, puede ser fijada en diversos medios ya sea en un fonograma, un cedé, en el disco duro de un ordenador, etcétera, para ser reproducida, transmitida y comunicada públicamente. Por esta causa, al ser producto de la explotación, se puede efectuar un embargo de las copias o reproducciones de la obra. Sin embargo, dado el avance de la tecnología y las telecomunicaciones, desde hace varias décadas se han presentado dificultades para realizar el embargo de ejemplares o reproducciones de obras musicales que han sido puestas a disposición del público en línea o en el entorno digital, ya que usualmente este tipo de obras se almacena en la memoria temporal o el disco duro de un ordenador, en donde pueden alojarse parcial o totalmente y luego ser retransmitidas o reproducidas en un número ilimitado de copias de la obra. Siendo complejo, poder determinar el lugar donde se han realizado las copias o reproducciones, así como la cantidad de usuarios que han tenido acceso a las mismas y el resultado económico de esta explotación, lo cual puede constituir una labor sumamente compleja.



En relación con la comunicación y distribución de obras musicales en internet, desde hace varias décadas se han suscitado múltiples controversias y casos entablados contra plataformas o sistemas de distribución en línea que han transmitido, retransmitido, reproducido y comunicado públicamente diversas obras musicales, infringiendo el derecho de autor y derechos conexos. Esto hizo necesario que a nivel internacional se promovieran diversas leyes para regular el tráfico, distribución y acceso a contenido en línea, como es el caso de la *Digital Millenium Copyright Act* en Estados Unidos, una ley impulsada para regular y establecer normas para las compañías, buscadores, distribuidores de contenido y usuarios de internet, para regular las actividades en línea y así que puedan tener lugar desde algún punto de acceso o pasen a través de alguna parte del territorio de los Estados Unidos y que esto constituya o pueda constituir una violación del *copyright*.

La norma citada contempla un ámbito de aplicación territorial y efectos jurídicos de carácter particular, ya que según esta ley los sistemas de transmisión inalámbrica y satelital pasan en muchos casos a través de servidores y distribuidores situados en el territorio de estadounidense, esta ley podría tener un ámbito de aplicación extraterritorial, pues aunque la infracción se realice en territorio distinto, al tener acceso, distribución o transmisión por alguna parte del territorio de este país, podría ser sometido a conocimiento a la jurisdicción de las cortes de los Estados Unidos.

En este sentido, la República de Guatemala no cuenta con una norma con un ámbito de aplicación territorial tan amplio y detallado para regular los actos que se realicen en el entorno digital. Sin embargo, con base en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, el autor y titular de derechos conexos tienen la potestad de reivindicar la infracción a sus derechos en territorio nacional y en otros países.



1.4.4 Facultad de delimitar el ámbito espacial y temporal de validez

El autor tiene la facultad para delimitar el ámbito de validez espacial y temporal de autorización del uso de su obra. En consecuencia, puede establecer en qué región geográfica o países se efectuará la utilización, reproducción y comunicación pública de la obra y cuál será el período en el cual se podrá realizar la visibilización.

El autor y titular de derechos conexos pueden autorizar que la obra sea reproducida, transmitida y comunicada públicamente en todo el mundo o únicamente en determinadas regiones geográficas o países durante determinado período. Cabe señalar que muchas obras musicales son puestas a la venta, distribución y comunicación en determinadas regiones o países por un período determinado, según los acuerdos que hayan celebrado el autor y titular de derechos conexos con los distribuidores de contenido, como sucede en la actualidad, haciendo uso de medidas tecnológicas de protección, a través de diversos medios de venta, alquiler y distribución en línea.

1.4.5 El Derecho Patrimonial no es ilimitado

La facultad del autor de explotar su obra, se encuentra únicamente limitada por aquellas restricciones que impone la ley. Mientras la ley no establezca una limitación o excepción, el autor tiene el derecho de comercializar su obra en cualquier forma o medios existentes. Sin embargo, su derecho de oponerse a la utilización de la obra se ve limitado en aquellos casos contemplados en los artículos del 63 al 71 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

A su vez, cabe señalar que conforme lo regulado en el artículo 74 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, el autor solo podrá autorizar la utilización de su obra en aquellos medios existentes en el momento, por lo cual es nulo *ipso iure* o de pleno derecho cualquier disposición contractual en la cual el autor autorice que se realice la utilización de la obra en cualquier medio o forma que no exista al momento de



celebrarse el contrato, así como la transferencia de su derecho de distribución de todas las obras futuras y las disposiciones en las cuales se comprometa a no crear más obras en el futuro. En ese sentido, el artículo 74 tiene como objeto asegurar protección para el autor y garantizar la libertad creativa y de expresión que se traduce en la actividad creadora del mismo. Esto también tiene por objeto evitar la imposición de cláusulas abusivas en los contratos de transferencia de derecho patrimonial por parte del autor.

Como se explicará más adelante, estas limitaciones al derecho del autor y derechos conexos también son llamados «usos justos» en otras legislaciones –tal y como sucede en la legislación de Estados Unidos– y están sujetos a determinados parámetros desarrollados en la ley que permiten determinar si el uso de una obra se ha efectuado según los usos permitidos. Lo anterior ha conllevado múltiples y diversas interpretaciones en relación al muestreo de obras musicales por parte de los órganos jurisdiccionales competentes.

1.4.6 Los actos de explotación se presumen onerosos

Los actos de explotación de la obra del autor siempre, se presume, fueron realizados a título oneroso, a menos que el autor y el titular de derechos conexos hayan dado su consentimiento expreso para que esta sea a título gratuito. En consecuencia, quien obtiene la cesión de los derechos patrimoniales del autor y del titular de derechos conexos para la explotación de la obra está obligado a pagar una remuneración al titular por cada uno de los actos de mercantilización que se acuerde contractualmente.

En relación con la explotación de las obras musicales, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos contempla distintos tipos de contratos. Entre estos, el contrato de fijación de obra, regulado del artículo 101 al 103 de dicha ley. El contrato de fijación de obra es un contrato típico, en el cual el autor autoriza a un tercero para que su obra musical sea fijada en un soporte físico, como un fonograma, un cedé, o en el disco duro de un ordenador, y que sea reproducida en determinado número de reproducciones, las



cuales serán puestas a la venta, alquiler, transmisión, retransmisión y comunicación pública a cambio de una remuneración previamente pactada, por lo cual, como se indicó anteriormente, se presume la onerosidad de este contrato.

Conforme a esto, en toda utilización como la reproducción, grabación, venta, distribución total o parcial, de una obra musical, o en el caso del muestreo de obras musicales, el contrato es oneroso ya que el autor percibirá una remuneración por cada uno de los actos de mercantilización y contractualmente debe pactarse que el autor y el titular de derechos conexos tendrá una participación de un porcentaje de las regalías que se generen por la venta, alquiler y reproducción de la obra musical, así como también debe establecerse el período, forma y lugar en que se presentará el informe contable de las regalías generadas.

1.5 Los titulares de derechos conexos

A través de su creatividad y como una expresión de su personalidad, el autor crea una obra. Sin embargo, en este proceso creativo pueden tener participación otros sujetos que, sin tener la calidad de autores, dan su aporte personal o técnico a la obra musical ya sea como ejecutantes, compositores, arreglistas o como productores del fonograma donde se encontrará fijada la obra musical.

Los productores de fonogramas tienen un papel crucial en la forma que se fijará la obra musical, siendo esencial su labor para establecer la calidad, el formato y aspectos técnicos como las claves de la selección, secuencia, correlación e integración de las diversas obras musicales que serán incorporadas al fonograma, etcétera. Por esto, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos les reconoce una protección como titulares de un derecho conexo.



1.6 Los Productores de fonogramas

El artículo 3 de la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, define a los fonogramas como “toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos” (Convención de Roma, 1961). A su vez, define al productor de fonogramas como “la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos” (Convención de Roma, 1961).

En ese sentido, en el artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos también se define al fonograma como “toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sean en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual” (Ley 33, 1998). A su vez, establece el concepto del Productor de fonogramas como la “persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación, u otros sonidos o representaciones de sonidos” (Ley 33, 1998).

Conforme los conceptos antes explicados, puede decirse que los productores de fonogramas son las personas que gozan del derecho conexo como resultado de la autorización que el autor de la obra musical formalizó a través de un contrato de edición, contrato de fijación de obra o contrato con organismos de radiodifusión, para que estos lleven a cabo una labor técnica de auxiliar, determinando la calidad, formato, selección y edición de las obras musicales que serán fijadas. Estos beneficiarios fijan el audio de la obra musical al soporte material, ya sea en un fonograma, un cedé, un vinilo o formato digital, para efectuar copias y reproducciones posteriores de la obra musical, con el fin de materializar la reproducción, distribución, divulgación, publicación y comunicación pública.



En décadas pasadas, los productores de fonogramas realizaban la fijación de una obra musical mediante cargas eléctricas negativas de una grabación que contenía una o varias obras musicales, un disco maestro o cinta magnetofónica desde donde se reproducían miles de copias. Este era el proceso de fijación que se realizaba con los fonogramas de vinilo o de cinta de cuatro pistas o casetes. Con el avance de la tecnología, formatos como el casete y el vinilo quedaron en desuso y se dio paso a la tecnología en el formato digital o en cedé. En este nuevo proceso de fijación, la adhesión se realiza a través de dispositivos especializados con láser de códigos binarios que contienen una grabación de una o varias obras musicales, a partir de las cuales se reproducirán copias ilimitadas.

El avance de las telecomunicaciones ha permitido que el entorno digital sea el medio predominante en la actualidad donde se publican, divulgan y comunican las obras musicales, usando avanzados sistemas de bases de datos y librerías musicales a disposición de los usuarios, que se almacenan temporalmente en los ordenadores a través de un proceso de acopio temporal o *buffering*, donde se crea una copia temporal en la memoria del ordenador que luego se ejecuta y reproduce en el ordenador del usuario.

Actualmente, en el entorno digital las obras musicales son fijadas a través de códigos binarios que son almacenados y ejecutados por un ordenador que unifica dicha información y esto permite al consumidor reproducir la obra musical. A diferencia de los formatos analógicos de discos y cintas que se utilizaron en décadas anteriores, la labor de fijar es distinta en el formato digital, pues el consumidor no tiene una copia física de la obra musical a su disposición como sucedía en décadas anteriores, sino una copia inmaterial digital que se almacena temporalmente en su ordenador y que puede reproducir de forma indefinida.



1.6.1 El derecho moral de los productores de fonogramas

Como se indicó, los productores de fonogramas realizan una labor técnica auxiliar en la producción de una obra musical, ya que seleccionan, determinan la calidad, formato y edición de las obras musicales previo a su fijación. Asimismo, tienen bajo su responsabilidad la fijación de las obras musicales que se incorporan al fonograma o al soporte material seleccionado, y además efectúan la reproducción de la obra musical para su posterior distribución, venta, alquiler y comunicación pública. A su vez, participan en la administración de derechos frente a las Sociedades de Gestión Colectiva, conforme lo estipula el artículo 60 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos que dicta que “el productor o su representante recaudará la suma debida por los usuarios de ejecución pública de fonogramas y las repartirá con los artistas, en las proporciones contractualmente convenidas con ellos” (Ley 33, 1998). Es decir, el productor de fonogramas, además de una labor técnica y auxiliar de fijación, también participa de la administración de sus derechos frente a las Sociedades de Gestión Colectiva para recaudar las sumas por la ejecución y comunicación pública de los fonogramas. Aunque el productor efectúa un aporte personal en la selección, grabación, reproducción y fijación de las obras musicales, esto constituye una actividad técnica y económica distinta del derecho moral, producto de una creación propia del autor.

Las actividades económicas relacionadas con la comercialización y explotación de la obra musical y la administración de los derechos frente a las Sociedades de Gestión Colectiva, están comprendidas como actividades técnicas y económicas, que corresponden al derecho patrimonial del productor del fonograma.

1.6.2 El derecho patrimonial de los productores de fonogramas

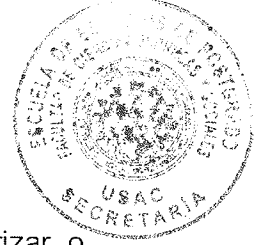
La producción de un fonograma es una labor técnica e intelectual necesaria para efectuar la grabación y fijación de las obras musicales. También es una actividad económica, ya que para realizar la selección y edición de las obras musicales, el productor debe celebrar



un Contrato de Edición con cada uno de los titulares del derecho de autor que incluirá el fonograma, lo cual le permitirá efectuar los ajustes y adecuaciones que necesarias para la obra previo a su fijación, siendo necesario que en el Contrato de Edición se estipulen, entre otros aspectos, la forma y pago de la remuneración al autor y titulares de derechos conexos, el número de ejemplares de la obra que podrán reproducirse y venderse, la fecha y regiones de distribución, los ejemplares de la obra, así como el plazo durante el cual podrán venderse las reproducciones, los medios o canales de venta donde estarán disponibles las reproducciones de la obra, atendiendo a lo preceptuado por los artículos del 84 al 92 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Al mismo tiempo, el productor también deberá celebrar un Contrato de Fijación de Obra Musical con el autor y los titulares de derechos conexos, para poder grabar e incluir las obras musicales en el fonograma o en el soporte material para su reproducción, distribución y comunicación pública, atendiendo a lo establecido en los artículos del 101 al 103, de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, siendo necesario que en el Contrato de Fijación de Obra se establezcan aspectos tales como la fecha y región geográfica o país en que se realizará la primera publicación, la forma y modo de pago de las regalías que se pagarán al autor y titulares de derechos conexos, así como los medios y canales de distribución por los cuales se realizará la comunicación pública, venta y puesta a disposición de los ejemplares de la obra musical y establecer que el autor o sus representantes, así como el productor del fonograma, podrán iniciar de forma conjunta o separadamente las acciones legales por la utilización ilícita o sin consentimiento de la obra musical fijada.

En este sentido, el productor de fonogramas goza de la protección del derecho reconocido por la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala, que en el Capítulo III regula lo relativo a los productores de fonogramas y establece las facultades de tipo patrimonial que estos tendrán. El artículo 58 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos se enuncia algunas de las facultades de tipo patrimonial de los productores de fonogramas:

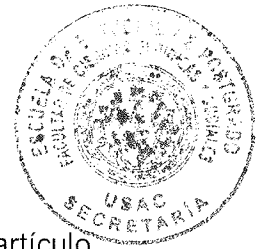


Los productores de fonogramas tendrán el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción, difusión, distribución y comunicación directa o indirecta al público o cualquier otra manera o medio de uso de sus fonogramas o reproducciones y la puesta a disposición del público de los fonogramas, por cualquier medio, de forma que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento en que lo elijan (Ley 33, 1998).

El derecho patrimonial conlleva la potestad del productor del fonograma de controlar y determinar de qué forma se van a reproducir, difundir y comunicar sus fonogramas. También podrá autorizar cada una de las diversas formas de explotación que se realicen del fonograma donde se encuentra fijada la obra, ya sea a través de la venta, alquiler, transmisión, comunicación pública, entre otras, lo cual, como se describirá más adelante, conlleva importantes implicaciones de carácter jurídico en relación con el muestreo de obras musicales.

1.7 Intérpretes o ejecutantes

El Derecho Conexa de los intérpretes o ejecutantes nace como resultado de la autorización que el autor de una obra musical otorgó expresamente en forma escrita para que su obra sea ejecutada o interpretada de cierta forma, y su actividad material se realiza dando aporte personal y creativo a través de la interpretación o ejecución a la obra musical creada, ya sea a través de un matiz especial de la voz de un intérprete o de una forma particular de ejecutar una obra musical, sin lo cual la misma no estará dotada de las mismas características y elementos particulares. Derivado de esto, se vislumbró la necesidad de proteger el derecho conexa de los intérpretes o ejecutantes que quedó regulado en el artículo 3 de la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, que fue ampliado por el artículo 2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) para la Interpretación y Ejecución de Fonogramas (TOIEF) que incluyó a las expresiones de folclor.



En ese contexto, los artistas, intérpretes o ejecutantes son definidos por el artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos como “todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones de folclore” (Ley 33, 1998).

Como se indicó, dado el aporte especial que realiza un intérprete o ejecutante de una obra musical, en diversos países se han suscitado casos por la infracción del derecho conexo de los artistas, intérpretes o ejecutantes, porque se ha aludido a la obra musical que contiene su interpretación o ejecución, o porque se hace una sátira fuera de los usos justos permitidos por la legislación. En algunos casos, como se examinará más adelante, se ha denunciado la infracción al derecho de autor y derechos conexos, porque se ha efectuado el muestreo de una obra musical para realizar una parodia fuera de los usos justos.

Atendiendo a lo anterior, cabe señalar que los artistas, intérpretes y ejecutantes, al igual que el autor de una obra musical, gozan de facultades de carácter personal y patrimonial sobre la obra, conforme a la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

1.7.1 Derecho moral de los intérpretes o ejecutantes

Algunos artistas, intérpretes o ejecutantes, por las características particulares en su forma de interpretar o ejecutar una obra, han llegado a adquirir fama y gozar del reconocimiento por parte del público, siendo en algunas ocasiones más reconocidos que los propios autores y compositores de la obra musical. Puede citarse el caso del cantante Frank Sinatra reconocido por interpretar la canción *New York, New York* compuesta por John Kander con la letra de Fred Ebb.

Los artistas, intérpretes o ejecutantes gozan por su participación en la interpretación o ejecución de una obra musical, de la protección del derecho moral que



establecen los artículos del 53 al 57 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, así como La Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, y otros tratados firmados y ratificados por la República de Guatemala.

En ese sentido, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos reconoce la protección del derecho moral de los artistas, intérpretes y ejecutantes. En el artículo 57 dice:

Los artistas intérpretes tienen además el derecho personal, irrenunciable, inalienable y perpetuo de vincular su nombre o seudónimo artístico a su interpretación y de oponerse a la deformación o mutilación de la misma. Al fallecimiento del artista se aplicará, en lo que corresponda, lo que dispone el artículo 20 de esta ley (Ley 33, 1998).

De la lectura del artículo 57 se deduce que a los artistas, intérpretes y ejecutantes se les reconoce el derecho de reivindicar su participación en la obra musical, así como que se incluya su nombre o seudónimo en cualquier interpretación, además de que se respete la integridad de la obra musical que contiene su interpretación o ejecución.

1.7.2 Derecho de los intérpretes y ejecutantes de reivindicar su nombre

Los artistas, intérpretes o ejecutantes gozan del derecho de que se reconozca su nombre o seudónimo artístico en la interpretación en la que hayan participado. Así se establece el artículo 57 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala y sus reformas. Este derecho es irrenunciable, es decir, que los artistas, intérpretes o ejecutantes no pueden rehusarse al ejercicio de este derecho, o transferirlo a terceros. Es inalienable porque la facultad personal del intérprete o ejecutante permanece aún y cuando haya cedido total o parcialmente su derecho patrimonial. Asimismo, es perpetuo puesto que no se pierde a causa del transcurso del tiempo y dado el grado de reconocimiento que muchos artistas, intérpretes o ejecutantes gozan por parte del público, siempre se ven vinculados a la ejecución o interpretación de determinada obra musical.



1.7.3 Derecho a la integridad de la interpretación o ejecución

Los artistas, intérpretes y ejecutantes, al igual que los autores, tienen el derecho de oponerse a cualquier deformación o mutilación de la obra donde que contenga su interpretación o ejecución, tal y como se regula en el artículo 57 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Por esto, toda modificación o transformación de una obra musical requiere del consentimiento previo de los intérpretes o ejecutantes, o sus herederos, aun cuando se haya vencido el plazo de protección que establece la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, y estos puedan impedir que se efectúe cualquier transformación de la obra musical que implique una mutilación de la misma.

En consecuencia, tanto los artistas, intérpretes y ejecutantes, como sus herederos pueden autorizar u oponerse al uso parcial o total de muestras de sonidos de la obra musical donde se encuentren incorporadas las interpretaciones o ejecuciones. También es necesario contar con la autorización expresa por escrito para efectuar cualquier transformación.

1.7.4 Derecho patrimonial de los intérpretes o ejecutantes

Los artistas, intérpretes y ejecutantes, al igual que los autores y productores de fonogramas, gozan del derecho de obtener una remuneración como producto de la labor técnica y artística que realizan al interpretar o ejecutar una obra musical, sea que esta se fije o no en un fonograma.

El derecho patrimonial de los artistas, intérpretes y ejecutantes está establecido en los artículos del 7 al 9 de la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, que ordena que los intérpretes y ejecutantes gocen del derecho de impedir la radiodifusión o comunicación al público de sus ejecuciones, cuando estos no hubieren



dado su consentimiento para la fijación de una ejecución no fijada, la reproducción, la reproducción para fines distintos a los autorizados.

En forma sistemática, el Tratado de la OMPI para la Interpretación y Ejecución de Fonogramas (TOIEF) reafirma lo dispuesto en la Convención de Roma y atendiendo a la importancia de las nuevas tecnologías, en los artículos 8, 9 y 10 ordena que los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen el derecho patrimonial de autorizar o prohibir la distribución de los ejemplares de sus interpretaciones fijadas en fonogramas, de autorizar el alquiler del original o ejemplares de su interpretación o ejecución, y especialmente autorizar su puesta a disposición del público de sus interpretaciones y ejecuciones, en el modo, forma y lugar que este elija. En consecuencia, conforme las normas citadas, tanto el autor como los intérpretes o ejecutantes gozan del derecho de autorizar o prohibir que determinada obra se transforme, venda, arriende, reproduzca, distribuya, o comunique sin su consentimiento.

A todo esto, vale la pena mencionar que es necesario obtener la autorización de los intérpretes y ejecutantes para realizar la grabación, muestreo, reproducción de sonidos fijados en un fonograma donde se encuentre su interpretación o ejecución.

1.8 Facultad patrimonial del autor y titulares de derechos conexos

1.8.1 El derecho de reproducción

El derecho de reproducción es la facultad patrimonial que gozan el autor, el productor del fonograma, los músicos, intérpretes y ejecutantes de autorizar por escrito que, a través de un procedimiento mecánico o digital, se realice determinada cantidad de copias del fonograma donde se encuentra fijada la obra musical, a cambio de una remuneración previamente pactada.



Tanto el autor como el productor de fonograma gozan de la facultad de autorizar o impedir cualquier reproducción no autorizada. Para tal efecto, podrán solicitar a un juez competente que dicte las providencias precautorias para evitar que se realice o continúe efectuando una reproducción parcial o total del fonograma.

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 10 de la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión que estipula que “los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas” (Convención de Roma, 1961). La República de Guatemala transpuso esta norma al artículo 58 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos y sus modificaciones. A su vez, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución de Fonogramas (TOIEF).

Al efectuarse la grabación total o parcial de una obra musical para obtener una muestra de sonido, se efectúa una reproducción del fonograma que contiene la obra musical, por lo cual, para poder obtener una muestra de la misma, es necesario contar con la autorización del autor, del productor y del titular de derechos conexos conforme lo expresado anteriormente.

1.8.2 El derecho de difusión y comunicación pública

La difusión de un fonograma representa la propagación y divulgación de una obra musical en determinado entorno de personas que puede ser de carácter privado. Sin embargo, la comunicación pública de una obra se realiza cuando la totalidad o parte de un fonograma es accesible a terceros en determinada región geográfica y a partir de una fecha específica, fuera del ámbito privado del autor y del productor de fonogramas, en cualquier forma y medio disponible.



En ese sentido, en cuanto a la comunicación pública de un fonograma, el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas, en la parte conducente, define la comunicación al público de una interpretación o ejecución de un fonograma como “la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma” (Tratado de la OMPI, 1996). A los fines del artículo 15, se entenderá que «comunicación al público» incluye también hacer que los sonidos o las representaciones de sonidos fijados en un fonograma resulten audibles al público (Tratado de la OMPI, 1996).

Tanto el autor como el productor de fonogramas tienen el derecho de autorizar o prohibir que cualquier tercero no autorizado realice la difusión o comunicación pública de la obra musical fijada en un fonograma. También gozan de la facultad de prohibir la difusión y comunicación pública de cualquier obra que implique una transformación o mutilación de la obra originaria, sin contar con la autorización del autor o del productor del fonograma, lo cual conlleva importantes implicaciones en relación con el muestreo de obras musicales.

1.8.3 El derecho de distribución e importación

Como es usual, el autor y productor del fonograma celebran un contrato con un tercero para que este efectúe la distribución e importación de las reproducciones de la obra musical durante un tiempo pactado en determinado país o región geográfica, y para que, derivado de la venta, alquiler y puesta a disposición al público de la obra original y sus reproducciones, se obtenga una ganancia económica derivada de la comercialización.

La labor de distribución e importación de fonogramas, sea en forma física o digital, es realizada comúnmente por compañías especializadas que se dedican a la distribución, venta y alquiler de contenidos. En tal sentido, el productor de un fonograma celebra un contrato de distribución con una persona individual o jurídica donde, por escrito, cede



total o parcialmente su derecho patrimonial de distribución, comunicación pública, transmisión, retransmisión por medios y canales acordados, durante un período determinado, para uno o varios países o regiones geográficas determinadas, a cambio de una remuneración pactada.

En relación con este derecho, el artículo 58 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos y sus modificaciones estipula que:

El derecho de distribución comprende la facultad de autorizar la distribución de los fonogramas, ya sea por medio de la venta, el arrendamiento o cualquier otra forma. Cuando la distribución se efectúe mediante la venta, este derecho se extingue a partir de la primera venta realizada, salvo las excepciones legales. Cuando la distribución se efectúe mediante el arrendamiento, la colocación en el mercado del original o copias autorizadas del fonograma no extingue el mismo (Ley 33, 1998).

En ese sentido, la ley establece una limitación al derecho del productor, pues este no podrá impedir las ventas posteriores a la primera venta. No obstante, en el caso del arrendamiento de las copias de la obra, no se realiza una transferencia del dominio de la obra musical, la cual únicamente permanece a disposición del usuario durante un tiempo determinado y luego regresa al dominio del distribuidor o del productor del fonograma.

En cuanto al derecho de importación, el tercer párrafo del artículo 58 dice que “el derecho de importación comprende la facultad de autorizar o prohibir la importación de copias de fonogramas legalmente fabricados y la de impedir la importación de copias fabricadas sin la autorización del titular del derecho” (Ley 33, 1998). Con respecto al apartado de este artículo, es posible establecer que la ley contempla esta prohibición, pues el autor o el titular de derechos conexos pudieron autorizar al distribuidor para que la distribución de los ejemplares de la obra fuera realizada para un determinado territorio o a través de determinados canales, a partir de cierta fecha.



1.8.4 El derecho de puesta a disposición

Este derecho conlleva la facultad del autor y del productor del fonograma de autorizar a un tercero –que usualmente es el distribuidor– para que pueda poner a disposición del público un número determinado de reproducciones de la obra a través de cualquier método o sistema de comunicación existente, para que el público pueda acceder desde un determinado lugar a dichas reproducciones, ya sea a través de la venta o el alquiler.

En el artículo 58 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos se establece que los productores de fonogramas gozan del derecho de autorizar o prohibir la puesta a disposición del público de sus fonogramas, por cualquier medio, de tal forma que el público pueda tener acceso a ellos desde cualquier lugar, dispositivo y momento que elija.

Es importante hacer notar que este derecho conlleva un importante desafío para la interpretación y aplicación de las normas y del Convenio de Roma, ya que debido a la diversidad de programas de ordenador, aplicaciones y sitios de internet que ponen a disposición de los consumidores millones de obras y contenidos en cualquier momento y lugar, se ha hecho necesario reforzar el ámbito de protección de los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas. Por ello, el Tratado de la OMPI Sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) contiene una serie de disposiciones en relación con el derecho de puesta a disposición, que refuerza y armoniza lo establecido en el Convenio de Roma.

En ese sentido, el artículo 14 del TOIEF dice que:

Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (TOIEF, 1996).



Conforme esto, los autores y productores de fonogramas establecen por escrito que las compañías distribuidoras solo puedan reproducir, comunicar públicamente y poner la obra musical a disposición del público en el entorno digital, durante un período y en determinada región geográfica, para lo cual se han implementado diversas medidas tecnológicas de protección.

En el caso del muestreo de obras musicales, el autor y el productor de la obra musical pueden pactar que las muestras de la misma sean accesibles solo para el público de ciertos territorios y que la obra derivada solo sea puesta a disposición por un período para uno o varios territorios.

1.8.5 El derecho de remuneración

Todo acto de explotación de la obra es oneroso. Por ello, el autor tiene derecho a una remuneración por cualquiera de los actos que se realicen de las reproducciones de su obra.

El derecho de remuneración es esencial para el autor, así como para los titulares de derechos conexos. En ese sentido, es importante reiterar que, a diferencia del derecho de autor que se protege desde el mero acto de creación, el derecho conexo de los artistas, intérpretes y ejecutantes surge como resultado de la autorización que el autor otorga por escrito y de manera expresa, para que estos tengan acceso a la obra, y realicen su actividad material a través de la interpretación y ejecución de la obra musical, durante determinado tiempo y en ciertos territorios, a cambio de una remuneración a favor del autor.

En el caso del productor del fonograma, este derecho conexo surge como resultado de la autorización del autor, formalizándose por medio de un contrato de fijación o un contrato de edición celebrado con el productor del fonograma para conceder el acceso a la obra musical, realizar la grabación, edición y fijación de la misma en un

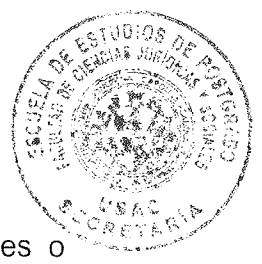


soporte material y puedan realizarse reproducciones de la obra con el objetivo de efectuar la venta, alquiler, distribución y comunicación pública durante determinado plazo y para cierto territorio. Por cada uno de los actos de explotación, se pacta una remuneración a favor del autor.

De la misma manera ocurre con los Organismos de Radiodifusión, cuyo derecho conexo surge como resultado de la autorización dada por el autor para que estos realicen la actividad material a través de la transmisión, retransmisión y comunicación pública de la obra musical, así como la fijación de las emisiones o transmisiones en un soporte material; derivado de la explotación de los ejemplares, se fija una remuneración a favor del autor.

En lo relativo al derecho conexo del productor del fonograma, en el artículo 60 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos establece que: “el productor o su representante recaudará la suma debida por los usuarios de ejecución pública de fonogramas y las repartirá con los artistas, en las proporciones contractualmente convenidas con ellos” (Ley 33, 1998).

Conforme este artículo, el productor del fonograma recaudará las sumas que se obtenga y debe pagar al autor las sumas que periódicamente se obtengan por la ejecución pública del fonograma. En la práctica, el autor celebra un contrato de fijación de obra, en el cual autoriza y faculta al productor del fonograma para acceder a la obra musical y que este pueda realizar la grabación, edición y fijación de la obra en un soporte material, por un determinado tiempo y cuyas copias podrán ser reproducidas a nivel mundial o para determinados territorios, a cambio de una remuneración a favor del autor. Asimismo, se establece el pago de un porcentaje de las regalías que se generen por la venta, alquiler, transmisión, retransmisión y comunicación pública de las reproducciones de la obra, previa deducción que efectúa el productor y la distribuidora de contenido de los costos de la publicidad, distribución, venta y comercialización de los ejemplares de la



obra. Las regalías deben pagarse tanto al autor como a los artistas, intérpretes o ejecutantes que hayan participado en la obra musical.

El pago de las regalías se realiza de forma periódica y tanto el autor como los artistas, intérpretes y ejecutantes de la obra musical fijada en el fonograma tienen el derecho de solicitar al productor la contabilidad donde se encuentren detalladas las regalías obtenidas conforme lo preceptuado por el artículo 102 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

En caso de que no se haya pactado el porcentaje de las regalías que deben pagarse al autor, el segundo párrafo del artículo 60 fija una fórmula de cálculo proporcional de distribución de las regalías generadas que dice

En defecto del contrato, la mitad de la suma recibida por el productor, deducidos los gastos de recaudación y administración, será pagada por éste a los artistas intérpretes o ejecutantes, quienes de no haber celebrado convenio especial, la dividirán entre ellos, de la siguiente forma: a) El cincuenta por ciento se abonará al intérprete, entendiéndose por tal el cantante o conjunto vocal u otro artista que figure en primer plano de la etiqueta del fonograma; b) El cincuenta por ciento será abonado a los músicos acompañantes y miembros del coro, que participaron en la fijación, dividido en partes iguales entre todos ellos. Si estos no se presentaren a reclamar esas sumas, en un plazo de doce meses, el productor deberá entregarlas a la asociación de la categoría profesional correspondiente, quienes las deberán destinar exclusivamente para fines asistenciales de sus miembros (Ley 33, 1998).

En ese sentido, el artículo 15 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT) establece el derecho a remuneración por radiodifusión y comunicación al público y dice: "1) Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales" (TOIEF, 1996).



Conforme lo señalado, es posible determinar que todo acto de explotación se presume oneroso. No obstante, el autor y titulares de derechos conexos pueden autorizar que, para efectos promocionales, colaborativos o de cualquier otra clase, se realice la reproducción, distribución y comunicación pública de su obra musical sin fin de lucro y sin percibir una remuneración. Pese a ello, el numeral 4 establece que se presume que fueron publicados con fines comerciales o para obtener un producto económico derivado de su explotación (TOIEF, 1996).

1.8.6 El derecho de ejercitar las acciones contra infracción de sus derechos

El autor, el ejecutante y el productor del fonograma gozan del derecho de ejercitar acciones contra aquellos que sin su consentimiento utilicen total o parcialmente sus obras. Para ello, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en el artículo 61 establece que “en los casos de infracción a los derechos reconocidos en este capítulo, corresponde el ejercicio de las acciones procedentes tanto al productor fonográfico como al cesionario de los mismos” (Ley 33, 1998). Es importante señalar que el productor de fonogramas puede, sin necesidad de autorización previa del autor, de los artistas, intérpretes o ejecutantes, reclamar o evitar que se infrinjan sus derechos o los del cesionario ante los órganos jurisdiccionales competentes, con el objetivo de prevenir que se concrete la violación o que se continúen ejecutando; esto independientemente de que el autor, los artistas intérpretes o ejecutantes, también puedan ejercitar tales acciones.

El autor o el productor del fonograma podrían oponerse a cualquier reproducción, uso o transformación, como en el caso del muestreo de una obra musical fijada que se realice sin su autorización, pudiendo plantear las acciones pertinentes ante los órganos jurisdiccionales competentes por infracción a su derecho.

Atendiendo que la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos reconoce el derecho moral y patrimonial del autor con respecto de cualquier tipo de obra, conforme



lo regulado en el artículo 4, es preciso conocer cada una de las clases de obras que existen, especialmente las obras musicales.

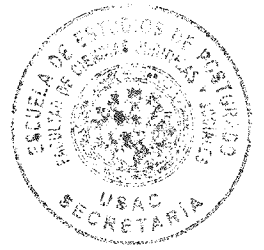
1.9 Tipos de obras musicales

1.9.1 Obras originarias

Una obra es una creación única y original que deviene de la labor intelectual, de la experiencia y de la perspectiva estética del artista, autor, intérprete o ejecutante. En consecuencia, para que una obra sea protegible, no necesariamente debe ser novedosa, es decir, que no exista nada similar o relativo en el dominio público; basta con que sea original. Los autores realizan sus obras influenciados por otros artistas, músicos, intérpretes o ejecutantes que les han precedido y en muchos casos siguiendo los postulados teóricos de determinadas escuelas de arte y o tendencias musicales, para formar parte de una misma escuela o fundar las bases de una propia como ha sucedido a lo largo de la historia con diversos grupos de autores en distintas épocas.

Al respecto, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala, en el artículo 4, define la obra originaria como “la creación primigenia” (Ley 33, 1998). Asimismo, el artículo 15 indica que se consideran obras todas las creaciones en el campo literario, científico y artístico, en cualquier modo o forma que se exprese, siempre que sea una creación intelectual original. Como se indicó antes, el requisito esencial para la protección es la originalidad y no la novedad.

La obra originaria puede definirse como una creación que es resultado de la labor creativa, experiencia y de la perspectiva estética del artista, autor, intérprete o ejecutante, en la cual expresa su visión, la cual fija en un determinado soporte físico. Se caracteriza por ser original, auténtica en los elementos que la conforman y como tal, no existe previamente en el dominio público, ni tienen una relación de dependencia con otra obra preexistente.



En el caso de las obras musicales, es originaria, aquella creación musical producto de la creatividad, ingenio y talento del autor, que refleje expresión personal y que se proteja desde su creación, la cual posee originalidad, autenticidad de los elementos sonoros que la conforman y no se encuentre previamente disponible en el dominio público.

En ese sentido, tanto las obras musicales originarias como las obras derivadas se encuentran protegidas en la República de Guatemala por la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, así como por los convenios y tratados ratificados por la República de Guatemala.

1.9.2 Obras derivadas

Las obras derivadas son definidas en el artículo 4 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, como “la creación que resulta de la adaptación, traducción, arreglo u otra transformación de una obra originaria, siempre que sea una creación distinta con carácter de originalidad” (Ley 33, 1998). No es necesario que la obra sea novedosa, pero sí que posea originalidad en cuanto a la forma y modo en que el autor expresó, interpretó y transformó los elementos que integraban la obra originaria, la cual no se encuentra disponible en el dominio público.

La obra derivada puede definirse como aquella creación producto de la creatividad y experiencia del autor para transformar, arreglar o adaptar los elementos que integran de una obra originaria, previa autorización del autor y titulares de derechos conexos para integrarlos de una forma original y particular en una nueva, distinta de la obra originaria.

En relación con las obras musicales, dependerá si estas se encuentran en el dominio público y privado. Sobre esta clasificación, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos indica que están en el dominio público aquellas obras en las cuales el plazo de protección del derecho patrimonial del autor ya ha transcurrido. En tal caso,



cualquier persona puede hacer libre uso de la misma, sin requerir licencia previa del autor, conforme lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 12 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, que establece que:

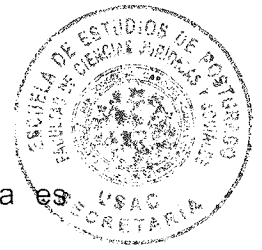
“cuando la obra originaria sea del dominio público, el titular de la obra derivada goza de todos los derechos que esta ley otorga sobre su versión, pero no puede oponerse a que otros utilicen la misma obra originaria para producir versiones diferentes” (Ley 33, 1998).

No obstante, el autor o sus herederos pueden oponerse a cualquier uso o transformación que desvirtúe o vaya en perjuicio de la integridad de la obra, del prestigio y honor, pero fuera de estas limitaciones, no podrán impedir que otros músicos y autores hagan uso de la misma. En ese sentido, el derecho de transformación está muy próximo al derecho moral y aunque son distintos. Al transformar una obra musical, se podría afectar la integridad de la obra o afectar la reputación del autor, por lo cual se requiere la autorización del autor, del productor del fonograma de los intérpretes o ejecutantes. Mayor complejidad representa desde la perspectiva jurídica, obtener la autorización de obras musicales del folclor sobre las cuales es complejo determinar la titularidad de la misma.

La obra musical derivada será protegida siempre que tenga originalidad en cuanto a la forma en que han sido transformados sus elementos sonoros para crear una nueva obra, para lo cual, es necesario que se cuente con la autorización del autor y del productor del fonograma. Asimismo, deberá figurar su nombre o seudónimo, atendiendo a lo preceptuado por el artículo 12 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala.

1.9.3 Obras de folclore nacional

Esta es una de las categorías más complejas que se ha tratado de integrar al derecho de autor, sin embargo, dado que las propias expresiones y tradiciones culturales de cada pueblo en muchos casos son más antiguas que la existencia del derecho de autor, querer



encuadrar o encasillar estas expresiones que son patrimonio de cada cultura es sumamente complejo desde la perspectiva jurídica.

El primer punto de este tipo de obras radica en su forma de creación, ya que usualmente este tipo de tradiciones o expresiones culturales devienen de un saber colectivo, de la vivencia de un grupo de individuos en un entorno, de determinada serie de eventos o circunstancias que se va trasladando por tradición oral o escrita a través de diversas generaciones y que en raras ocasiones pertenecen a un solo autor, siendo estas expresiones de folclor creadas por una colectividad.

Como lo menciona Self (2002):

La música tradicional se origina en culturas orales, por ejemplo, sociedades en las cuales estructura, fórmula, y repetición son usadas para permitir la transmisión de mensajes en historias, poemas y canciones de generación en generación. Como hemos visto, el apelativo de muestreo de obras musicales, “está profundamente arraigado en la cultura Angloamericana y Afro caribeña” la cual descende de la tradicionalidad oral de sociedades de África (pág., 354).

El segundo aspecto a tomar en consideración es determinar la autoría de la obra, ya que usualmente este tipo de obras son creadas por uno o varios autores en colaboración, y cuyas identidades son desconocidas o han quedado en el olvido como resultado del transcurso del tiempo, en cuyo caso es imposible determinar quiénes son los autores.

Determinar la autoría de una expresión de folclor resulta complejo ya que una obra musical folclórica pudo haber sido creada por uno o varios autores en colaboración, coautoría o inclusive por encargo. En muchos casos, se hace casi imposible establecer la identidad del autor, ya que por los propios usos y tradiciones, no se atribuyen la titularidad de dichas obras, como sucede bajo la percepción occidental del derecho de autor, donde se atribuye la autoría a uno o varios sujetos individuales.



La titularidad de los derechos de las expresiones de folclor es uno de los puntos donde existe mayor divergencia, entre la perspectiva individualista del derecho de autor y la perspectiva de aquellas culturas cuyo conocimiento tradicional valora lo colectivo sobre lo individual. En ese sentido Self (2002) compara el sistema de *copyright* que dio origen al derecho de autor, con otros sistemas y dice:

La perspectiva convencional ve las palabras de las personas y sus ideas como propiedad privada o como activos que pueden ser apropiados y vendidos. Este paradigma se sostiene en brusco contraste con el ambiente cultural de sociedades no occidentales, las cuales han tendido a valorar la voz colectiva del grupo sobre la autonomía de lo individual (págs., 356-357).

El tercer aspecto a tomar en cuenta es la integridad de la obra y el respeto a la personalidad de los autores, ya que al ser muchas de estas expresiones culturales transmitidas en forma oral o a través de la tradición, no existe un registro detallado de los elementos, forma y modo de ejecución de dichas obras, pudiendo variar con el tiempo. Asimismo, al no poderse conocer con certeza quiénes son los autores de las obras musicales, difícilmente podría establecerse que al existir una transformación, deformación o mutilación de la obra, se vulnera la personalidad de sus autores. Sería más factible señalar que se ha irrespetado o vulnerado el patrimonio cultural de una comunidad o de un pueblo, atribuyéndole la titularidad a una colectividad.

El cuarto aspecto es determinar a quién efectuar la retribución por el uso de las obras, puesto que, al tratarse de un patrimonio de toda una comunidad, debe establecerse quién ejerce la representación y si esta es suficiente para autorizar y retribuir en forma equitativa por el uso de sus obras.

Por todos los aspectos mencionados, la protección del folclor ha sido sometida al análisis de diversos comités de expertos en los cuales se han tratado de establecer ciertos lineamientos para la protección de estas expresiones culturales. Es así que la Conferencia General de la UNESCO en su 25 reunión celebrada en París, el 15 de noviembre de 1989, efectuó la recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular y define a la cultura tradicional, como:



el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres la artesanía, la arquitectura y otras artes (Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular: UNESCO, 1989).

Es por ello que se comprende la dificultad desde la perspectiva jurídica de proteger adecuadamente las expresiones de folclor, más aún cuando se encuentran integradas de forma parcial o total en otras obras musicales, como ha sucedido en Guatemala.

El uso de expresiones folclóricas o culturales propias de diversos grupos étnicos para crear nuevas obras ha sido reiterado, siendo complejo establecer con certeza a quién corresponde la autoría y representación de estas expresiones culturales, así como a quién corresponde la remuneración por el uso de las mismas. Aunado a ello, muchas expresiones culturales en Guatemala se han transmitido y preservado oralmente, por lo cual, no existe forma de determinar la antigüedad, exactitud y autenticidad de las mismas, puesto que no hay un medio de comparación con respecto a la creación original. En consecuencia, también es complejo determinar cuándo se produce una transformación, mutilación o deformación de dichas expresiones culturales, especialmente cuando se seleccionan, manipulan, transforman y utilizan para crear otras obras derivadas.



CAPITULO II

El Muestreo de Obras Musicales con sus respectivos temas y subtemas, incluyendo posiciones doctrinarias en relación con el contrato de Muestreo de Obras Musicales

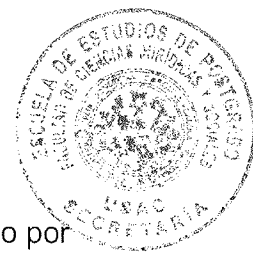
Atendiendo a los distintos tipos de obras antes señaladas, debe tomarse en cuenta que el avance acelerado de la tecnología ha fomentado que desde hace décadas se hayan creado distintos tipos de obras musicales cuya protección representa mayor complejidad desde la perspectiva jurídica, como en el caso del muestreo de obras musicales.

2. El muestreo de obras musicales

Las obras musicales son el producto de la creación, inspiración y espontaneidad del autor, quien realizó un proceso intelectual de selección, búsqueda e interpretación de uno o varios objetos sonoros que, a través de su ejecución, traslada sus influencias, expresión y originalidad a la creación de una obra musical nueva.

El autor hace uso de sus influencias musicales, su experiencia, su percepción de distintos objetos sonoros o instrumentos musicales que ejecuta, arregla, graba e integra para crear una obra musical nueva. Estos objetos sonoros pueden ser cualquier elemento que se encuentre en el entorno y que al ser estimulado produzca una vibración eléctrica, originando así el sonido que el oído percibe, interpreta y asocia como impulsos eléctricos produciendo el audio que el músico interpreta e incorpora a una obra musical.

Estos sonidos pueden obtenerse de diversas fuentes: objetos sonoros que provienen del entorno (sonidos de la naturaleza, ruidos, sonidos grabados) u objetos musicales (objetos sonoros, instrumentos musicales, cantos) que no están incorporados en una obra musical, o bien, muestras de sonidos de otras obras musicales de las que el autor obtiene una muestra que modifica, edita e integra a una obra musical nueva.



El proceso de selección de muestras se denomina muestreo. Este es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como la acción de escoger muestras representativas de la calidad o condiciones medias de un todo o una técnica empleada para esta selección. Es decir, la técnica de escoger fracciones o partes representativas de un todo para luego ser analizadas o utilizadas con otra finalidad.

Es así que el muestreo aplicado en el contexto de obras musicales puede definirse como el proceso técnico a través del cual un autor, músico o productor de una obra musical busca y selecciona una o varias muestras de sonidos que provienen de objetos sonoros o de otras obras musicales, que luego graba y edita haciendo uso de dispositivos analógicos o digitales, para integrarlas y recontextualizarlas de una forma original, en una obra musical nueva. Este tipo de obra musical podrá ser categorizada como una obra originaria si las muestras han sido obtenidas de sonidos de objetos sonoros o musicales que no se encuentren previamente fijados, o podrá ser categorizada como una obra derivada, cuando las muestras hayan sido obtenidas de sonidos fijados previamente. En ambos casos, el objetivo es incorporar las muestras de sonidos a una nueva obra musical.

En ese mismo sentido, Garrido (2013) expresa que el muestreo de obras musicales es:

Un procedimiento por medio del cual un sonido o una serie de sonidos procedentes de una fuente natural o previamente grabados en un fonograma son registrados digitalmente de manera que, a continuación, pueden ser no sólo reproducidos con una óptima fidelidad, sino también sometidos a diversas manipulaciones. Esas manipulaciones pueden consistir en truncar un sonido, repetirlo sucesivamente, cambiar su registro, timbre, etc. Se trataría de un tipo de transformación en la que las obras musicales preexistentes, o fragmentos de ellas, se funden con otras o con elementos no protegidos para dar lugar a una composición unitaria en la que el conjunto de elementos agregados aparece de forma simultánea y unificada (pág., 31).

En ese contexto, es pertinente indicar que para llevar a cabo el muestreo de sonidos que se incorporarán a una obra musical nueva, existen diversos métodos que pueden ser utilizados por el artista o productor.



2.1 Análisis del muestreo de obras musicales

El muestreo de obras musicales hace uso de distintos métodos. Algunos de estos se valen de dispositivos análogos o digitales y dado el avance tecnológico se han ampliado y abaratado las posibilidades para acceder, seleccionar, reproducir, grabar y editar obras musicales.

Estos métodos han planteado un desafío para la industria fonográfica y para los autores, que han visto la necesidad de plantear reformas que protejan de mejor manera sus obras musicales y establecer mecanismos de control para el uso de las mismas.

En el muestreo análogo de obras musicales, el músico, autor o productor utiliza sonidos provenientes de cualquier objeto sonoro o de un fonograma, que son captados y grabados por micrófonos y luego fijados en una cinta electromagnética de la que extrae, selecciona y obtiene muestras que posteriormente podrá manipular variando el tono, timbre, duración, intensidad, velocidad, entre otras características. Luego podrá incorporarlas en una obra musical nueva. También se puede hacer uso de dispositivos digitales, ordenadores y discos de almacenamiento en los que el músico o productor seleccionará muestras de sonido que serán convertidas y transformadas en números binarios que serán almacenados en un ordenador para posteriormente permitir al músico, artista o ejecutante reconstruir las muestras en un sintetizador, un muestreador o un programa de ordenador en el que podrá editar, manipular, arreglar y reproducir para transformar y fijar en una nueva obra musical.

En ambos casos, la manipulación de las muestras de sonidos puede llegar a tal grado, que inclusive para los oídos de un músico o productor sea difícil o imposible reconocer la procedencia originaria de los sonidos incorporados en las muestras, lo cual, genera dificultades cuando existe una infracción del derecho de autor o derechos conexos. En estos casos, se han utilizado métodos científicos de prueba a través del uso



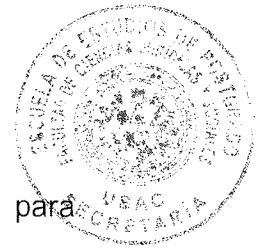
de programas de ordenador y análisis de musicólogos, productores y diversos expertos, quienes han analizado las obras musicales como auxiliares de los jueces y tribunales, lo que ha generado un desafío desde la perspectiva jurídica para buscar una adecuada protección del derecho de autor y de los titulares de derechos fonográficos.

2.2 Antecedentes históricos del muestreo de obras musicales

El muestreo de obras musicales surgió hace varios siglos; en la actualidad, es utilizado para la creación de nuevas obras musicales. En tal sentido, el antecedente histórico permitirá comprender la intrínseca relación que existe entre el muestreo de obras musicales y la evolución de la legislación en diversos países para adaptarse a los cambios tecnológicos y buscar la protección del derecho de autor y derechos conexos.

El muestreo de obras musicales tuvo origen a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX en Europa, donde diversos compositores empezaron a experimentar y a crear sus propios instrumentos musicales, introduciendo sus propias composiciones y adaptando estos nuevos elementos a obras musicales que usualmente eran académicas, lo cual, dio surgimiento al movimiento futurista. El futurismo fue un movimiento artístico que involucró a diversas ramas del arte como la pintura, la escultura y la música. Este movimiento buscaba romper con los cánones tradicionales del arte usando las máquinas y el movimiento. Este movimiento artístico condujo a importantes aportes a la música y al uso de diversos dispositivos como la tornamesa y el gramófono (Toledo, 2006).

Con el surgimiento del gramófono y la tornamesa, también surgió el muestreo de obras musicales, debido a que diversos músicos, artistas y productores descubrieron que podían dar otro uso y finalidad a la tornamesa, el gramófono o la cinta magnética, más allá de grabar y reproducir obras musicales; constataron que podían hacer grabaciones de muestras de sonidos y manipular las obras musicales alterando la velocidad, el tono, entre otras características, emulando el modo en que se ejecuta un instrumento musical. Entre los principales exponentes se cuentan autores como Steve Reich y John Cage, que



hicieron un uso extensivo de gramófonos y tornamesas, utilizando los sonidos para editarlos y crear obras musicales nuevas.

Otro de los pioneros en el uso de muestras de sonidos provenientes de objetos sonoros u obras musicales fue Pierre Schaeffer, quien dio surgimiento a la escuela de *musiqué concreté* que buscaba utilizar muestras de sonidos cotidianos y recontextualizarlos dándoles un sentido musical. Schaeffer, hizo uso de la cinta magnética para grabar y obtener muestras de sonidos del entorno, para editarlos e incorporarlos en una nueva obra musical. Este autor tuvo una importante influencia en lo que posteriormente se conocería como música electroacústica (Schaeffer, 2003).

Es importante hacer mención de otro movimiento musical en el que se utilizaron muestras de sonidos para crear nuevas obras musicales: el Hip Hop que surgió durante las décadas de los 70 y 80 en Estados Unidos. El Hip Hop fue un medio de denuncia. Sin embargo, rápidamente pasó a ser uno de los géneros más vendidos y conocidos a nivel mundial. En el caso de este género musical, sus primeros exponentes combinaron la tradición oral con muestras de sonidos provenientes de fonogramas de jazz, funk y blues, utilizando ciertas partes que luego editaron de una forma original, para incorporarlas a una nueva obra musical.

Aunque en un principio este movimiento musical y cultural fue visto como marginal, pronto alcanzó aceptación y éxito comercial, provocando la preocupación de diversas compañías fonográficas que vieron con recelo el uso de sus obras musicales. Por ese motivo impulsaron modificaciones a la legislación del *copyright* para regular y controlar el uso no autorizado de sus obras e intentar prohibir que la tecnología permitiera este tipo de creaciones. Es así que en Estados Unidos se implementaron reformas en la legislación, según explica Lessig (2004):

Desde 1790 a 1978, el plazo medio de *copyright* nunca fue más de treinta y dos años, lo cual significaba que la mayoría de la cultura que tuviera apenas una generación y media era libre para que cualquiera se basara en ella sin necesitar permiso de nadie. Hoy día el equivalente sería que las obras creativas de los



sesenta y los setenta serían libres para que el próximo Walt Disney pudiera basarse en ellas sin permisos. No obstante, hoy el dominio público sólo está presuntamente libre en lo que respecta a contenidos de antes de la Gran Depresión (págs., 33-34).

Las reformas a la legislación de *copyright* en Estados Unidos y en otros países, provocaron que grandes compañías discográficas y titulares de derechos fonográficos plantearan demandas por el uso no autorizado del *copyright* de sus obras, lo cual condujo a complejos procesos judiciales y sentencias diversas sobre la interpretación del uso de muestras de sonidos de obras musicales preexistentes.

Al igual que el movimiento musical y cultural existieron otros géneros y movimientos influenciados por el muestreo de obras musicales, como es el caso de la música electroacústica. Se denominó así porque los músicos y compositores fusionaron muestras de sonidos pregrabados con instrumentos acústicos, de tal forma que dieron lugar a este género musical. Fue así que en Europa, Estados Unidos y Latinoamérica muchos músicos y compositores se vieron influenciados por esta nueva tendencia musical.

En Guatemala, la música electroacústica tuvo una influencia importante durante la década de 1960. Diversos autores y compositores experimentaron, estudiaron e utilizaron muestras de sonidos pregrabados en sus obras musicales. Entre estos autores se encuentra Joaquín Orellana y Enrique Anleu Díaz. Autores como Orellana, hicieron uso de muestras de sonidos como voces, cantos, sonidos provenientes del folclor guatemalteco, e inclusive creó sus propios objetos sonoros que fueron integrados junto a arreglos orquestales, como en el caso de la obra «Las voces del Río Negro» donde se integran instrumentos creados por el propio Orellana y muestras de sonidos de voces lamentándose; murmullos que asemejan a una tropa militar y un ejército, en conmemoración de los sucesos acontecidos durante la década de los años ochenta en la masacre del Río negro en Guatemala.

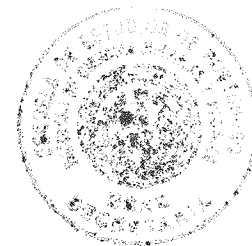


La creación de obras musicales a partir de muestras evolucionó a lo largo de décadas posteriores en Guatemala. Fue así que en la década de los noventa, con la mejora en la tecnología de los ordenadores y el menor costo de los mismos, fueron creadas un mayor número de obras musicales de este tipo. Un ejemplo de ello lo constituye la obra «Conquista 2» de Igor de Gandarias, quien explicó que:

en este caso el núcleo generador es el son tradicional indígena Santa María, que forma parte del Baile de la Conquista, según versión recopilada en 1942 por la antropóloga norteamericana Henrietta Yurchenco en Nebaj, Quiché, ejecutado por el dúo de chirimía y tambor. (...) La composición utiliza dos grabadores digitales (sampler) y un secuenciador, registrando diminutas muestras melódicas y rítmicas del son ejecutado por los dos instrumentos populares tradicionales mencionados (pág., 23-24).

Es posible establecer con claridad cómo el autor hizo uso de muestras de sonidos de expresiones de folclor para crear una nueva obra musical. Como en el caso de la obra de De Gandarias, que usó muestras de sonidos de una expresión de folclor de la obra «El Baile de la Conquista» y de otros sonidos grabados de aquella región los cuales forman parte del patrimonio cultural y que son objeto de protección. En ese sentido, desde la perspectiva jurídica es importante establecer cómo se protege este tipo de obras como Patrimonio Cultural de la Nación y a su vez el derecho de autor y los derechos conexos.

Es posible establecer que en Guatemala existe un número importante de obras musicales que han hecho uso de muestras de sonidos provenientes de expresiones culturales y de folclor y de otras obras musicales preexistentes. Por ello, es importante contar con mecanismos de protección del Patrimonio Cultural de la Nación para proteger el derecho de Autor y Derechos Conexos. En ese sentido, algunos juristas han formulado una teoría explicando el fenómeno de uso de referentes musicales y culturales para dar lugar a nuevas creaciones.



2.3 Teoría de la transformación apropiativa

En la música como en el arte, los artistas, músicos y compositores basan su forma de creación o de interpretación tomando como referentes las obras de diversos músicos, compositores o arreglistas. Sin estos referentes o sin estas bases creativas o artísticas, que por su calidad o por las cualidades específicas definen un movimiento o tendencia artística que han surgido en distintas épocas, difícilmente el arte o la música podría evolucionar.

La teoría de transformación apropiativa ha sido promovida por diversos juristas, compositores, músicos y entidades titulares de derechos conexos. Según esta teoría, el acceso al conocimiento y a la cultura debe ser libre para cualquier persona, por lo cual, cualquier persona debe tener el derecho de acceso a cualquier contenido cultural, artístico, musical o de cualquier otra naturaleza que forme parte de la cultura universal, para reproducirlo, transformarlo, recrearlo, aludirlo y crear nuevas obras a partir de las obras originarias, sin infringir o violar el derecho de autor de la obra originaria o el de los titulares de derechos conexos como lo son los fonogramas.

Algunos de los principales defensores de esta teoría, como Lawrence Lessing, manifiestan que bajo el esquema actual, las leyes de propiedad intelectual y los tratados internacionales en la materia, en lugar de fomentar, permitir y facilitar el acceso a la cultura, han buscado restringir y limitar a través de mecanismos económicos el acceso a la cultura, en parte porque muchas de estas normas han sido impulsadas de forma subrepticia por grandes corporaciones y grupos de interés que manejan y son titulares de catálogos de obras protegidas que buscan la sobreprotección legal con carácter general, con lo cual no solo se limita el acceso a las obras de los autores que representan, sino también de otros que no se encuentran representados por estas entidades. En ese sentido, Lessing (2004) manifiesta que:



La tecnología que preservaba el equilibrio de nuestra historia entre los usos de nuestra cultura que eran libres y aquellos que tenían lugar solamente tras recibir permiso ha sido destruida. Las consecuencias son que cada vez más somos menos una cultura libre y más una cultura del permiso. Se justifica la necesidad de este cambio diciendo que es preciso para proteger la creatividad comercial. Y, de hecho, el proteccionismo es el motivo que tiene detrás (pág., 17).

Los defensores de esta teoría manifiestan que existe un fuerte cuestionamiento a la forma en que el sistema actual de protección de propiedad intelectual protege las obras, ya que obras que se encontraban anteriormente en el dominio público y que podían ser utilizadas por cualquier persona, ahora se encuentran restringidas por la legislación para proteger ciertas formas de negocio, debido a que en Estados Unidos, durante las últimas décadas, se extendieron los plazos de protección del *copyright*. Por esto, obras musicales que se encontraban en el dominio público y podían ser utilizadas por cualquier persona han quedado restringidas por el *copyright*, siendo necesario obtener licencias y pagar para su utilización, lo que ha devenido en detrimento de derechos fundamentales como el libre acceso a la cultura y a la información.

En ese sentido, la autora Joanna Demers manifiesta que:

La transformación apropiativa, el acto de referirse o de citar viejos trabajos con el objetivo de crear un nuevo trabajo, siempre ha sido un elemento clave en las culturas musicales prosperas. Hoy, apropiación connota un exclusivo o no autorizada censura de materiales. Pero la transformación apropiativa ha históricamente funcionado en un espíritu de compartir, competición amistosa, y homenaje (pág., 4).

Otro aspecto señalado por los defensores de esta teoría es que el fuerte proteccionismo a través de modificaciones a la legislación y a la extensión de los plazos de protección, ha venido en detrimento del libre acceso a la cultura y la información, ya que el acto de referirse, citar o basarse en trabajos previos de otros autores, músicos o productores, o inclusive de usar obras musicales que se encuentran en el dominio público, lo cual era permitido por la ley. Sin embargo, se ha pasado a un modelo proteccionista de negocio donde debe pagarse y pedir autorización, lo que ha encarecido



el coste y complicado el obtener la autorización del autor y del titular de derechos fonográficos, creando el riesgo de persecución penal por violación a los derechos de autor y derechos conexos.

De manera que quienes plantean esta teoría señalan que si bien la legislación de cada país establece determinadas limitaciones al Derecho de Autor y Derechos Conexos o al *copyright*, como el del derecho de cita, por lo cual no es necesaria la autorización del autor o de los titulares de derechos conexos, ni del pago de remuneración, siempre que se cumpla con obligación de mencionar la fuente y el nombre del autor de la obra y que se realice bajo determinados fines. Este derecho se ha visto cada vez más restringido debido a que en países como Estados Unidos, a través de enmiendas a la Ley de *copyright*, se han extendido los plazos de protección de determinadas obras que estaban por formar parte del dominio público. Asimismo, otras obras que se encontraban en el dominio público y podían ser libremente utilizadas, han quedado restringidas por *copyright*, siendo necesario obtener licencias y pagar para su utilización. A su vez, señalan que el derecho de cita queda sujeto a la interpretación que un juez o corte realice de la Ley de *copyright* de Estados Unidos que establece los parámetros para ser considerado un uso honrado, lo cual limita el libre acceso a la cultura y al conocimiento.

El derecho de cita está reconocido en la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Guatemala y en el artículo 66 literal d) establece que:

Será lícito, sin autorización del titular del derecho y sin pago de remuneración, con obligación de mencionar la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada, sí están indicados. (...) d) Incluir en una obra propia, fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como obras de carácter plástico, fotográfico u otras análogas, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice, a título de cita o para su análisis, con fines docentes o de investigación (Ley 33, 1998).

Por lo anterior, cualquiera podrá hacer uso total o parcial de una obra de otro autor para incluirla en una obra propia, sin necesidad de autorización previa y sin pago de



remuneración, siempre que mencione el nombre del autor, se respete la integridad de la obra y se realice con fines didácticos, de análisis, o de investigación sin fines de lucro.

Tomando en consideración los aspectos antes relacionados, la transformación apropiativa se suscita en diversas esferas de la creación tales como la pintura, la escultura, las artes audiovisuales y la música entre otros. Parte de la influencia de los creadores del entorno cultural, político, social y económico, a través de la experiencia e interacción con diversos objetos, que asociados a determinadas vivencias forman parte de la memoria colectiva de los individuos. Estos objetos forman parte del saber común y de la cultura de los pueblos, que luego son reinterpretados, reestructurados y reutilizados por los creadores, compositores, artistas a través de un proceso creativo para dar forma o cuestionar los valores estéticos, morales y de cualquier otra índole a través de la obra creada.

A manera de ejemplo, de cómo la transformación apropiativa funciona en el ámbito musical, se puede citar el caso del dueto francés Daft Punk que en su álbum «Discovery» lanzado en el 2001 y editado por la compañía discográfica Virgin Records, realizaron varias grabaciones de sonidos de música funk y disco de los años 60 y 70; luego, utilizaron las muestras de estos sonidos las cuales editaron, manipularon y transformaron para incorporarlas a sus obras musicales. Este álbum obtuvo gran éxito comercial a nivel mundial, es reconocido como uno de los álbumes donde se hizo un uso intensivo del muestreo de sonidos de otras obras musicales, dando a conocer obras musicales que habían caído en desconocimiento del público por el transcurso del tiempo y que ya no generaban mayores regalías para los autores, lo cual logró el reconocimiento de los autores de las obras musicales utilizadas y generó nuevas regalías tanto para los titulares del *copyright* como para el dueto francés.

En contraposición a la teoría de la transformación apropiativa, otros juristas, organismos y entidades internacionales han manifestado que el fortalecimiento de la legislación en materia de propiedad intelectual responde también a un cambio tecnológico



y del modelo de negocios que antes no preveía las leyes, y que también responde a una forma de proteger las importantes inversiones de capital que realizan para promover y promocionar a diversos autores, músicos y compositores que forman parte de los catálogos de artistas y de las compañías discográficas.

Los defensores de esta postura manifiestan que la legislación del derecho de autor y derechos conexos, así como en leyes que regulen la distribución, difusión y comercialización en diversos medios digitales como la Digital Millenium Copyright Act y otras leyes que se han impulsado, especialmente en Estados Unidos y Europa, tienen por objetivo proteger el contenido, distribución y difusión de estas compañías grandes y pequeñas, y asimismo, proteger a los artistas, músicos y compositores, que pudieran verse perjudicados por el uso, transformación y la difusión pública no autorizada de sus obras.

En ese sentido, Antequera (2001) explica que:

El derecho de autor no conspira contra el desarrollo social, cultural y tecnológico. La anterior afirmación descansa en los principios por los cuales el derecho de autor: a. No concede ningún dominio sobre las ideas, pues éstas son libres, de modo que a partir de las mismas ideas pueden crearse nuevas obras. b. Sólo protege la forma de expresión, es decir, el ropaje con que las ideas se visten. c. No concede ningún derecho de exclusividad sobre la utilización práctica de las ideas contenidas en la obra. d. No otorga ningún monopolio sobre los descubrimientos o las investigaciones científicas (pág., 41).

Es así que a pesar de existir distintas posturas con respecto a la teoría de la transformación apropiativa, las distintas formas de creación, composición y difusión de la cultura han provocado importantes cambios en la legislación y cada vez más artistas, músicos y compositores de diversos géneros musicales, realizan obras musicales nuevas en las que incorporan muestras de sonidos de objetos sonoros o que provienen de obras musicales preexistentes, siendo que muchas de estas obras nuevas han alcanzado importante éxito comercial, amplia difusión y en algunos casos han sido más exitosas que las obras musicales originales.



2.4 El muestreo de obras musicales en relación al derecho moral

El autor, intérpretes y ejecutantes de una obra musical gozan de la protección del derecho moral que les reconoce el artículo 6 del Convenio de Berna Para la Protección de Obras Literarias y Artísticas y la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala.

El derecho moral comprende la facultad del autor y también del productor del fonograma, músicos, intérpretes y ejecutantes de reivindicar que se haga mención de su nombre. Asimismo, que se respete la integridad de la obra musical, evitando que se efectúe cualquier transformación sin consentimiento para evitar una mutilación u modificación de la obra, atendiendo a lo regulado en los artículos 19 y 57 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Esto también implica la facultad tanto del autor como de los titulares de derechos conexos o afines de acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes para solicitar que se dicten las medidas de garantía y providencias de urgencia, para la observancia efectiva de sus derechos, conforme lo prescrito en el artículo 133.

En el caso del muestreo de obras musicales, previo a realizar cualquier grabación donde se obtengan o manipulen muestras de obras musicales preexistentes, es necesario contar con el consentimiento del autor y de los titulares de derechos conexos o afines, para que se realice el muestreo de los sonidos de la obra musical fijada y que estas muestras de sonidos sean reproducidas, editadas e integradas en una nueva obra musical. En todo caso, la nueva obra musical deberá mencionar el nombre del autor, del productor del fonograma y de los músicos, intérpretes y ejecutantes que participaron en la obra originaria.

Además, es importante señalar que el artículo 20 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos ordena que, en el momento del fallecimiento del autor, únicamente



se transmite a sus herederos, sin límite de tiempo, el ejercicio de los derechos a que se refieren los incisos a) y b) del artículo 19 de esta Ley (Ley 33, 1998). Al respecto las literales a) y b) establecen que el autor está facultado para, a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de la obra, en especial, exigir la mención de su nombre o seudónimo, como autor de la obra, en todas las reproducciones y utilizaciones de ella; b) Oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra, sin su previo y expreso consentimiento o a cualquier modificación o utilización de la obra que la desmerezca o cause perjuicio a su honor o reputación como autor (Ley 33, 1998).

En cuanto a los artistas, intérpretes y ejecutantes, el artículo 57 regula el mismo plazo ilimitado para los herederos. Por lo que, atendiendo a lo indicado, la facultad moral del autor de reivindicar su paternidad y oponerse a cualquier deformación se transmite a los herederos sin límite de tiempo, siguiendo el lineamiento del artículo 6 del Convenio de Berna. En ese sentido, los herederos del autor, del artista, intérprete y ejecutante, pueden, sin límite de tiempo, oponerse a cualquier modificación que conlleve una mutilación de la obra musical, incluida la obtención y transformación de muestras de sonidos incorporados a la obra musical originaria, siendo necesario contar con la autorización expresa del autor y de los titulares de derechos conexos.

2.5 El muestreo de obras musicales en relación al derecho patrimonial

El derecho patrimonial comprende la facultad del autor, del productor del fonograma, de los artistas, intérpretes y ejecutantes de prohibir o autorizar todos aquellos actos de explotación de la obra musical, los cuales, como ya se indicó, se presumen onerosos. Por esto, se debe establecer la retribución que percibirá el autor, el productor del fonograma y los demás titulares de derechos conexos, por la grabación, reproducción, utilización y edición de las muestras de sonidos de la obra musical fijada y además debe establecerse el porcentaje de las regalías que se generen derivado de la distribución, venta, alquiler, puesta a disposición, comunicación pública, transmisión y retransmisión de la nueva obra musical.



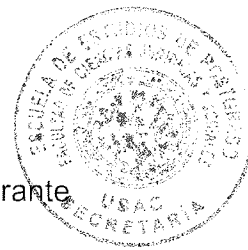
Asimismo, atendiendo a lo establecido en los artículos 72 y 73, 76, 77 y 79 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, se debe pactar cuál será el porcentaje de las regalías que percibirá el autor, el productor del fonograma y los músicos, intérpretes y ejecutantes por cada uno de los actos de explotación, así como el ámbito temporal de validez en el cual podrá realizarse el muestreo de la obra musical y el ámbito geográfico de validez para determinar el territorio o territorios donde se autoriza la explotación de la nueva obra musical.

La autorización para el uso de una obra musical debe efectuarse a través de un contrato donde el autor y los titulares de derechos conexos ceden algunos derechos de explotación, por medio del cual autorizan al músico y a la compañía discográfica que distribuirá la obra, para que tener acceso a las copias maestras del fonograma, cintas magnéticas o archivos digitales donde se encuentre fijada la obra musical y la puedan utilizar, grabar, reproducir y transformar las muestras de sonidos de la obra musical preexistente para crear una obra musical nueva.

En algunos países como en Estados Unidos se ha optado por un sistema de licenciamiento en el cual las compañías discográficas fijan las tarifas según el tipo de obra musical, tal como explica Demers (2006) quien indica que “el *copyright* de las grabaciones sonoras no tiene una tarifa reglamentaria, así que las compañías discográficas disfrutan de completa libertad en determinar sus precios” (pág., 118).

2.5.1 Plazo de protección del derecho patrimonial del muestreo de obras musicales

El muestreo se puede realizar a partir de sonidos fijados en un fonograma para crear una obra derivada o de sonidos de objetos sonoros o musicales grabados por el propio autor, en cuyo caso crea una obra musical nueva. En el caso de muestras de sonidos fijados en un fonograma, el artículo 43 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos



establece que los derechos patrimoniales del autor de una obra “se protegen durante toda la vida del autor y setenta y cinco años después de su muerte” (Ley 33, 1998).

El plazo de protección previsto para las obras musicales, conforme el artículo 48 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala, se empieza a computar “a partir del primero de enero del año siguiente a aquel en que ocurra el hecho que les dé inicio. Al vencimiento del plazo de protección, las obras pasarán a ser del dominio público” (Ley 33, 1998). En ese mismo sentido, el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias, Artísticas y sus modificaciones o enmiendas, en el artículo 7 señala:

El período de protección posterior a la muerte del autor y los plazos previstos en los párrafos 2), 3) y 4) anteriores comenzarán a correr desde la muerte o del hecho previsto en aquellos párrafos, pero la duración de tales plazos se calculará a partir del primero de enero del año que siga a la muerte o al referido hecho” (Convenio de Berna, 1886).

A partir de los artículos, citados puede establecerse que la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos adoptó el plazo establecido en el Convenio de Berna en lo relativo a la forma de computar el plazo de protección para las obras musicales y cómo al transcurrir el plazo señalado dichas obras pasan al dominio público para ser utilizadas libremente, siempre que se respete la integridad de la obra musical y el derecho moral de sus herederos.

En el caso de obras anónimas o bajo un seudónimo, el artículo 45 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala, establece que:

El plazo de protección comenzará a contarse a partir de la primera publicación o, a falta de ésta de su realización. En caso que se compruebe legalmente la identidad del autor, el plazo se calculará en la forma señalada en el artículo 43 de esta ley (Ley 33, 1998).

En ese mismo sentido, el Convenio de Berna en la literal 3 del artículo 7, dice que:

Para las obras anónimas o seudónimas, el plazo de protección concedido por el presente Convenio expirará cincuenta años después de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público. Sin embargo, cuando el seudónimo



adoptado por el autor no deje dudas sobre su identidad, el plazo de protección será el previsto en el párrafo 1). Si el autor de una obra anónima o seudónima revela su identidad durante el expresado período, el plazo de protección aplicable será el previsto en el párrafo 1 (Convenio de Berna, 1886).

En consecuencia, es posible establecer que el cómputo del plazo requiere conocer la fecha de la muerte del autor o la fecha de la primera publicación en el caso de obras anónimas o bajo seudónimo, tras lo cual dichas obras musicales quedarán en el dominio público.

Entonces, si bien el artículo 43 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos estableció el cómputo del plazo con respecto a las obras originarias, no se estableció el plazo de protección de los derechos patrimoniales de una obra derivada, por lo cual se aplica supletoriamente lo establecido en el numeral 3 del artículo 2 del Convenio de Berna para la protección de obras literarias artísticas y sus modificaciones o enmiendas, pues “estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística” (Convenio de Berna, 1886).

A todo esto, puede asegurarse que una obra musical derivada como puede ser el caso del muestreo de obras musicales, tendrá el mismo plazo de protección que una obra original. Consecuentemente, el plazo de protección es de setenta y cinco años a partir de la muerte del autor de dicha obra musical. No obstante, es importante señalar que en el caso de fonogramas, el artículo 51 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala establece que los plazos se computarán por:

75 años contados a partir del uno de enero del año siguiente al año en que ocurrió el acto que dio lugar a dichos derechos, de conformidad con las reglas siguientes: a) En el caso de los fonogramas e interpretaciones o ejecuciones grabadas en ellos, a partir de la fecha de su primera publicación autorizada; o si la primera publicación autorizada no ha ocurrido dentro del plazo de cincuenta años siguientes a su fijación, el plazo de protección empezará a correr a partir de su fijación (...) (Ley 33, 1998).



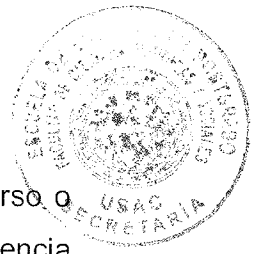
En todo caso, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos contempla para los productores de fonogramas, artistas, intérpretes y ejecutantes un plazo de protección mayor que el que establece el artículo 14 el Convenio de Roma sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas los Organismos de Radiodifusión, puesto que el artículo 17 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) y el artículo 14 del Anexo 1C del Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) establecen un plazo de protección de 50 años partir del final del año civil en que se haya realizado la fijación o haya tenido lugar la interpretación o ejecución. En consecuencia, un productor de fonogramas goza de un plazo de protección de 75 años contados a partir del uno del enero del año siguiente en que se realizó la primera publicación autorizada.

Los plazos son de vital importancia para determinar el lapso de protección del que goza una obra musical fijada en un fonograma, ya que en el caso del muestreo de obras musicales, al tratarse de una obra nueva que según sus características pueda ser originaria o derivada, el autor goza de un plazo de protección de 75 años a partir de la fecha de primera publicación.

2.6 El muestreo de obras musicales comparado con otro tipo de obras musicales similares

2.6.1 Las parodias o sátiras

El autor puede realizar una obra musical con distintos propósitos o connotaciones. En algunos casos, su objetivo es la crítica, cuestionamiento o reflexión; en otros, es una forma de expresión creativa. Existen algunas categorías de obras cuyo objetivo primordial es la crítica. Entre ellas está la sátira y la parodia.



La parodia es una imitación burlesca. La sátira es una composición en verso o prosa cuyo objeto es censurar o ridiculizar. Para Demers (2006) existe una diferencia entre dichos tipos de obras y su tratamiento en la ley, ya que:

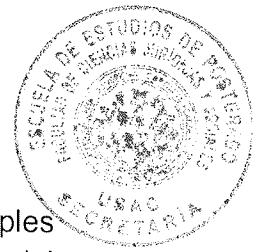
La parodia ha sido tradicionalmente contada como una forma de criticismo potencial permitido bajo los usos justos proveídos por la ley de copyright, así que prestar materiales para uso en una parodia puede eximir al apropiador de licenciamiento. Las sátiras basadas en obras protegidas por derecho de copia (copyright) no reciben exención y deben ser licenciadas por el titular original del copyright (pág., 54).

La parodia y la sátira constituyen una forma de modificación y reinterpretación de una obra originaria. A diferencia del muestreo de obras musicales, en la parodia o la sátira el autor realiza un arreglo y reinterpretación de la obra musical que va a criticar en una forma cómica o mordaz, agregando, quitando o exagerando elementos tales como: la letra de la canción, la interpretación o algún otro elemento. En el muestreo, se seleccionan y graban sonidos de una obra musical previamente fijada en un fonograma o que fueron grabados por el autor y su objeto no es realizar una crítica cómica o mordaz, sino transformar dichos elementos para crear una nueva obra musical.

En todo caso, para realizar una parodia o una sátira se requiere del consentimiento del autor, del productor del fonograma, de los músicos, intérpretes y ejecutantes de la obra originaria, ya que la parodia y la sátira no están contempladas como casos de limitación del Derecho de Autor y Derechos Conexos según los artículos 63 y 66 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, por lo cual, se requiere de la autorización y del pago de una remuneración por tal acto de explotación.

A diferencia de lo señalado en la legislación guatemalteca, en la legislación de países como Estados Unidos, la parodia es permitida y considerada como un uso justo conforme lo regulado en el artículo 107 de la Ley de *Copyright*, que dice:

Limitaciones a derechos exclusivos: usos justos. A pesar de las provisiones de las secciones 106 y 106 A, el uso justo de una obra protegida por derecho de copia, incluyendo dicho uso por la reproducción en copias o fonogramas o por una de las otras formas especificadas por esa sección, para propósitos como la



crítica, comentario, reportajes periodísticos, enseñanza (incluyendo múltiples copias para uso de clase), becas, o investigación, no es una violación del derecho de copia (Copyright Law of the United States, 1976).

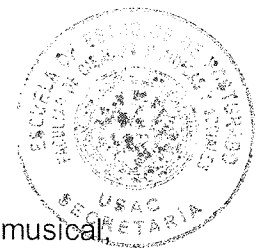
En ese sentido, la Ley de Copyright de Estados Unidos, a diferencia de la legislación guatemalteca, considera la parodia como uso justo, siempre que se cumplan ciertos parámetros y no es necesaria la autorización previa del titular del *copyright*; esto deviene como una de las formas de ejercer el derecho de libre expresión reconocido en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y tiene por objeto evitar la censura, ya que no se puede limitar la libertad de criticar la obra de otro autor.

2.6.2 Arreglos de obras musicales o alusión

En el ámbito musical, es común que se realicen arreglos musicales de una obra preexistente y que aludan total o directamente a la obra originaria. Los arreglos son una versión alternativa de la obra musical y suelen realizarse efectuando cambios en la estructura de la obra originaria usando otros instrumentos u otros elementos, para que luego la obra sea interpretada y ejecutada por músicos distintos de los que realizaron la obra originaria, preservando los elementos significativos y memorables para que sea ser reconocible por la audiencia a la que va destinada.

La obra musical puede estar escrita en notación musical en una partitura o fijada en un fonograma. Sin embargo, en cualquiera de las formas el autor, el productor del fonograma, los músicos, intérpretes y ejecutantes que realizaron la obra fijada en un fonograma, gozan del derecho de prohibir y autorizar su uso en cualquier forma de arreglo, conforme lo señalado por el artículo 19 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

En el arreglo de una obra musical, el autor crea una composición donde establece las partes que corresponden a cada uno de los instrumentos que serán ejecutados e interpretados, cambiando el contexto, ritmo o melodía, es decir, es ejecutada por diversos



artistas, intérpretes y ejecutantes dando lugar a una nueva versión de la obra musical, según su versión, mientras que en el muestreo de obras musicales, el objeto no es efectuar una composición para reinterpretar la obra originaria, sino hacer uso de las muestras de sonidos de una obra musical fijada en un fonograma.

2.6.3 La reinterpretación de obras musicales

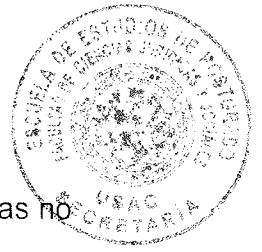
La reinterpretación de obras musicales es otra de las formas de aludir a una obra musical originaria y quienes la ejecutan suelen ser músicos, artistas y ejecutantes distintos de los que participaron en la obra originaria.

El autor, los artistas, intérpretes y ejecutantes gozan del derecho de que se incluya su nombre y de oponerse a cualquier mutilación de la obra musical que desvirtúe el sentido original, incluida la reinterpretación. Asimismo, gozan de las facultades patrimoniales de autorizar o prohibir la reproducción, arreglo o transformación, así como de la comunicación al público por cualquier medio, atendiendo a lo prescrito en los artículos 19 y 21 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

En la reinterpretación de una obra musical, quien reinterpreta ejecuta la obra original a través diversos artistas o intérpretes, otorgando particular originalidad a la ejecución aludiendo total o parcialmente a la obra reinterpretada, mientras que en el muestreo de obras musicales, no se realiza ninguna reinterpretación de la obra musical objeto de muestreo.

La reinterpretación de obras musicales se ha producido a lo largo de la historia, en diversos géneros musicales, como cita el autor Lindenbaum (1999) quien dice que:

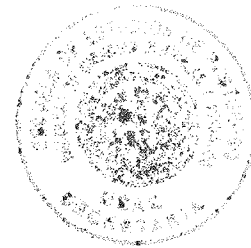
La segunda ola de invasión británica, la cual incluía bandas como la reinterpretación de Led Zeppelin y Cream, estaba fuertemente endeudada con los hombres del blues americano, como se muestra en la reinterpretación por Led Zeppelin de la obra de Robert Johnson "Traveling Riverside Blues" o la interpretación de la obra de Willie Dixon "Spoonful". A pesar que obvias reinterpretaciones de canciones que no fueron atribuidas a sus artistas



originales, el estilo en sí mismo que fue utilizado por dichas bandas británicas no fue atribuido a su fuente (pág., 9).

En ese contexto, la reinterpretación de obras musicales es un fenómeno que también se ha dado en la República de Guatemala. Un ejemplo de ello lo constituye la reinterpretación de obras populares como «El Ferrocarril de los Altos», «Tu Mujer» o el Himno Nacional, que han sido reinterpretados en diversos estilos por artistas, intérpretes y ejecutantes.

Por último, es posible establecer que, aunque existen obras musicales de características similares al muestreo de obras musicales, estas tienen distintos objetivos, reciben un tratamiento y protección jurídica distinta conforme la legislación de cada país.



CAPÍTULO III

Análisis de la Legislación Comparada con sus respectivos temas y subtemas, integrando su interpretación y aplicación en la legislación guatemalteca

3. Análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional relativa al muestreo de obras musicales

El sistema de derecho de copia (*copyright*) a diferencia del sistema de derecho de autor, tiene un enfoque de carácter económico. Por tanto, las obras musicales no se consideran una extensión de la personalidad del autor, sino un bien que puede ser transferido y cuya explotación produce beneficios económicos que tienen influencia en la economía y que promueven la creatividad y la innovación.

3.1 Análisis de la legislación y jurisprudencia de los Estados Unidos de América

En Estados Unidos, la Copyright Law tiene un enfoque distinto del enfoque personalista que tienen aquellos países influenciados por la tradición jurídica francesa, como la legislación guatemalteca que considera la obra una extensión de la personalidad del autor.

La Copyright Law es una ley que contiene el Estatuto Federal denominado Copyright Act de 1976, promulgado por el Congreso de Estados Unidos y sus enmiendas posteriores. Asimismo, está comprendida por otras leyes relativas aprobadas por el Congreso. En el Artículo 107, esta ley reconoce determinados usos justos o usos honrados y en la parte conducente indica:

A pesar de las provisiones de las secciones 106 y 106A, el uso justo de una obra protegida, incluyendo el uso por la reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado por esa sección, para propósitos de crítica, comentario, reportaje de noticias, enseñanza (incluyendo múltiples copias para uso de la clase), becas, o investigación, no es una infracción del copyright (Copyright Law of the United States, 1976).



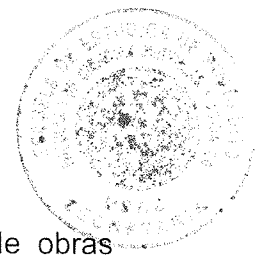
Asimismo, la ley indica cuáles son los parámetros tomados en cuenta por el legislador para determinar si se ha realizado un uso justo, indicando:

En la determinación de si el uso realizado de un trabajo en cualquier caso es un uso justo los factores a ser considerados incluyen: (1) el propósito y carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de una naturaleza comercial o es para propósitos no lucrativos educacionales; (2) la naturaleza de la obra protegida; (3) la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación con la obra protegida como un todo, (4) el efecto del uso para el mercado potencial o el valor de la obra protegida por copyright. El hecho que un trabajo este sin publicar, no debe por sí mismo sentar una búsqueda de uso justo, si dicha búsqueda es hecha sobre la consideración de todos los factores anteriores (Copyright Law of the United States, 1976).

Estos factores, en forma conjunta o separadamente, son utilizados por los jueces, cortes y tribunales de para determinar si ha existido un uso justo o se ha producido una infracción al *copyright*.

Los usos justos o usos honrados han sido discutidos y analizados por las cortes federales de Estados Unidos y ha sido de especial relevancia la discusión sobre el numeral tres (3) del artículo citado que establece que, para determinar el uso justo de una obra, debe determinarse la cantidad y la sustancialidad de la porción usada en relación con la obra protegida como un todo. En relación con la sustancialidad de la porción usada, debe determinarse la cantidad de tiempo utilizado y que la relevancia de la porción de la obra utilizada en relación con la obra como un todo.

En relación con el muestreo de obras musicales, no existe un criterio uniforme, pues algunos jueces y tribunales han estimado importante determinar qué cantidad de tiempo ha sido grabada y muestreada de la obra originaria, así como qué tan sustancial ha sido el uso de la muestra utilizada en una nueva obra musical, para determinar si puede ser considerado un uso justo, porque conforme la legislación Estados Unidos, los jueces y las cortes están facultadas para aplicar la máxima *deminimis non curat lex*, que establece que la ley no se ocupa de bagatelas, criterio que ha sido acogido por algunas



cortes en casos de violación del *copyright* relacionados con el muestreo de obras musicales.

En este sentido, Mueller (2006) explica que:

Para muestras relativamente pequeñas, los artistas durante mucho tiempo se han basado en la doctrina *deminimis*, para sostener este proceso creativo. La máxima *deminimis non curat lex*, trasladada comúnmente como “la ley no se ocupa por sí misma por bagatelas”, aplica a los casos civiles. Bajo la doctrina de uso mínimo, algunas cosas, mientras técnicamente son violaciones de la ley, son consideradas tan insignificantes para gastar tiempo y recursos de la corte. Sin embargo, en el caso *Bridgeport Music, Inc. vs Dimension Films*, el Sexto Circuito sostuvo que la doctrina *deminimis* era inaplicable cuando existiera muestreo digital de una grabación sonora protegida por un derecho de copia válido (pág., 435).

El caso citado constituyó un importante precedente para determinar si se ha producido un uso justo al efectuar el muestreo de una obra musical y fue conocido por las principales Cortes de Estados Unidos.

3.1.1 Bridgeport Music Inc., contra Dimension Films (*No Limit Films*)

El caso inició por un reclamo de Bridgeport Music Inc. y Westbound, que manifestó ser titular del *copyright* de la grabación sonora de la obra musical «Get Off Your Ass and Jam» creada por George Clinton Jr. and The Funkadelics, contra Dimension Films por una infracción al *copyright*. La violación al *copyright* denunciada se suscita por el uso de un fragmento de tres notas de una duración de dos segundos, que fue muestreada, manipulada e integrada como parte de la canción «100 miles and runnin» que fue incluida en el *soundtrack* de la película «I Got The Hook Up» sin contar con la autorización del titular del *copyright*. Por tal razón, la productora de la película Dimension Films fue demandada por Bridgeport Music Inc., que alegó “que los demandados habían infringido el *copyright* de su fonograma en «Get Off» por usar la canción «100 Miles» en la película y en el *soundtrack*” (Mueller, 2006, pág., 437).



Por la otra parte, Dimension Films alegó ante la Corte Distrital que se debía aplicar la doctrina *deminimis*:

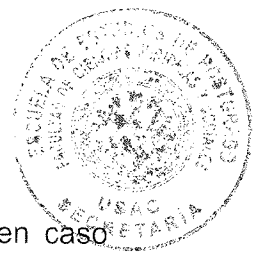
Solicitó un juicio sumario, argumentando (1) que la muestra no era protegida por la Ley de Copyright porque no era original y (2) que la muestra era legalmente insustancial y en consecuencia no satisface cantidad de copia accionable bajo la Ley de Copyright” (Sentencia en caso Bridgeport Music vs. Dimension Films, 2005).

La Corte Distrital conoció y analizó el caso, declarando:

Después de escuchar el segmento copiado de la muestra, y ambas canciones, la Corte Distrital encontró que ningún jurado razonable, ni siquiera familiar con las obras de George Clinton, podría reconocer la fuente de la muestra sin haber tenido que serle revelado su origen. Este descubrimiento, aparejado con descubrimientos relativos a la cuantitativa pequeña porción de copia involucrada y que la falta de similitud cuantitativa entre las obras, llevaron a la Corte de Distrito a concluir que Westbound no podría haber prevalecido en sus reclamos por infracción de copyright por el fonograma (Sentencia en caso Bridgeport Music vs. Dimension Films, 2005).

La resolución de la Corte Distrital fue apelada por Bridgeport Music y conocida por la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de Estados Unidos, que revirtió el fallo dictado por la Corte Distrital y en su análisis realizó una importante descripción de las razones que la llevaron a tal razonamiento. En la parte conducente, dijo:

Nuestro análisis comienza y largamente finaliza con el estatuto aplicable. Sección 114 (a) del título 17 del Código de los Estados Unidos de América que establece: (...) Para comenzar, hay facilidad de cumplimiento. Obtén una licencia o no muestres obras musicales. Nosotros no vemos esta como agobiar la creatividad en una forma significativa. Debe ser recordado que si un artista quiere incorporar un *riff* de otra obra en su grabación, es libre de duplicar el sonido de dicho *riff* en un estudio. Segundo, el mercado va a controlar el precio de la licencia y mantenerla en sus límites. El titular del derecho de copyright no puede establecer un monto de licenciamiento mayor que el que podría costar a una persona para duplicar la muestra en el curso de hacer una nueva grabación. Tercero, el muestreo de obras musicales nunca es accidental. No es como el caso de un compositor que tiene una melodía en su cabeza, quizás ni siquiera realizando que la razón por la que él escucha esta melodía es que es la obra de otro que él había escuchado antes. Cuando tu muestreas una obra musical tu



sabes que estas tomando el producto del trabajo de otro (Sentencia en caso Bridgeport Music vs. Dimension Films, 2005).

En cuanto a la aplicación de la doctrina *de minimis*, la Corte estableció que no es aplicable, aun cuando la cantidad y el uso de las muestras de sonidos de una obra no fueron sustanciales, ya que quien realizó la obra tomo una muestra física del fonograma sin consentimiento del titular del *copyright*, explicó que incluso cuando una pequeña parte de una grabación sonora es muestreada, la parte que es tomada es de valor.

No es necesaria una prueba más allá del hecho de que el productor de la grabación o el artista en el fonograma muestreara porque podía (1) ahorrar costos, (2) agregar algo a la nueva grabación, (3) ambos. Para el titular de los derechos de *copyright* del fonograma, no es la canción, pero los sonidos fijados en el medio de su elección. Cuando esos sonidos son muestreados, ellos son tomados directamente de ese medio fijado. Es una toma física, en vez de una intelectual. Este caso, también ilustra la clase de gimnástica mental, musicológica y tecnológica que tiene que ser empleada si uno fuera a adoptar el análisis *deminimis* o de similitud substancial (Sentencia en caso Bridgeport Music vs. Dimension Films, 2005).

Esta sentencia fue relevante, ya que se apartó del criterio anterior de otros jueces y cortes que anteriormente aplicaron la doctrina *de minimis* en otros casos de infracción de *copyright* por el muestreo de una obra musical, y sentó el precedente que independiente de la cantidad de tiempo o de la sustancialidad de la muestra del sonido de la obra musical preexistente, para realizar el muestreo de sonidos fijados en una obra musical preexistente, es obligatorio obtener una licencia del titular del *copyright*.

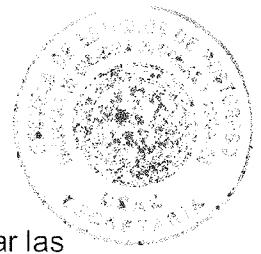


3.1.2 Caso Newton contra Diamond

El caso Newton contra Diamond es otro precedente judicial relacionado con la infracción del *copyright* por el muestreo de una obra musical. Este caso se suscitó por la demanda que James W. Newton planteó en contra de la agrupación Beastie Boys, por infracción a su derecho de composición de su obra «Choir», el cual fue conocido por la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Noveno Circuito.

El caso dio inicio con la acción inmediata en la corte federal el 9 de mayo del 2000, alegando violaciones al *copyright* de su composición subyacente, así como violaciones a la Acta Lanham por apropiación indebida y usurpación revertida. Entre los alegatos planteados por Newton, explicó que en 1981, Newton ejecutó y grabó «Choir» y licenció todos los derechos de la grabación sonora a ECM Records por 5 mil dólares. La licencia cubría únicamente el sonido grabado y es indiscutible que Newton retuvo todos los derechos de la composición de «Choir». Los defensores y apelantes incluyen a miembros del grupo de rap y hip-hop Beastie Boys, y sus asociados de negocios. En 1992, los Beastie Boys obtuvieron una licencia de ECM Records para usar muestras de la grabación sonora de Choir en varias interpretaciones de su canción «Pass The Mic» a cambio de un pago de una única vez de mil dólares. Los Beastie Boys no obtuvieron la licencia de Newton para utilizar la composición subyacente.

A pesar de que la agrupación Beastie Boys obtuvo la licencia de la grabación de ECM Records, no obtuvieron la autorización de los derechos de composición que tenía Newton y explicó que la infracción se produjo porque los Beastie Boys muestrearon digitalmente la apertura de seis segundos de la grabación sonora de «Choir». Los Beastie Boys repitieron e hicieron un bucle de esta muestra de seis segundos como un elemento de fondo en su obra «Pass The Mic» así apareció aproximadamente cuarenta veces en varias entregas de la canción. En adición a la versión «Pass the Mic» lanzada en su álbum 1992, «Check Your Head», los Beastie Boys incluyeron la muestra de «Choir» en



dos remezclas tituladas «Dub the Mic» y «Pass the Mic» (Pt. 2, Destrezas para pagar las cuentas) (Corte de Apelaciones, 2003).

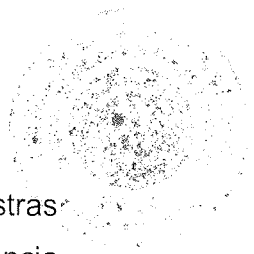
A diferencia del caso Bridgeport, en este caso la Corte de Distrito valoró el criterio de cantidad y sustancialidad de la obra musical originaria utilizada, y desestimó el reclamo de violación al Acto Lanham reclamado por Newton. El Acto Lanham de los es un estatuto de Ley Federal codificado en materia de marcas protegidas que busca la protección de infracción del derecho marcario, contra la dilución de la marca y la falsa publicidad.

La Corte solo entró a conocer los reclamos por infracción al *copyright* y sostuvo que el segmento de tres notas de «Choir» no podría ser protegidas por *copyright* porque, como un material de la ley, esta carecía del requisito de originalidad. La corte también concluyó que inclusive si el segmento era protegible por *copyright*, el uso de la obra por los Beastie Boys era de *minimis* y en consecuencia no era accionable legalmente, a lo que Newton apeló (Corte de Apelaciones, 2003).

La sentencia fue conocida por la Corte de Apelaciones que, en el análisis de la aplicación de la teoría de *minimis*, estimó que debían considerarse los aspectos que enuncia la Ley de Copyright de Estados Unidos para determinar si el uso de muestras de la obra de Newton puede ser considerado de *minimis*, y a manera de referencia citó otros casos similares en los cuales existió el muestreo de obras musicales, argumentando:

Un destacado caso de infracción de *minimis* en nuestro circuito es Fisher v. Dees 794 F.2d 432 (9th Cir. 1986) donde nosotros observamos que el uso es de *minimis* solo si la audiencia promedio no podría reconocer la apropiación. (“A tomar es considerado de *minimis* solo si es tan escaso y fragmentario que la audiencia promedio no podría reconocer la apropiación.”). Esta observación refleja la relación entre la máxima de *minimis* y la prueba general de similaridad sustancial, que también mira la respuesta de la audiencia promedio, o del observador ordinario, para determinar si un uso está infringiendo (Corte de Apelaciones, 2003).

En este sentido, la Corte de Apelaciones consideró ya no solo la cantidad y sustancialidad de la muestra de la obra musical originaria, sino también la similitud



substantial entre la nueva obra musical y la obra de la cual se obtuvieron las muestras de sonido, es decir, que la audiencia promedio pueda reconocer el origen o procedencia de las muestras de sonido. Para ese efecto, la Corte hizo referencia a otro caso similar anterior, donde el acusado alegó realizar un uso justo:

El acusado copió seis de treinta y ocho compases del standard de 1950 «When Sunny Gets Blue» para hacer la parodia titulada «When Sonny Sniffs Glue» y paralelamente utilizó las líricas originales con solo unas pequeñas variaciones. De cualquier manera, a pesar de las similitudes sustanciales, nosotros sostuvimos que a pesar de todo el uso no infringió, como una parodia, este era un «uso justo» bajo el artículo 17 de la Ley de Copyright de Estados Unidos (Corte de Apelaciones, 2003).

Finalmente, la Corte de Apelaciones resolvió:

Nosotros sostenemos que el uso de los Beastie Boys de un breve segmento de esa composición, consistente en tres notas separadas por medio tono sobre una base de C, no es suficiente para sostener un reclamo por infracción del copyright de Newton en la composición «Choir». Nosotros afirmamos la decisión de la corte de distrito de otorgar un juzgamiento sumario en la base que el uso de Beastie Boys de la composición fue de *minimis* y por tanto, no accionable (Corte de Apelaciones, 2003).

Esta sentencia constituye un importante precedente sobre el muestreo de obras musicales, puesto que estableció que para determinar si era aplicable el uso de la doctrina de *minimis* o un uso justo, debían evaluarse técnicamente los parámetros que señala el artículo 107 de la Ley de Copyright de Estados Unidos, tales como la cantidad y la sustancialidad de la porción usada en relación con la obra protegida como un todo, además de la similitud sustancial entre las obras y el efecto económico de la nueva obra musical en el mercado potencial o el valor de la obra protegida por *copyright*.



3.1.3 VMG SALSOU, LLC contra MADONNA LOUISE CICCONE, SHEP PETTIBONE, WB Music Corporation, Webo Girl Publishing, Inc., LEXOR Music, Inc., Warner Music Group, Warner Bros Records, Inc.

Este caso se suscitó por una obra musical de la cantante Madonna, quien a inicio de la década de los noventa lanzó una canción titulada «Vogue» que tuvo gran éxito comercial. En este caso, la entidad VMG Salsoul LLC demandó tanto a la cantante Madonna Louise Ciccone, Shep Pettibone, como a las compañías discográficas y distribuidoras WB Music Corporation, Webo Girl Publishing, Inc., LEXOR Music, Inc., Warner Music Group, Warner Bros Records, Inc.

La entidad VMG Salsoul LLC planteó la demanda por infracción al *copyright* contra Madonna porque en su canción titulada «Vogue» utilizó una muestra de sonidos de la canción «Love Break» y alegó “que el productor de Vogue, Shep Pettibone, copió un segmento de 0.23 segundos de trompetas de una canción previa, conocida como «Love Break» y usó una versión modificada de esa muestra cuando grabó «Vogue» (Corte de Apelaciones, 2016).

Este caso fue conocido por la Corte de Distrito, que aplicó la doctrina de *minimis* y concluyó que no constituye infracción, pues no existió un uso substancial o significativo de la obra originaria y que ambas obras no son similares, ya que el reclamo de la copia, si en dado caso existió, fue trivial, por lo que la Corte expresó que ni la composición o la grabación del sonido de la trompeta era original para propósitos de la Ley de Copyright. La corte falló que, incluso si la trompeta era original, cualquier muestreo de la trompeta era de *minimis* o trivial (Corte de Apelaciones, 2016).

La sentencia fue apelada y conocida por la Corte de Apelaciones que determinó que, a pesar de que se probó que los demandados habían utilizado una muestra del sonido del golpe de bocina de la canción «Love Break» y la habían manipulado, transformándola e incorporándola a la nueva obra musical titulada «Vogue», la regla de



la infracción ocurre solo cuando una porción sustancial es copiada, la cual está firmemente establecida en la ley. De la misma forma, si el público no reconoce la apropiación, entonces el copiadador no se ha beneficiado del contenido expresivo del artista original. Consecuentemente, no hay infracción (Corte de Apelaciones, 2016).

En este caso, los magistrados de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, en sentencia de fecha 2 de junio de 2016, resolvieron que la doctrina de *minimis* es una excepción aplicable a las grabaciones sonoras protegidas cuando se cumplen los parámetros establecidos en el artículo 107 de la Ley de Copyright, y se apartaron del precedente del caso Bridgeport resolviendo: “nosotros sostenemos que la excepción “de *minimis*” aplica a las acciones alegando infracción del copyright de un fonograma” (Corte de Apelaciones, 2016).

Es importante señalar que el juez Silverman que conformó la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, se apartó del criterio de los demás magistrados y razonó su voto e indicó encontrar persuasivos los argumentos por el Sexto Circuito en el caso Bridgeport, declarando:

Yo podría sostener que la excepción de *minimis* no aplica al muestreo de obras musicales, copiado, robado, pirateado, des apropiación – llámele como quiera – de grabaciones sonoras fijadas con copyright. Una vez el sonido es fijado, es propiedad tangible perteneciente al titular del copyright, y ningún otro tiene el derecho de tomar incluso un poco de ella sin permiso. Yo por tanto, respetuosamente disiento (Corte de Apelaciones, 2016).

Esta sentencia también constituye otro importante precedente con lo cual se constata que no existe jurisprudencia uniforme sobre el muestreo de obras musicales ya que existen distintos criterios de las Cortes de Estados Unidos en cuanto a la protección del *copyright* del muestreo de obras musicales y los usos honrados que reglamenta el artículo 107 de la Ley de Copyright. Consecuentemente, no existe un tratamiento uniforme por parte de la jurisprudencia y la legislación de Estados Unidos para este tipo de obras musicales.



3.2 Análisis de la legislación y jurisprudencia de Alemania

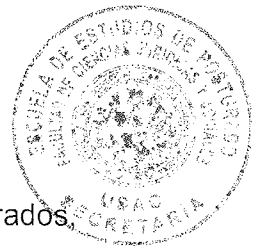
En la legislación de Alemania está vigente la Ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Urheberrechtsgesetz*) a la cual los tribunales suelen resumir en sus fallos por sus siglas en alemán como UrhG. Esta ley fue modificada el 4 de abril del 2016.

La legislación alemana reconoce el derecho de autor y los derechos conexos. En el caso de los autores, el artículo 11 establece que “el derecho de autor deberá proteger al autor con respecto a su relación intelectual y personal con su obra, e incluso con respecto a la utilización de su obra (Ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos y su enmienda, 1965).

La ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Alemania adoptó un sistema *sui generis* que protege el derecho moral y el derecho patrimonial del autor. El artículo 12 reconoce el derecho de publicación, el reconocimiento de paternidad o autoría y el derecho de integridad de la obra. En forma concatenada, de los artículos 15 al 23, se establece que el autor goza del derecho patrimonial de autorizar la distribución, la reproducción, exhibición, comunicación pública, distribución, recitación, ejecución y presentación, adaptación y transformación de su obra.

De la misma forma, el artículo 24 de la Sección IV Ámbito del Derecho de Autor de la Ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos de Alemania, regula el libre uso de las obras, normando:

(1) Una obra independiente creada por el libre uso de una obra de otra persona puede ser publicada y explotada sin el consentimiento del autor de la obra utilizada. (2). El párrafo (1) podría no aplicar al uso de una obra musical donde la melodía ha sido reconociblemente prestada de la obra y usada como la base para una nueva obra (Ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos y su enmienda, 1965).



El artículo establece importantes parámetros en relación con los usos honrados, ya que conforme la Ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos de Alemania, es posible crear una nueva obra independiente a partir de la obra de otra persona, la cual puede ser publicada y explotada sin el consentimiento del titular. Sin embargo, la excepción a la regla se estableció en el segundo numeral, ya que no se considerará un uso justo cuando se determine que el grado de similitud sustancial entre la obra originaria y la obra derivada, sea tal que un oyente promedio pueda reconocer que la melodía ha sido prestada y hay sido usada como base para una nueva obra.

Es pertinente señalar que el artículo 24 ha sido objeto de distintas interpretaciones por la Corte Federal de Justicia y la Corte Federal Constitucional de la República Federal de Alemania, especialmente en cuanto al muestreo de obras musicales, como en el caso de la agrupación musical Kraftwerk contra Moses Pelham, del cual se realiza un análisis sobre el contenido e interpretación de las sentencias emitidas por las referidas cortes.

3.2.1 Caso Kraftwerk contra Moses Pelham

El caso de la banda Kraftwerk ha sido uno de los más ampliamente discutidos en los tribunales y cortes de la República Federal de Alemania, ya que existen diversos pronunciamientos de la Corte Federal de Justicia y la Corte Federal Constitucional ambas de la República Federal de Alemania.

En 1977 la agrupación musical Kraftwerk compuso y lanzó la canción titulada «Metall auf Metall» en el álbum titulado «Trans Europa Express». Los integrantes supieron que varias muestras de su obra musical habían sido utilizadas por el productor Moses Pelham para crear la obra musical «Nur mir», en este caso, “de acuerdo con los hechos establecidos en los procedimientos de la corte civil, para producir dos versiones de la canción «Nur mir» fue muestreada del original una secuencia rítmica de dos segundos del *soundtrack* de la composición «Metall auf Metall» del álbum «Trans Europa Express» de la banda alemana Kraftwerk de 1977 e integrado, únicamente con menores



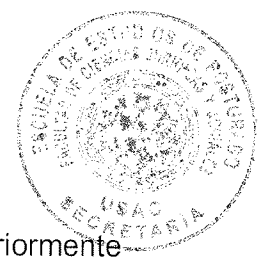
cambios, en las dos versiones como un ritmo repetido continuamente (bucle) (Corte Federal Constitucional de la República Federal de Alemania, 2016).

Los integrantes de Kraftwerk solicitaron a los compositores de la canción «Nur mir» y a la compañía de producción que desistieran de producir y vender los fonogramas con las dos versiones de la canción, y que entregaran las reproducciones para su destrucción. No obstante, las obras musicales no fueron retiradas ni destruidas, y en consecuencia los integrantes de Kraftwerk demandaron a Moses Pelham.

El caso fue conocido en dos ocasiones por la Corte Federal de Justicia de la República Federal de Alemania que resolvió:

Incluso el uso de partes extremadamente cortas de un diseño sonoro producido por otra parte constituía una interferencia con el derecho del productor del fonograma de protección de su trabajo preceptuado en el artículo 85(1) de la UrhG, primera sentencia UrhG y generalmente requiere de aprobación posterior. Al aplicar la provisión del artículo 24(1) UrhG, la corte reconoció el uso libre como una excepción a este requerimiento. Pero el prerrequisito para dicho uso libre era que la secuencia en cuestión no pudiera ser reproducida en una forma que sonara como el original. De acuerdo a los hallazgos de la Alta Corte Regional de Hamburgo (Oberlandesgericht) (Sentencia de fecha 17 de agosto 2011 – 5 U 48/05) esta era, como fuera, posible en el presente caso mientras los demandantes no invocaran el derecho al uso libre (Corte Federal Constitucional de la República Federal de Alemania, 2016).

En ese sentido, la Corte Federal de Justicia determinó que no importa si se trata de una pequeña muestra de sonidos de un fonograma, esto causa interferencia con el derecho del productor del fonograma, ya que se realizó una toma física del fonograma, y solo podrá considerarse un uso libre cuando no sea utilizada de tal forma que exista similitud sustancial entre ambas obras y sea fácilmente reconocible. Estas sentencias constituyeron un precedente con respecto al muestreo de obras musicales y declararon culpable al productor Moses Pelham de haber infringido el Derecho de Autor y Derechos Conexos de la banda Kraftwerk.



El productor Moses Pelham y la compañía productora de música, posteriormente plantearon una querrela constitucional en la cual “reclamaron en particular una violación a su derecho fundamental de libertad artística bajo el artículo 5, sección 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz – GG) (Corte Federal Constitucional de la República Federal de Alemania, 2016).

La Corte Federal analizó las decisiones disputadas analizando la protección que la Ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos reconoce a los autores y productores de fonogramas y el Derecho Fundamental de la Libertad Artística establecido en el artículo 5 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que norma:

Libertad de expresión, artes y ciencias. (1) Cada persona debe tener el derecho de libremente expresar y diseminar sus opiniones en discurso, escritura o fotografías, y para informarse sin impedimento de las fuentes generalmente accesibles. Libertad de prensa y libertad de reportar por transmisión y films deben ser garantizados. No debe haber censura. (2) Estos derechos deben encontrar sus límites en las provisiones de las leyes generales, en provisiones para la protección de personas jóvenes, y en el derecho al honor personal. (3) Artes y ciencias, investigación y enseñanza deben ser libres. La libertad de enseñanza no debe librar a cualquier persona de la adherencia a la constitución (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y sus enmiendas, 1949).

La Corte Federal Constitucional conoció la querrela de Pelham y de la compañía discográfica, resolviendo que:

Las decisiones disputadas violan la libertad de actividad artística de tres de un total de doce denunciantes (Art. 5 sec. 3 frase 1 de la Ley Fundamental, Grundgesetz – GG). 1. Las provisiones legales gobernando el derecho de los productores de fonogramas (85 sec. 1 sentencia 1 UrhG) y el derecho de uso libre (24 sec. 1 UrhG) con base en lo cual se recurrieron las decisiones, son compatibles con la libertad artística garantizada bajo el Artículo 5, sección 3 párrafo 1 GG y la protección del derecho de propiedad bajo el Artículo 14 sec., 1 GG. Estas proveen a las cortes confianza para interpretar y aplicarlas con la suficiente discreción para darles la consideración constitucional apropiada a la libertad de actividad artística en uno y la protección de la propiedad de los productores de fonogramas en la otra mano (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y sus enmiendas, 1949).

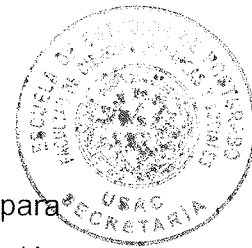


Otro aspecto analizado en esta sentencia fue establecer si se produjo un uso libre como lo estipula la Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos y analizar en contraposición el Derecho fundamental de Libertad Creativa Artística establecido en la Ley Fundamental, que determinó

En una valoración legal del uso de obras protegidas por derecho de autor, los titulares de los copyright interesados en prevenir la explotación comercial de sus obras por terceras partes sin su consentimiento se enfrentan con el interés de otros artistas de inducir un proceso creativo por un dialogo artístico con obras existentes sin ser sujetos a riesgos financieros o restricciones en términos de contenido. Si el desarrollo creativo de un artista es medido contra la interferencia de derecho de autor eso solo ligeramente limita las posibilidades de explotación, los intereses de explotación de los titulares de copyright pueden tener que ceder a favor de la libertad para entrar en un dialogo artístico. Estos principios son también aplicables si los fonogramas protegidos bajo la sección 85, frase 1 UrhG son usados para propósitos artísticos (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y sus enmiendas, 1949).

En esta sentencia, la Corte Federal Constitucional de la República Federal de Alemania se apartó del criterio sentado por la Corte Federal de Justicia en relación con el muestreo de obras musicales, indicando que no existe preeminencia entre el derecho de autor y derechos conexos y el derecho de libre expresión artística, y expresó que:

La presunción de la Corte Federal de justicia que incluso la inclusión de una pequeña secuencia de sonido constituye una interferencia con los derechos de los demandantes como productores del fonograma si la secuencia utilizada puede ser reproducida para sonar como el original, no toma en cuenta suficientemente el derecho de libertad artística. Donde un artista musical intenta usar muestras de obras musicales para crear una nueva obra no quiere abstenerse de incluir una muestra de una obra musical en su nueva pieza de música, la estricta interpretación del uso libre de la Corte Federal de Justicia lo pone en la posición de tener que decidir entre obtener la licencia de la muestra del productor del fonograma o reproducir la muestra el mismo. En ambos casos, como sea, la libertad de actividad artística y por consiguiente el posterior desarrollo cultural estaría restringido (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y sus enmiendas, 1949).



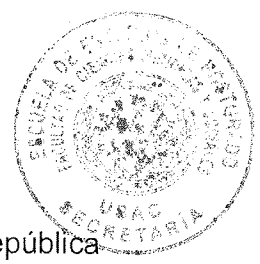
En ese mismo contexto, la Corte dijo que el hecho de obtener una licencia para realizar el muestreo de una obra musical no garantiza ni confiere un grado de protección equivalente de protección al derecho de libertad de actividad artística y en cuanto al proceso de autorización para el uso de las muestras de sonidos, indicó que:

El productor del fonograma está facultado para demandar el pago de una regalía de licencia por el uso de la muestra, la cantidad en la cual él es libre de determinar. El proceso de otorgamiento de derechos es extremadamente difícil en obras que incorporan muchas muestras diferentes en una manera de collage. Estos problemas solo son resueltos insuficientemente por bases de datos de muestras y agencias de servicios que asisten a los artistas musicales en el proceso de obtención de licencias para el uso de muestras de obras musicales (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y sus enmiendas, 1949).

Asimismo, al efectuar una exégesis de la sección 24, 1 UrhG, y al hacer una ponderación entre el Derecho de Autor y Derechos Conexos y el Derecho a la Libre Expresión Artística, la Corte Federal Constitucional, resolvió que:

Los intereses de explotación de los productores de fonogramas deben retroceder cuando son medidos contra los intereses del libre uso para actividad artística. El criterio adicional que una secuencia usada no puede ser reinterpretada en la forma como suena en el original, lo cual fue introducido por la Corte Federal de Justicia para la aplicabilidad del artículo 24 sección 1 UrhG para interferencias con los derechos de los productores de fonogramas, no es apropiado para lograr un proporcionado balance entre el interés de un continuo desarrollo de la actividad artística y los intereses de propiedad de los productores de fonogramas (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y sus enmiendas, 1949).

En este panorama es posible establecer que en la República Federal de Alemania es permitido el uso de muestras de sonidos fijados en un fonograma, y podrá obtenerse una licencia por parte del autor y del productor del fonograma, así como establecer una regalía por el uso de dichas obras. No obstante, este el derecho de explotación del autor y del titular del fonograma no pueden limitar el libre ejercicio del derecho de expresión artística que tienen otros artistas para poder partir de la base de una obra previamente



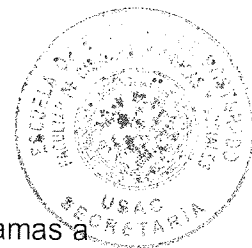
creada, lo cual es una garantía reconocida por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

3.2.2 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Kraftwerk contra Moses Pelham

La Sentencia de la Corte Federal Constitucional de la República Federal de Alemania ordenó al Tribunal Supremo de lo Civil y Penal entrar a conocer el Recurso de Casación planteado por Moses Pelham. El Tribunal Supremo de lo Civil y Penal conocieron nuevamente el caso y planteó una duda de interpretación de los artículos con respecto a las directivas de la Unión Europea. En consecuencia, el Tribunal referido planteó una petición de decisión prejudicial con el objeto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea efectuará la interpretación e integración de las normas en relación con las Directivas del Parlamento Europeo y del Concejo, estableciendo los alcances, limitaciones y excepciones al caso concreto.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizó las Directivas 2001-29 y 2006-115, ambas del Parlamento Europeo y del Concejo, que reconocen la protección del derecho de reproducción y distribución del productor de fonogramas, así como las excepciones y limitaciones a que están sujetos dichos derechos, en relación con lo que establece tanto la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania como el artículo 24 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor de la República Federal de Alemania.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentó un precedente en relación con el muestreo de obras musicales y, con fecha con fecha 29 de julio del 2019, consideró que el muestreo de una obra musical no siempre puede considerarse una copia o un plagio, conforme lo prescrito por el artículo 9, apartado 1, letra b) de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Concejo:



El derecho exclusivo conferido por esta disposición al productor de fonogramas a autorizar o prohibir la reproducción de su fonograma le permite oponerse a que un tercero use una muestra sonora, incluso muy breve, de su fonograma con el fin de insertarla en otro fonograma, a menos que esa muestra sea incorporada de forma modificada y que no resulte reconocible al escucharla. 2) El artículo 9, apartado 1, letra b), de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que un fonograma que contiene muestras musicales transferidas desde otro fonograma no constituye una «copia», en el sentido de esta disposición, de este otro fonograma si no incorpora la totalidad o una parte sustancial de ese mismo fonograma (Gran Ducado de Luxemburgo, 2019).

Conforme lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es posible establecer que el muestreo de obras musicales no podrá considerarse una copia o un plagio, siendo, en todo caso, necesario examinar el grado de utilización sustancial de la obra musical y la similitud sustancial para establecer si la muestra modificada es reconocible al escucharla.

En ese sentido, tanto la Ley de Derecho de Autor y Derechos Afines a los Derechos de Autor de la República Federal de Alemania como las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, reconocen el derecho del productor del fonograma de autorizar o prohibir la reproducción y distribución total o parcial de su fonograma. No obstante, el muestreo de una obra musical podrá realizarse siempre que no incorpore la totalidad o una parte sustancial de la obra, y que la muestra no sea reconocible al escucharla.

3.3 Análisis de la legislación y jurisprudencia del Reino de España

La legislación del Reino de España hace una distinción entre la Propiedad Industrial y la Propiedad Intelectual. En esta última categoría queda comprendido el Derecho de Autor y Derechos Conexos y afines.



El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del Reino de España o por sus siglas TRLPI, reconoce la protección del Derecho de Autor y Derechos Conexos, es decir, la legislación española reconoce al autor la existencia de derechos de carácter personal y patrimonial, los cuales están regulados en los artículos 14, 17 y 25 de la ley citada.

En forma similar a la legislación guatemalteca, el artículo 14 del TRLPI reconoce al autor el derecho de divulgación, el derecho de paternidad de la obra, el derecho de exigir respeto a la integridad de la obra o de impedir cualquier deformación, modificación o alteración que suponga un perjuicio o menoscabo a su reputación, el derecho de retracto y el derecho de acceder a la obra cuando se halle en poder de otro.

En relación con el derecho moral del autor, los numerales 3º y 4º del artículo 14 del Texto Refundido dicen que el autor podrá “(...) 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra. 4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación [...]” (Real Decreto Legislativo 1996). Por lo cual, tanto el autor como sus herederos podrán impedir que cualquier tercero pueda tomar una muestra de una obra musical para realizar una modificación, deformación o alteración de la obra del autor.

En relación con los actos de explotación, el artículo 21 del TRLPI establece el derecho de explotación y enuncia cuáles son los aspectos que deben cumplirse para que pueda realizarse:

Transformación. 1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. Cuando se trate de una base de datos a la que hace referencia el artículo 12 de la presente Ley se considerará también transformación, la reordenación de la misma. 2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos



resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación (Real Decreto Legislativo 1996).

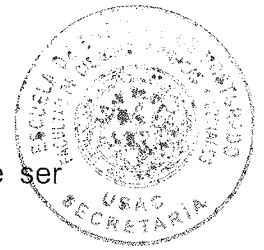
En ese sentido, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual reglamenta el derecho de transformación en forma más amplia que la legislación guatemalteca. Además, los artículos 106 al 109 y 115 al 117 establecen que para realizar cualquier acto de transformación, así como cualquier acto de explotación de una obra musical, se requiere contar con la autorización del autor, del productor del fonograma y de los artistas intérpretes o ejecutantes.

Respecto a la observancia del derecho de propiedad intelectual, el TRLPI, en el libro tercero, establece las acciones y procedimientos para la protección de los derechos contenidos en dicha ley. Los artículos 138 al 143 construyen acciones y medidas cautelares urgentes, el cese de la actividad ilícita, y determinados parámetros para fijar el *quantum* de la indemnización. El artículo 138 del TRLPI dicta:

Acciones y medidas cautelares urgentes. El titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor (...) (Real Decreto Legislativo 1996).

En ese sentido, el artículo establece como pena accesoria la publicación de la sentencia en medios de comunicación masiva, lo cual ha sido un aspecto reiterado en varias sentencias por violación del derecho de autor y derechos conexos.

Al efectuar un análisis comparativo entre la legislación del Reino de España y la legislación de la República de Guatemala, es posible deducir que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Industrial del Reino de España es más amplio en desarrollar los mecanismos de observancia y protección del Derecho de Autor y Derechos Conexos, así como la reparación del daño material y el daño moral, pues aunque no se pruebe la



existencia de un perjuicio económico, sí se produce un daño moral que debe ser determinado y resarcido con base a ciertos parámetros.

En relación con la protección y observancia de estos derechos, en España se han suscitado casos por infracción del derecho de autor y derechos conexos, relacionados con el muestreo de obras musicales, estableciéndose destacables precedentes relacionados con la protección de dicho tipo de obras.

3.3.1 Caso Donato y Radio Bemba contra Editorial Pagina Cero, S. A. y The Love Comes, S. L.

El caso se inició por la demanda planteada por Don Maximiliano y Radio Bemba como entidad cesionaria de los derechos patrimoniales de Don Maximiliano, contra la Editorial Pagina Cero, S. A. y The Love Comes, S. L., por la violación de derechos de propiedad intelectual, ya que las entidades demandadas utilizaron y transformaron ilícitamente una canción compuesta por el actor Don Maximiliano titulada «Me gustas tú», en la campaña publicitaria de un diario de difusión gratuita denominado ADN, que es publicado por la entidad EDITORIAL PAGINA CERO, S.L., la cual encargó a la entidad THE LOVE COMES, S.L. la realización de una campaña publicitaria, en la cual se incluyó una obra musical titulada me «Me gusta mi ADN».

El caso se suscitó porque el autor, Don Maximiliano:

Publicó en el año 2001 un CD titulado «Próxima estación... Esperanza», dentro del cual, en la pista número 6, se encuentra una canción titulada «Me gustas tú». Dicha canción fue editada en 1999 por la actora Radio BEMBA, en su calidad de licenciataria de los derechos del Sr. Maximino, y el referido álbum ha generado unas ventas de más de 2.500.000 ejemplares (Documentos nos 1 y 2 de la demanda, que incluyen el CD y la partitura de la referida canción). (...) Por su parte, la actora RADIO BEMBA (en adelante, BEMBA) es cesionaria de los derechos de explotación de las obras musicales del SR, Maximino por virtud de contrato de 29 de marzo de 1999, en el cual autoriza a dicha editora a difundir, reproducir y representar su catálogo musical y, en concreto, a adaptar y

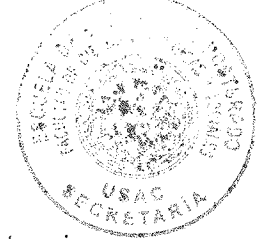


comunicar públicamente la obra «Me gustas tú» (Documentos nos 5 al 7 de la demanda) (Concejo General del Poder Judicial, 2009).

Tanto Don Maximiliano como Radio BEMBA manifestaron que en su oportunidad fueron contactados por la entidad The Love Comes Again y les propusieron poder crear una campaña publicitaria, y “utilizar la obra musical «Me gustas tú» en la campaña publicitaria de promoción de ADN, comunicando por correo electrónico incluso la letra de la canción que TLC proponía para la campaña, a lo que el SR. Maximino, a través de su representante, se negó expresamente” (Concejo General del Poder Judicial, 2009). Consecuentemente, las entidades demandadas no tenían autorización del autor ni del productor del fonograma, para utilizar su obra musical para dicha campaña publicitaria.

A pesar de la negativa de Don Maximiliano y de Radio BEMBA “las demandadas difundieron en septiembre de 2007, en televisión e Internet, un anuncio de publicidad del diario ADN en el que, según los actores, se reproduce, comunica y modifica la obra «Me gustas tú» sin autorización, lo cual fue comunicado a las demandadas vía requerimiento, respecto del cual las demandadas negaron la infracción” (Concejo General del Poder Judicial, 2009). Por lo cual, Don Maximiliano y Radio Bemba demandaron señalando que se había infringido sus derechos, al haber reproducido, comunicado públicamente, modificado y transformado sin su autorización.

El proceso fue conocido por la Sección 3 del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, ante el cual las partes presentaron alegatos y aportaron diversos medios de prueba. Como parte de las pruebas diligenciadas, se rindieron cinco informes periciales por parte de musicólogos, compositores y productores de obras musicales. Los peritos ofrecidos por las entidades demandadas, al analizar y confrontar la obra musical «Me gustas tú» y compararla con la obra musical «Me gusta mi ADN» determinaron que existían diferencias en cuanto al ritmo, la composición, la métrica de ambas obras musicales, sin embargo, guardaban ciertas semejanzas.



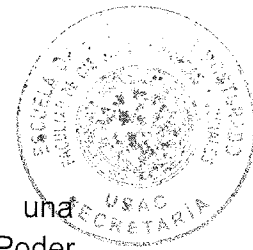
La Sección 3 del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona emitió sentencia y manifestó que “el nudo gordiano de la cuestión es verificar si la canción de los anuncios (Me gusta mi ADN) realizados por las demandadas es similar, puede inducir a confusión, recuerda o tiene relación con la canción del SR. Maximino «Me gustas tú» (Concejo General del Poder Judicial, 2009). Es decir, que lo importante radicaba en determinar si existía similitud sustancial entre ambas obras, que produzca una relación, asociación o confusión entre la canción «Me gustas tú» del demandante y la canción «Me gusta mi ADN» realizada por las entidades demandadas y utilizada en la campaña publicitaria.

En la sentencia se consideraron varios aspectos tales como la originalidad y el grado de similitud existente entre ambas obras musicales, por lo cual resolvió que

Sí deben considerarse infringidos los derechos de propiedad intelectual de los actores y, en concreto, el derecho de integridad de la obra, pues la canción del SR. Maximino ha sido modificada y alterada sin su consentimiento, el derecho de reproducción, pues se ha producido una fijación indirecta y permanente de parte de la obra del SR. Maximino, y el derecho de comunicación pública, pues se ha permitido que una pluralidad de personas tenga acceso a la obra sin una previa distribución de ejemplares (Concejo General del Poder Judicial, 2009).

Además de fijar un monto en concepto de los daños y perjuicios producidos al autor, también estableció que se produjo un daño moral a los actores, ya que la transformación produjo una lesión a la obra del autor y su personalidad, pues el autor había manifestado su negativa a la oferta que le fue realizada para poder incluir su obra en dicha campaña publicitaria. En consecuencia, dijo:

Si bien las circunstancias de la infracción (se negó a conceder autorización), la gravedad de la lesión (las demandadas ocultaron el origen de la melodía) y el grado de difusión de la canción (campaña publicitaria en Internet, que continúa, y televisión a nivel nacional) es importante, también lo es que la publicación de la sentencia en dos (2) periódicos de difusión nacional, en una (1) revista especializada, en el propio diario ADN y en Internet viene a cumplir, aunque sea parcialmente, con el resarcimiento en la infracción declarada de los derechos de propiedad intelectual que la legislación prevé. Con todo ello, y en aras a la facultad moderadora de los Tribunales en cuanto a la cuantificación de los daños morales, reconocida unánimemente por la jurisprudencia, quien resuelve



considera más razonable, por todos los motivos señalados, fijar una indemnización por daños morales de 20.000 Euros (Concejo General del Poder Judicial, 2009).

El juez resolvió:

DEBO DECLARAR Y DECLARO que las demandadas EDITORIAL PÁGINA CERO, S.A. y THE LOVE COMES, S.L. han infringido los derechos morales del actor DON Maximino al modificar su obra musical «Me gustas tú» sin su consentimiento. DEBO DECLARAR Y DECLARO que las demandadas EDITORIAL PAGINA CERO, S.A. y THE LOVE COMES, S.L. han infringido los derechos patrimoniales de la actora RADIO BEMBA al reproducir y comunicar públicamente la obra musical de DON Maximino «Me gustas tú» sin su consentimiento. DEBO CONDENAR Y CONDENO a las demandadas EDITORIAL PÁGINA CERO, S.A. y THE LOVE COMES, S.L. a cesar con carácter inmediato y abstenerse en el futuro de utilizar la obra musical "Me gustas tú" de DON Maximino, total o parcialmente, a través de cualquier soporte o medio (Concejo General del Poder Judicial, 2009).

La sentencia fue recurrida por las entidades demandadas EDITORIAL PÁGINA CERO, S. A. y THE LOVE COMES, S. L., y fue conocida por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. La Audiencia Provincial de Barcelona conoció en apelación y en su sentencia indicó que, en relación con la infracción al derecho de propiedad intelectual de los actores, debe distinguirse entre la violación al derecho de integridad de la obra que demandan los actores y la violación al derecho patrimonial de transformación:

Es preciso, por tanto, y así lo exige el precepto (art. 21 TRLPI) que sobre la base de una obra original preexistente sea creada una obra diferente. Por el contrario, la vulneración del derecho moral del autor a la integridad de la obra por él creada (art. 14.4º TRLPI), requiere, a diferencia de lo que sucede con la violación del derecho patrimonial a la transformación, que el resultado de la deformación, modificación o alteración no sea una obra nueva o diferente. La violación del derecho moral comportará, por tanto, la apreciación de que se trata de la misma obra, deformada o alterada, y no de una obra nueva y distinta (Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, 2008).

La Audiencia Provincial también revisó la valoración de los medios de prueba aportados, especialmente los dictámenes periciales, y determinó que el juzgado de lo



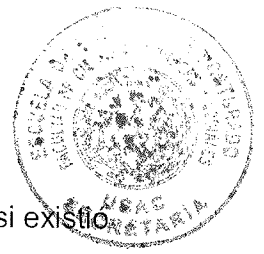
mercantil, erró en la valoración de la prueba, ya que se circunscribió a únicamente valorar el dictamen y comparación que realizaron los expertos:

A estos efectos hubiera sido muy útil un dictamen que practicara el llamado test del oyente medio (de uso frecuente en este tipo de litigios) que, previa exposición de los perfiles de oyentes seleccionados, mostrara, en un grado que pudiera estimarse suficiente, si la percepción del público, identificado con esa figura ficticia, es efectivamente de evocación o recuerdo de la obra del Sr. Donato, como paso previo a determinar si esa relación, evocación o recuerdo se traduce en la falta de distinguibilidad de ambas obras o en un grado de apropiación de los elementos de la obra ajena que justifique la estimación de la infracción de los derechos de autor. La ausencia de ese medio de prueba, sobre el hecho que se configura como el presupuesto de la infracción, debe perjudicar a la parte actora (art. 217.1 y 2 LEC), pues no estimamos suficiente a estos efectos la percepción del perito, ni tampoco esclarecedora ni determinante la procedente del propio tribunal. Por ello la demanda debe ser desestimada (Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, 2008).

En ese sentido, la Audiencia Provincial expresó una duda razonable sobre la similitud de ambas obras ya que únicamente se valoró el dictamen de expertos, pero a criterio de los miembros de la Audiencia el medio de prueba idóneo era un test donde el oyente promedio pudiese determinar si al escuchar una y otra canción, establecía alguna relación entre las mismas; consecuentemente, al existir la duda razonable por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvió:

Estimamos los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de EDITORIAL PÁGINA CERO S.L. y de THE LOVE COMES S.L., contra la sentencia dictada en fecha 22 de octubre de 2009, que revocamos, y en su lugar acordamos desestimar la demanda interpuesta por la representación de Donato y RADIO BEMBA contra dichas demandadas, a las que absolvemos de los pedimentos formulados en su contra, sin imposición de costas en ninguna de las dos instancias (Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, 2008).

Es posible determinar que la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial de Barcelona constituyen un precedente, ya que por un lado el Juzgado de lo Mercantil determinó que no existe infracción cuando no se pruebe que ha existido un uso sustancial de la obra musical, y por otro, la Audiencia Provincial de



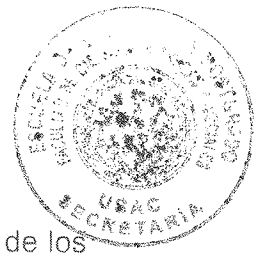
Barcelona establece que no basta examinar las obras en pugna para establecer si existió un uso sustancial de la obra musical, sino además es importante que el oyente promedio, al escuchar, pueda determinar si asocia ambas obras musicales, por lo cual es posible establecer que no existió un criterio uniforme para resolver el caso de infracción de derechos de propiedad intelectual por el uso parcial de muestras de una obra musical, y en consecuencia no se cuenta con elementos suficientes que den certeza jurídica para lograr una adecuada protección.

3.3.2 Caso María Jesús Álvarez y Javier Dotú contra Manu Chao

El caso inició por la demanda presentada ante el Juzgado de Primera Instancia Número 71 de Madrid por María Jesús Álvarez y Javier Dotú contra Manu Chao, la productora y editora Radio Bemba y Virgin Francia como distribuidora, por la vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

Los demandantes son la locutora de Radio Nacional de España María Jesús Álvarez Moro y el actor de doblaje Francisco Javier Dotú Sanjuan, quienes manifestaron que el músico Manu Chao utilizó sin su consentimiento una muestra de sonido grabada de la estación de la línea 4 del metro de Madrid, que anuncia la llegada a los viajeros a dicha estación, de tal forma que “esa grabación fue incluida en el disco «Próxima estación... Esperanza» de Chao, que también repite esa frase en diversos temas como «Me gustas tú», «Merry Blues» e «Infinita tristeza» (EFE, 2013). En ese sentido, se deduce que el artista Manu Chao realizó la grabación y muestreo del sonido de las voces de los actores, sin contar con su consentimiento previo, incorporando dichas muestras a varias obras musicales contenidas en el álbum del demandado, violando así el derecho de los autores y del productor del fonograma.

El proceso fue conocido por el Juzgado de Primera Instancia Número 71 de Madrid, que en Sentencia condenó al artista Manu Chao a la publicación en diversos medios de comunicación pública, reconociendo su error al haber utilizado las muestras



de sonido de las voces de los actores sin su consentimiento, y condenó al pago de los daños y perjuicios que fueron causados por la violación al derecho de los autores.

El contenido de la sentencia no fue publicado en el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, sin embargo, el propio artista Manu Chao reconoció su error a través de la publicación de la noticia en diversos diarios locales e internacionales y realizó el pago ordenado a María Jesús Álvarez Moro y el actor de doblaje Francisco Javier Dotú Sanjuan.

3.4 Análisis de la legislación de la República de Guatemala en relación con el muestreo de obras musicales

En la República de Guatemala existe diversidad de obras musicales de distintos tipos y estilos. Entre estas está el muestreo de obras musicales u objetos sonoros, cuyos autores gozan de protección que les reconoce el artículo 42 de la Constitución Política de la República de Guatemala que reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor, los titulares de los mismos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales.

En forma sistemática, el artículo 1 del Decreto 33-98 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos dice que “la presente ley es de orden público y de interés social, y tiene por objeto la protección de los derechos de los autores de obras literarias y artísticas, de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión” (Ley 33, 1998). La ley fue reformada por los Decretos número 56-2000 y 11-2006, ambos Decretos del Congreso de la República de Guatemala. En dichas reformas, se estableció que los autores y titulares de derechos conexos cuentan con medidas adecuadas para la observancia de sus derechos, por lo cual se modificó el Título IX de la Ley citada, que contempla medidas de observancia del Derecho de Autor y Derechos.

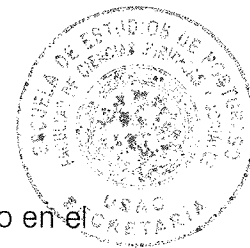


Las medidas de observancia implican que el autor y el titular de derechos conexos que estimen que exista un riesgo inminente o una amenaza grave de violación de sus derechos o cuando ya se haya producido la misma, pueden, con fundamento en el artículo 127 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, formular acusación mediante querrela ante el Tribunal de Sentencia competente, o si se produjere impacto social, una denuncia ante el Ministerio Público por la violación al Derecho de Autor y Derechos Conexos, que se encuentra tipificado en el artículo 274 del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal.

El tribunal podrá acordar y ordenar al Ministerio Público que efectúe la investigación preparatoria, y en caso de estimarlo necesario, éste podrá solicitar las medidas cautelares con carácter urgente con fundamento en el artículo 128 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos que dice:

El Ministerio Público, de oficio o a solicitud del titular del derecho o el agraviado, al tener conocimiento de un acto ilícito, dentro de los plazos que correspondan según las disposiciones del Código Procesal Penal, deberá requerir al Juez Competente que autorice cualesquiera de las providencias cautelares establecidas en esta ley o en el citado Código que resulten necesarias para salvaguardar los derechos reconocidos y protegidos por esta ley, y en los tratados internacionales sobre la materia de los que la República de Guatemala sea parte, y que se estén infringiendo, o cuando su violación sea inminente. (...) (Ley 33, 1998).

Consecuentemente, el Ministerio Público puede solicitar al juez competente que ordene las providencias cautelares reguladas en el artículo 128 citado, dentro de las cuales están la cesación de los actos ilícitos o comercio ilegal de la obra protegida, el secuestro o comiso de las copias o ejemplares ilícitos o bien de mercancías que de manera ilícita incorporan obras o fonogramas, los materiales e instrumentos empleados para producirlas, transportarlas, almacenarlas, distribuirlas, ofrecerlas para venta, arrendarlas o comunicarlas al público de cualquier forma, el cierre temporal de los locales donde se encuentren copias ilícitas de obras o fonogramas, o materiales e instrumentos empleados para producirlas.



El delito de violación al derecho de autor y derechos conexos está tipificado en el artículo 274 del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal, que enuncia diversos actos considerados como delito, entre los cuales indica: b) La deformación, mutilación, modificación u otro daño causado a la integridad de la obra o al honor y la reputación de su autor; c) La reproducción de una obra, interpretación o ejecución, fonograma o difusión sin la autorización del autor o titular del derecho correspondiente; d) La adaptación, arreglo o transformación de todo o parte de una obra protegida sin la autorización del autor o del titular del derecho; (...) g) La fijación, reproducción o comunicación al público por cualquier medio o procedimiento, de una interpretación o ejecución artística sin la autorización del intérprete o ejecutante o del titular del derecho.

El autor del delito de violación al derecho de autor y derechos conexos es también responsable civilmente de los daños y perjuicios causados al autor, al productor del fonograma, a los artistas, intérpretes y ejecutantes, y a éste podrá deducírsele la responsabilidad civil y mercantil atendiendo a lo que establece el artículo 133 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, que dice:

Los procesos civiles que se promuevan para hacer valer los derechos reconocidos en esta ley se tramitarán de acuerdo con el procedimiento del juicio oral establecido en el Libro Segundo, Título II, Capítulos I y II del Código Procesal Civil y Mercantil. No obstante, lo dispuesto en este artículo y cualquier otra disposición contenida en la presente ley que dé lugar a acciones civiles o mercantiles, los interesados también podrán utilizar métodos alternativos de resolución de controversias, tales como la conciliación y el arbitraje (Ley 33, 1998).

En ese orden de ideas, es posible establecer que cualquier modificación, transformación, reproducción, fijación, distribución de una obra musical que realice sin contar con la autorización del autor, del productor del fonograma, de los artistas, intérpretes o ejecutantes, podría conllevar el riesgo de cometer el delito de violación a los derechos de autor y derechos conexos, salvo que el uso de los fragmentos o muestras



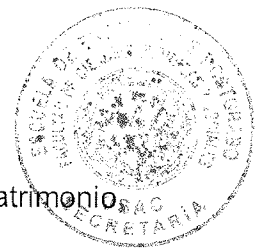
de la obra musical se haya realizado dentro de alguno de los casos que establecen los artículos 64 y 66 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Por lo cual, cualquier autor, ejecutante o productor de fonogramas que tenga conocimiento de que se han tomado, grabado, transformado parcial o totalmente su obra musical y muestras de la misma se han incorporado a una nueva obra, puede presentar querrela ante el Tribunal de Sentencia competente y si se produjere impacto social, denunciar ante el Ministerio Público la violación del derecho de autor y derechos conexos, así como también deducir la responsabilidad civil o mercantil contra el infractor, según sea el caso. No obstante, cabe señalar que atendiendo a la evolución que han tenido las telecomunicaciones y la tecnología, es difícil calcular el alcance y el impacto económico que tiene la reproducción y distribución de estas obras musicales y cuantificar los daños y perjuicios causados.

3.5 Análisis de la situación del muestreo de obras musicales en la República de Guatemala

En Guatemala existe gran diversidad de obras musicales, entre estas el muestreo de obras musicales que incorporan muestras de sonidos fijados en fonogramas preexistentes o grabados de objetos sonoros o musicales que no han sido fijados previamente.

Algunas de estas obras musicales han sido realizadas por músicos guatemaltecos como Igor de Gandarias o Joaquín Orellana, quienes utilizaron muestras de sonidos de expresiones de una determinada región geográfica, de una festividad o de un determinado grupo étnico, integrándolas con otros elementos para dar vida a nuevas obras musicales. Es pertinente señalar la importancia de este tipo de expresiones populares de cierto grupo étnico o del folclor nacional, que podrían constituir un Patrimonio Cultural de la Nación, puesto que conforme el artículo 14 de la Ley de Derecho



de Autor y Derechos Conexos “las expresiones de folclore pertenecen al patrimonio cultural del país y serán objeto de una legislación específica” (Ley 33, 1998).

En ese sentido, cabe indicar que las expresiones de folclor solo pueden ser consideradas patrimonio cultural del país cuando estén plenamente identificadas, reguladas y consideradas como tales por Ministerio de ley o por declaratoria de autoridad, según lo indica el artículo 2 de la Ley Para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, que dicta que forman el patrimonio cultural de la Nación los bienes e instituciones que por ministerio de ley o por declaratoria de autoridad lo integren y constituyan bienes muebles o inmuebles, públicos y privados, relativos a la paleontología, arqueología, historia, antropología, arte, ciencia y tecnología, y la cultura en general, incluido el patrimonio intangible, que coadyuven al fortalecimiento de la identidad nacional. De igual manera, el artículo establece que se consideran bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación, los siguientes: (...) II. Patrimonio Cultural intangible, que es el constituido por instituciones, tradiciones y costumbres como la tradición oral, musical, medicinal, culinaria, artesanal, religiosa, de danza y teatro.

En forma sistemática, el artículo 25 establece que para que un bien intangible pueda ser declarado Patrimonio Cultural de la Nación, debe seguirse un procedimiento administrativo de declaratoria, y proceder a una declaración de bienes. La declaración de un bien de propiedad pública o privada como patrimonio cultural de la Nación, se iniciará mediante apertura de un expediente por el Instituto de Antropología e Historia de Guatemala, que emitirán dictamen sobre la procedencia o no de la declaratoria solicitada y la aplicación provisional de medidas de protección, conservación y salvaguarda, restricciones y prohibiciones y demás disposiciones a que están sujetos los bienes culturales. La declaratoria deberá emitirse por Acuerdo Ministerial, que deberá ser publicado en el diario oficial.

Los sonidos de una expresión artística regional, de folclor o determinado conjunto de obras musicales de los pueblos originarios, solo podrán considerarse como Patrimonio



Cultural de la Nación por ministerio de ley o declaratoria de autoridad competente, y solo en estos casos gozará de tal protección. En dicho caso, será necesario contar con la previa autorización de la comunidad o de quien ostente la autoridad y representación respectiva para utilizar los sonidos de este tipo de expresiones del folclor, siendo complejo determinar a quién corresponderá la titularidad de una tradición oral que pertenece a una comunidad o determinada región.

En el caso del muestreo de objetos sonoros o musicales, cuyos sonidos no han sido previamente fijados en un fonograma, pueden ser utilizados libremente sin necesidad de autorización o pago de alguna remuneración por el uso, grabación, reproducción, transformación y utilización de los mismos, para ser integrados en una nueva obra musical.

No obstante, cuando se trata del muestreo de obras musicales cuyos sonidos han sido fijados previamente en un fonograma, es necesario contar con la autorización expresa del autor, del productor del fonograma, de los artistas, intérpretes y ejecutantes para que se pueda realizar el uso, grabación, reproducción y transformación de las muestras de sonido, para crear una nueva obra musical.

En Guatemala se han suscitado algunos casos relacionados con el muestreo de obras musicales, ya que se han obtenido muestras de obras musicales y transformado para incorporarlas a una nueva obra musical, sin contar con el consentimiento del autor y del productor del fonograma, los cuales han presentado querrela ante el Tribunal de Sentencia competente, o cuando existe impacto social, denuncia ante el Ministerio Público por la violación al Derecho de Autor y Derechos Conexos y han sido conocidas por los órganos jurisdiccionales competentes.

En relación con este tipo de casos, se realizó la consulta y búsqueda en la Base de Datos de Normativa y Resoluciones Judiciales del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial del Organismo Judicial, y se pudo constatar que en la República

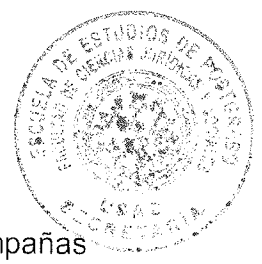


de Guatemala hasta el año 2019, no existe un registro detallado del número de sentencias relacionadas con este tipo de casos, ya que únicamente se lleva un registro estadístico de sentencias por materia.

Con ese objeto, también se consultó con representantes de la Fiscalía de Delitos contra la Propiedad Intelectual del Ministerio Público en relación con el delito de violación de derecho de autor y derechos conexos, manifestando que han conocido e investigado diversos casos por la violación del derecho de autor y derechos conexos y en algunos de estos se han logrado condenas. Asimismo, se indicó que únicamente se cuenta con una estadística general y varios de estos casos se han resuelto a través de convenios extrajudiciales. En ese sentido, dicha Fiscalía en el Informe Anual de Labores correspondiente al período 2018-2019, indicó que, “para este tipo de delitos, la mayoría de los casos finaliza con una salida alterna, por lo que van a juicio en menor escala que los delitos de propiedad industrial” (Informe de Labores del Ministerio Público, 2019).

En forma sistemática, también se efectuó una entrevista a Gonzalo Rodríguez, representante legal de las sociedades de gestión colectiva Asociación Guatemalteca de Gestión de la Industria de Productores de Fonogramas y Afines, por sus siglas AGINPRO y Musicartes, cuyo objetivo es administrar los derechos de los productores de fonogramas, así como efectuar el reparto de las regalías a los artistas, músicos, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas que se obtienen por la explotación, transmisión y comunicación pública de sus fonogramas, y que ha fungido como mandataria judicial y administrativo de los derechos sobre los repertorios de fonogramas de sus asociados.

Según manifestó Rodríguez, por parte de su representada han tenido conocimiento de que obras musicales de sus asociados que han sido utilizadas, recreadas o aludidas en forma parcial o total, o en otros casos han sido transformadas y modificadas e integradas a una nueva obra musical, en algunos casos las nuevas obras

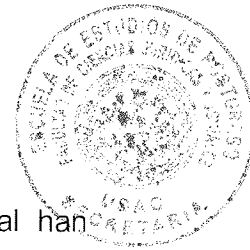


musicales fueron difundidas o comunicadas públicamente, como en campañas publicitarias.

En tales casos, expresó que su representada no se encuentra facultada para autorizar o prohibir la transformación total o parcial de una obra, ya que solo el autor, el productor del fonograma, los artistas, intérpretes y ejecutantes pueden conferir tal autorización, ya que su marco de actuación está delimitado conforme los que establecen los estatutos de su representada, que solo le permiten otorgar licencias para el uso, transmisión, retransmisión y comunicación pública de los fonogramas que integran su repertorio de obras musicales o para fungir como mandataria administrativa y judicial para representar a sus agremiados, ante una posible violación del derecho de autor o derechos conexos, pero no se encuentran legalmente facultadas para autorizar la modificación, transformación parcial o total de una obra musical fijada en un fonograma, como en el caso del muestreo de obras musicales, siendo necesario contar con la autorización y consentimiento del autor y del productor del fonograma. Atendiendo a estos casos, en algunas ocasiones han establecido contacto tanto con el infractor como con el autor o el productor del fonograma, con el objeto de lograr un acercamiento y de ser posible se logre un convenio extrajudicial en relación con la transformación, arreglo o modificación de la obra musical.

En este mismo sentido, Margarita Mendoza quien funge como Directora General de AEI, manifestó que su representada es una sociedad de Gestión Colectiva que tiene por objetivo defender y administrar los derechos patrimoniales de los autores guatemaltecos y extranjeros, así como recaudar las regalías que se generan por el uso, reproducción, distribución, comunicación pública, explotación de las obras musicales en cualquier forma y a través de cualquier medio.

En relación con el muestreo de obras musicales, Mendoza manifestó que en algunas ocasiones han sido informados por sus representados de que algunas obras musicales de su repertorio estaban siendo utilizadas, reproducidas, transformadas y



comunicadas públicamente a través de diversos medios, en virtud de lo cual han entablado comunicación con las entidades o sujetos infractores para solicitarles el retiro de las obras infractoras, o que se avocaran con su representada para poder llegar a un acuerdo con los autores, músicos o ejecutantes titulares de la obra infringida.

En estos casos, según manifestó, se ha logrado poner en contacto a los autores y a los infractores para que dialoguen sobre la infracción y medidas a tomar. En la mayoría de casos, se ha logrado que el autor y el productor del fonograma lleguen a un convenio extrajudicial con el infractor en relación al uso, reproducción y transformación de la obra musical, previo pago de una remuneración, así como de establecer el porcentaje de las regalías que se obtengan por la explotación de la nueva obra musical.

3.5.1 Sentencia emitida con fecha 24 de octubre de 2017 por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 2112-2016 de Inconstitucionalidad de Carácter General

En la República de Guatemala no existe un número significativo de sentencias por infracción del Derecho de Autor y Derechos Conexos relacionadas con el muestreo de obras musicales. Sin embargo, en el caso de mérito, se analiza la constitucionalidad de varios artículos de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, así como la omisión del Congreso de la República de Guatemala en legislar la adecuada protección de los conocimientos tradicionales. Entre estos se encuentran las expresiones culturales tradicionales, algunas de las cuales, como se ha explicado anteriormente, no cuentan con protección en la legislación guatemalteca y que en algunos casos han sido utilizadas sin autorización de sus titulares, como en el caso del muestreo de obras musicales.

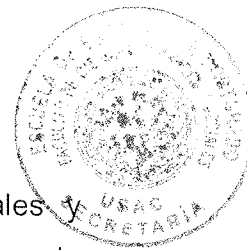
Este conocimiento tradicional se gesta en uno o varios grupos de individuos que a través de la práctica y en forma oral transmiten por varias generaciones su conocimiento acerca de diversas áreas como la agricultura, la cosmovisión, la indumentaria, las expresiones culturales tradicionales, entre otras, por lo cual, usualmente no están fijadas



en un medio físico ni se puede atribuir su autoría a uno de sus miembros. En ese sentido, las expresiones culturales tradicionales se entienden como una propiedad colectiva. Sobre este concepto, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore dicta:

En la esfera de la OMPI, los términos “expresiones culturales tradicionales” y “expresiones del folclore” designan las formas materiales e inmateriales por cuyo medio se expresan, comunican o manifiestan los conocimientos y las culturas tradicionales, como, además de la música y las interpretaciones o ejecuciones, las narraciones, nombres y símbolos, los diseños y las obras arquitectónicas de carácter tradicional (Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, 2017).

Atendiendo a lo señalado, son consideradas expresiones culturales tradicionales las obras musicales, las ceremonias, los cantos, las interpretaciones artísticas y demás formas de manifestación cultural, aun cuando hayan sido creadas por uno o varios miembros de la comunidad, siempre y cuando estas obras estén dotadas de ciertos elementos que la comunidad reconoce como propios, los cuales son transmitidos y preservados a lo largo del tiempo. En Guatemala se ha tratado de proteger las expresiones culturales tradicionales conforme lo preceptuado por la Constitución Política de la República de Guatemala, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT) el Código Civil, la Ley de Propiedad Industrial, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, la Ley Para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, y el Código Penal. No obstante, los miembros de varias comunidades han expresado la necesidad de contar con mecanismos adecuados de protección para estas expresiones culturales tradicionales, ya que como se explicó, muchas de estas han sido utilizadas y en algunos casos fijadas en un fonograma, especialmente varios de los sonidos de estas expresiones han sido fijados, muestreados e integrados a nuevas obras musicales, en muchos casos, sin conocimiento de la comunidad autora de la canción y sin que esta participe de los beneficios de la explotación de la obra musical creada.



En el caso objeto de análisis, las productoras de tejidos tradicionales y representantes de varias comunidades indígenas en la República de Guatemala plantearon una Inconstitucionalidad General Parcial contra los artículos 5, 12 y 113 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decreto 33-98 del Congreso de la República, el artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, Decreto 141-96 del Congreso de la República, los artículos 4 y 152 de la Ley de Propiedad Industrial, Decreto 57-2000 del Congreso de la República; y el artículo 274 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, porque según las postulantes el Congreso de la República de Guatemala ha omitido incluir normas que protejan sus Derechos de Propiedad Intelectual Colectiva, este proceso fue conocido en expediente número 2112-2016 por la Corte de Constitucionalidad.

Las postulantes indicaron que los mecanismos de protección que contempla la legislación guatemalteca son insuficientes para la protección de los derechos de Propiedad Intelectual Colectiva de los pueblos indígenas, ya que no se adecúan a la forma en que este tipo de expresiones culturales tradicionales son creadas, transmitidas y divulgadas, y explicaron que:

Todos los conocimientos y creaciones de los pueblos indígenas son colectivos, por ejemplo: los textiles y la indumentaria, ya que han surgido gracias a la participación de los miembros de ellos. La cosmovisión de los pueblos indígenas se basa en la colectividad; es decir, la propiedad pertenece a la comunidad; por ende, todos sus conocimientos y creaciones intelectuales pertenecen a todos ellos. En el mundo no indígena existe la preeminencia del interés individual mientras en los pueblos indígenas el interés colectivo es la regla general; por lo tanto, el concepto de propiedad intelectual de la sociedad occidental se diferencia de la visión que de ese tipo de propiedad tienen los pueblos indígenas; en la vida de estos, la propiedad colectiva es la base de su existencia (Corte de Constitucionalidad, 2017).

Al efectuar un análisis doctrinario y de los elementos valorados, la Corte de Constitucionalidad en Sentencia resolvió que no existe incompatibilidad en las normas contenidas en la Ley de Propiedad Industrial, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, y el Código Penal, ya que no violan



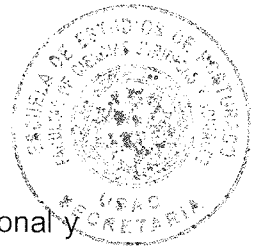
los principios de igualdad y de seguridad jurídica, así como el derecho a la identidad cultural y tampoco adolecen de la inconstitucionalidad por omisión relativa que se denuncia. Sin embargo, debe tomarse en consideración que atendiendo a las especiales características en que se crea, transmite y protege el conocimiento tradicional, así como las expresiones culturales tradicionales de las comunidades indígenas, en muchas ocasiones esta protección por medio de la legislación guatemalteca no es adecuada y funcional.

En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad indicó que, si bien la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación tiene por objeto reconocer, conservar y recuperar los bienes que integran el Patrimonio Cultural de la Nación:

En este no se logra dar respuesta a la necesidad de proteger los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, en especial con relación a textiles, en cuanto a su indebido aprovechamiento. La insuficiencia de cuerpos normativos como los antes comentados y de la legislación específica en materia de propiedad intelectual anterior refuerza la idea de que es necesario contar con un mecanismo especial de protección de esos conocimientos y expresiones para regular cómo puede darse legítimamente su aprovechamiento (Corte de Constitucionalidad, 2017)

Por lo cual resolvió acoger parcialmente la Inconstitucionalidad General Parcial planteada, tomando en consideración que la misma se planteó por la omisión relativa del Congreso de la República de Guatemala, al no regular de forma adecuada la protección de la propiedad intelectual del conocimiento tradicional y de las expresiones culturales tradicionales, y dijo que “para superar la deficiencia encontrada, debe ser emitida exhortación al Organismo Legislativo, para que, en atención a lo estimado en el apartado V.C de este considerando, emita el decreto de reforma legal que corresponda para superar la omisión constitucional encontrada (Corte de Constitucionalidad, 2017).

Del análisis de la sentencia se constata que esta representa un importante precedente judicial en materia de protección a las expresiones culturales tradicionales, ya que la Corte determinó que las normas contempladas en la legislación guatemalteca

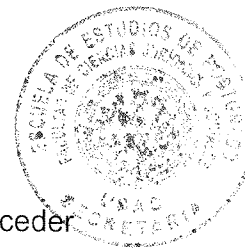


no son adecuadas ni logran proteger de una forma idónea el conocimiento tradicional y las expresiones culturales tradicionales, pues por su forma de creación, transmisión a lo largo del tiempo, ámbito temporal y territorial de protección, y cosmovisión de las propias comunidades indígenas, existe la necesidad que se legisle una normativa *ad hoc* para proteger este tipo de propiedad intelectual, exhortando al Congreso de la República que para cumplir con el mandato constitucional y resolver la omisión normativa, decrete una Ley sobre la materia.

En este caso, es posible determinar que a pesar que la legislación guatemalteca cuenta con normas en la Ley de Propiedad Industrial, la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, la Ley Para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, y el Código Penal, que tratan de proteger las expresiones culturales tradicionales de los pueblos originarios tales como las artesanías, los tejidos, la música, la danza, las ceremonias, la arquitectura, entre otras, estas normas no suficientes para lograr una adecuada protección de las expresiones culturales y es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, emita una norma *sui generis* regule de forma adecuada este tipo de propiedad intelectual.

En el caso de las expresiones culturales tradicionales como canciones, cantos, interpretaciones, o expresiones de otra clase, para suplir esa omisión normativa de la legislación se ha optado por celebrar contratos entre los representantes de las comunidades y los interesados, en los cuales se otorga una licencia para el uso de la obra y se pacta una regalía a favor del titular o de las comunidades por el uso de sus obras.

Un ejemplo de dicho sistema contractual lo constituye el Proyecto de Sonidos del Mundo del Museo Smithsonian que se puso en marcha en 2005 y tiene como finalidad poner música tradicional a disposición del público en general en Internet. En esta colección se pone a disposición de todo el mundo, varias bibliotecas de varios centros de investigación alrededor del mundo, así como diversas obras musicales y expresiones

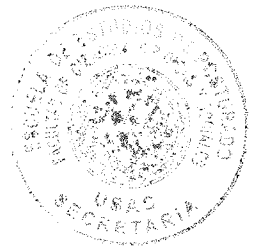


culturales tradicionales de diversas regiones del mundo, a las cuales se puede acceder en internet, y se pueden utilizar dichas grabaciones de sonidos, video, entre otros contenidos.

Por el uso, reproducción, utilización y especialmente el muestreo de cualquiera de las obras musicales se establece una tarifa, y se acuerda el pago de regalías por el uso de estas expresiones culturales tradicionales. En el caso de Smithsonian Folkways Recordings se indica que realizan el pago de las mismas a los autores y a sus comunidades:

Con la adquisición de Folkways y otras grabaciones sonoras maestras y materiales relacionados, el Smithsonian se tomó el trabajo de contabilizar y pagar regalías a muchas personas y organizaciones alrededor del mundo, desde que mucho del material es protegido por copyright bajo la ley de los Estados Unidos de América. Nosotros estamos orgullosos de nuestro sistema justo de regalías, el cual da apoyo a los artistas (y los suyos) en sus comunidades y mantiene las prácticas de dinámicas creativas que fomentan la diversidad cultural (Smithsonian Folkways Recordings, 2019).

En este modelo, para obtener la autorización del uso del material fonográfico y realizar el muestreo de obras musicales pertenecientes al catálogo de Smithsonian Folkways Recordings, es necesario presentar una solicitud de licenciamiento que figura en su página web, cuya solicitud es posteriormente analizada y en caso de determinar su anuencia al uso de las obras o grabaciones fonográficas maestras, se paga una regalía pactada por el uso del material fonográfico. Ante las deficiencias en materia legislativa para la protección de este tipo de expresiones culturales tradicionales, se ha optado por realizar acuerdos contractuales que permiten a las comunidades gozar de un adecuado reconocimiento de sus expresiones culturales tradicionales, tener un mejor control de la forma en que se utilizarán sus obras y obtener las ganancias y regalías por la utilización de estas.



CAPÍTULO IV

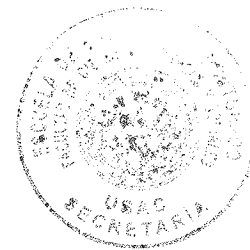
Análisis sobre el Muestreo de Obras Musicales con sus respectivos temas y subtemas y discusión de resultados, realizando el análisis pertinente

4 Análisis sobre el muestreo de obras musicales en la República De Guatemala y la protección al Derecho de Autor y Derechos Conexos

El muestreo de obras musicales ha dado lugar a la creación de nuevas obras musicales, cuyos autores también deben ser objeto de protección. No obstante, conforme la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, este tipo de obras podrían catalogarse como obras originarias u obras derivadas; sus especiales características no permiten una adecuada protección para los autores y titulares de derechos conexos. Asimismo, tampoco existen parámetros específicos en la legislación guatemalteca que permitan a los órganos jurisdiccionales competentes poder analizar si se ha suscitado la violación del derecho de autor y derechos conexos, por el muestreo de una obra musical.

En ese sentido, atendiendo al análisis comparado de la legislación y la jurisprudencia de cada uno de los países referidos, se ha podido establecer que este tipo de obras musicales ha tenido un tratamiento legislativo distinto. Asimismo, del examen de cada uno de los casos citados se ha constatado que los jueces, cortes y tribunales no han arribado a un criterio uniforme en cuanto al resolver casos que versan sobre el muestreo de obras musicales.

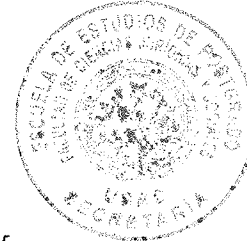
Es por ello que, a pesar de las diferencias señaladas, muchos de estos casos se han logrado resolver extrajudicialmente, a través de acuerdos contractuales o por medio de un sistema de licencias. Por ejemplo, en el caso de la discográfica Smithsonian Folkways Recordings que pone a disposición de los usuarios un amplio catálogo de obras musicales y expresiones culturales tradicionales de diversas partes del mundo, facilitando la posibilidad de solicitar la autorización para el uso de dichas obras musicales, con el objeto de realizar el muestreo de sonidos incorporados a las mismas.



Estos acuerdos contractuales han sido utilizados algunas veces en la República de Guatemala y por medio de estos se logra que los autores y productores de fonogramas obtengan la protección de su derecho moral y su derecho patrimonial, garantizando que se reconozca su nombre y la paternidad sobre su obra, así como que se preserve la integridad de la misma, evitando una mutilación o transformación que devenga en descredito de la personalidad del autor. También, se asegura el pago de una tarifa por el acceso a la copia maestra del fonograma, así como por el uso y muestreo de la obra musical. Otro aspecto importante a mencionar es que el autor recibirá un porcentaje de las regalías que se generen por la explotación económica de la nueva obra musical.

Es posible establecer que para lograr una adecuada protección del autor y del titular de derechos conexos, puede optarse por acuerdos contractuales en los cuales se regulen pactos y estipulaciones que permitirán al autor y productor del fonograma gozar de protección del derecho moral y patrimonial y de autorizar a un tercero para que acceda a la copia maestra, reproducir, grabar y obtener muestras de la obra fijada en el fonograma, o en dado caso acceder a las grabaciones de audio o expresiones culturales tradicionales para tal fin. Según esto, por medio de este contrato se reconoce la protección del derecho moral ya que el autor y los titulares de derechos conexos tienen derecho a que en los créditos de la nueva obra musical se haga mención de su nombre y pueden acordar que en el muestreo de la obra musical se respete la integridad de la obra musical.

En cuanto a la protección del derecho patrimonial, en este contrato se establecerá cual será la obra objeto de muestreo, cuál será el tiempo que se muestreará de la obra y la proporción que se utilizará de las muestras en la nueva obra musical. También se establecerá el valor de la tarifa o precio por autorizar el acceso a las copias maestras del fonograma o de la grabación sonora, la grabación y reproducción de la obra, el muestreo de la obra musical y el uso y transformación que se haga de las muestras obtenidas. A su vez, se establecerá el porcentaje de las regalías que percibirá el autor y el productor



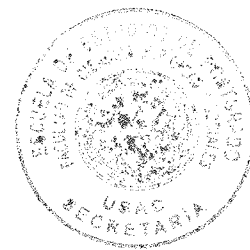
del fonograma por la explotación económica de la nueva obra musical, así como la forma, tiempo y lugar en que se realizará el pago de estas regalías.

Este modelo contractual ha sido adoptado por diversas entidades e instituciones, creando catálogos de obras musicales que dan acceso al público a dichas obras musicales. Estas entidades han obtenido previamente la autorización de los autores y titulares de derechos conexos, para poner a disposición las obras musicales y también para poder autorizar el uso, reproducción, transformación y muestreo de las mismas, a cambio de una tarifa pactada según la proporción y relevancia de la obra que será muestreada.

Estos contratos han facilitado el proceso de gestión y licenciamiento, ya que usualmente es necesario ubicar al autor y titular de derechos conexos para obtener su autorización. Asimismo, permiten dotar de certeza y seguridad al autor y demás titulares de derechos conexos de que se respetará la integridad de su obra y que, con antelación, conozcan la forma y modo en que se utilizarán sus obras musicales y que además obtendrán una remuneración por el uso, reproducción, grabación de la obra, así como participación en un porcentaje de las regalías que se generen por la reproducción, venta, alquiler y comunicación pública de la nueva obra musical.

Cabe señalar que, a través del muestreo de obras musicales, se ha logrado revitalizar obras musicales que han quedado en el desuso o el olvido por parte del público, como por ejemplo la obra musical de Elvis Presley «A Little Less Conversation» en el cual el productor y músico Junkie XL efectuó el muestreo de la obra musical incorporando nuevos elementos musicales propios, dotándole de un nuevo estilo, la cual alcanzó un gran éxito y aceptación a nivel mundial.

En atención a lo señalado, se realiza una descripción y análisis de las principales características y elementos que integran el contrato de muestreo de obra musical.



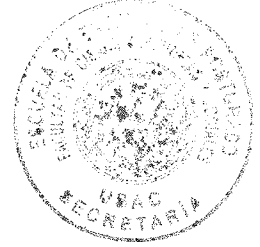
4.1 Contrato de Muestreo de Obra Musical

Por medio de este contrato, el autor, el productor del fonograma, los artistas, intérpretes y ejecutantes autorizan a un tercero (músico, productor, compositor) para que tenga acceso a las copias maestras de la obra musical y pueda grabar, reproducir y obtener muestras del fonograma donde esté fijada la obra musical o la grabación sonora donde estén incorporados los objetos sonoros o musicales, o las expresiones culturales tradicionales para utilizar las muestras obtenidas y reproducirlas, editarlas y transformarlas, incorporándolas en nueva obra musical distinta de la originaria.

El autor, el productor del fonograma, el artista, intérprete y ejecutante pactan con el interesado una tarifa por el acceso a las copias maestras del fonograma, así como por el uso, grabación, reproducción y obtención de las muestras de la obra musical. Asimismo, establecen el porcentaje de regalías que el autor y el productor del fonograma percibirán por la reproducción, venta y distribución de la nueva obra musical. En relación con el sistema de tarifas, Demers (2006) explica el costo estimado de remuneración este tipo de acuerdos en Estados Unidos y dice:

De acuerdo con concedores de la industria, el costo mínimo para la liberación del master actualmente ronda entre \$2,000 y \$7,000 más \$0.02-\$0.04 por cada unidad vendida (para asegurar ambos un mínimo de compensación por canciones que no se venden, así como utilidades graduales por pistas comercialmente exitosas). Si un sonido pertenece a un músico de alto perfil o compañía, las tarifas pueden naturalmente ser mucho más altas. Puff Daddy ofreció 50 por ciento de las ganancias de su hit de 1997 «I'll Be Missing You» a los publicistas del tema de la banda The Police titulado «Every Breath You Take». Por razón de las altas ventas de esta canción, la banda The Police sin lugar a dudas recibió muchos millones de dólares en compensación (pág., 118).

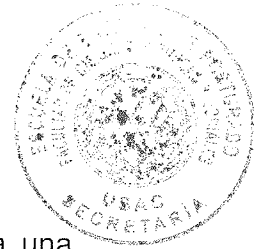
En ese sentido, las compañías discográficas, los productores de fonogramas y los autores pueden libremente determinar cuál será el costo mínimo para liberación de la copia maestra donde esté fijada la obra musical, y deberán establecer la forma en que se calculará el pago de las regalías a favor del autor y del productor del fonograma por la reproducción, distribución, venta o alquiler de la nueva obra musical.



Cabe indicar que este tipo de contrato es distinto a otros contratos que contempla la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, como el Contrato de Fijación de Obra que regula el artículo 101 que dice que “por el contrato de fijación de obra, el autor autoriza a una persona natural o jurídica, a incluirla en una obra audiovisual o fonograma para su reproducción y distribución, a cambio de una remuneración previamente acordada” (Ley 33, 1998). El contrato de muestreo de obra musical, a diferencia del contrato de fijación de obra, tiene por objeto permitir el uso, grabación y reproducción de muestras de sonidos de una obra musical previamente fijada en un fonograma o una grabación de audio, mientras que el contrato de fijación una obra musical tiene por objeto permitir que un productor fije por primera vez la obra musical en un fonograma o en un soporte físico una obra musical nueva.

Puede indicarse que, en el contrato de muestreo de obra musical, el autor y el titular de derechos conexos autorizan a un tercero para que pueda efectuar la grabación, reproducción y transformación de muestras o pequeños fragmentos de sonidos de su obra musical, y que éste las grabe, transforme e incorpore a una nueva obra musical a cambio de una remuneración previamente pactada. Mientras que en el contrato de fijación de obra el autor y autoriza al productor fijar la obra musical en un fonograma, para su reproducción, venta, distribución, transmisión de la misma a cambio de una remuneración pactada por cada uno de los actos de explotación.

Otra diferencia a señalar puede establecerse con respecto al derecho patrimonial, ya que en el contrato de fijación de obra, el autor y los artistas, intérpretes y ejecutantes, autorizan al productor del fonograma para que efectúe la fijación de la obra musical en un fonograma y pueda reproducirla, distribuirla y comunicarla públicamente a cambio de una remuneración pactada, fijando asimismo una participación de las regalías que se generen por la venta, alquiler y distribución de la obra musical, mientras que en el contrato de muestreo de obra musical, se pacta una remuneración a favor del autor, del productor del fonograma y demás titulares de derechos conexos de la obra musical, por el uso,



grabación, reproducción y transformación de las muestras. Asimismo, se pacta una remuneración proporcional a favor del autor y de los titulares de derechos conexos por la reproducción, distribución y explotación que se haga de la nueva obra musical.

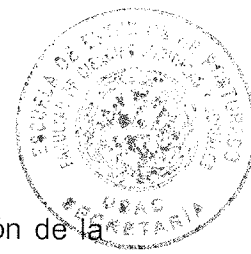
En el caso del muestreo de objetos musicales o sonoros que no estén incorporados en una obra musical fijada, el músico o productor deben tener la autorización de quienes interpreten o ejecuten tales objetos musicales o sonoros, para que estos puedan ser grabados, reproducidos, muestreados, fijados, transformados e incorporados a una nueva obra musical a cambio de una remuneración previamente pactada por tal ejecución. De la misma forma, se pactará una participación en las regalías por la reproducción, venta, alquiler y distribución de la nueva obra musical.

Este contrato posee diversas características que serán examinadas seguidamente, para comprender su naturaleza y efectos jurídicos.

4.1.1 Características del contrato de muestreo de obra musical

Dentro de las características del contrato de muestreo de obra musical, cabe hacer mención de las siguientes:

- a.** Es **Sinalagmático Perfecto**, porque el autor de la obra originaria, el titular del derecho conexo y el autor de la obra derivada generan obligaciones recíprocas para ambos contratantes. Por una parte, el autor y el productor del fonograma se obligan a dar acceso a la copia maestra del fonograma donde se encuentra fijada la obra musical, para que pueda realizar el muestreo y asimismo el autor de la nueva obra se obliga a hacer mención del nombre del autor y del productor del fonograma y demás titulares de derechos conexos. Asimismo, se obliga a realizar el uso de las muestras de manera que no afecte la integridad de la obra musical y como contraprestación debe pagar remuneración a favor del autor y del productor del fonograma por el uso de las muestras, así como pactar la participación de estos en



las regalías que se generen por la reproducción, distribución y explotación de la nueva obra musical.

- b.** Es **Oneroso**, pues se pacta una remuneración a favor del autor de la obra y del productor del fonograma, por el uso, reproducción, obtención de muestras y transformación de su obra musical. Asimismo, establece la participación en un porcentaje de las regalías que se generen por la reproducción, distribución y explotación de la nueva obra musical.
- c.** Es **Consensual**, puesto que el autor y el titular de derecho conexo deben dar su consentimiento para que su obra musical pueda ser usada, reproducida, grabada, muestreada y transformada por otro autor para crear una obra musical nueva.
- d.** Es **Voluntario**, ya que tanto el autor y titular de derechos conexos, como el autor de la nueva obra musical, deciden de forma autónoma, libre y espontánea, obligarse y otorgarse contraprestaciones recíprocas.

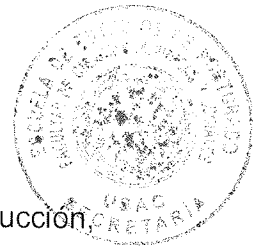
Conforme estas características, el contrato de muestreo de obra musical se puede definir como aquel negocio jurídico bilateral, constituido por un acuerdo pleno, consciente entre los contratantes por el cual el autor y el titular de derechos conexos dan su consentimiento libre, espontáneo, voluntario e informado para que otro autor pueda tener acceso a la copia maestra de una obra musical fijada en un fonograma, o los sonidos grabados de un objeto sonoro o musical, y pueda efectuar la grabación, reproducción y obtención de muestras para que estas puedan ser transformadas e incorporadas a una obra musical nueva y distinta, en la cual deberá hacerse mención del nombre del autor y titulares de derechos conexos, preservando la integridad de la obra, a cambio de una remuneración a favor del autor y del titular de derechos conexos por el acceso, uso, reproducción, grabación y transformación de muestras de sonido de la obra utilizada y la participación proporcional en las regalías que se generen por la reproducción, venta, distribución y explotación de la nueva obra musical.



4.1.2 Elementos del contrato de muestreo de obra musical

Partiendo de las características y de la definición antes enunciada, el contrato de muestreo de obras musicales contempla algunos pactos y estipulaciones fundamentales para garantizar protección al autor y a los titulares de derechos conexos:

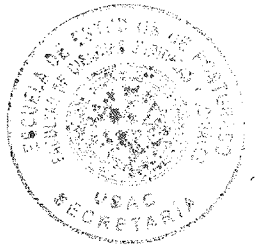
- **Identificación de los contratantes:** debe consignarse la identificación del autor o su seudónimo y del titular de derechos conexos de la obra musical que fue fijada en el fonograma, así como los datos de identificación del autor que realizará la nueva obra musical.
- **Datos generales de identificación de la obra musical muestreada:** debe identificarse el título de la obra musical, duración, así como el año y país en que fue publicada o comunicada por primera vez públicamente. Asimismo, indicar si la obra musical se encuentra registrada, especificando ante qué institución fue registrada y cuál es el número de registro, folio y libro que le corresponde.
- **Declaración del autor y titular de derechos conexos:** el autor y el titular de derechos conexos deberán manifestar que sobre su derecho patrimonial no obra ningún gravamen o limitación que pueda afectar los derechos del contratante, obligándose en todo caso al saneamiento de ley.
- **Ámbito temporal de validez:** debe indicarse cuál será el plazo máximo de durante el cual podrá realizarse el muestreo de la obra musical y la publicación de la nueva obra.
- **Ámbito territorial de validez:** debe indicarse en qué territorios o países autoriza el autor y el titular de derechos conexos que se efectúe la venta, alquiler, distribución, difusión y comunicación pública de la nueva obra musical.
- **Intransferible:** el autor de la nueva obra musical no podrá ceder total o parcialmente su derecho ni permitir que terceras personas tengan acceso al fonograma donde se encuentre fijada la obra originaria.
- **Remuneración:** se establece una remuneración a favor del autor y del titular de derechos conexos por el uso, grabación, reproducción, obtención de muestras y transformación de la obra musical. Asimismo, se pacta la participación de estos en un

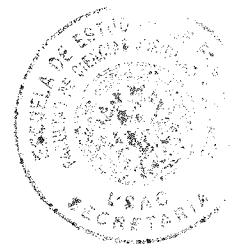


porcentaje de las regalías que se obtengan como producto de la reproducción, distribución, venta o alquiler, difusión y comunicación pública de la nueva obra musical.

- **Resolución de controversias:** los contratantes podrán acordar que cualquier controversia que se suscite por la interpretación del contrato podrá ser resuelto en la vía conciliatoria o a través de los órganos jurisdiccionales competentes de la República de Guatemala.

Conforme lo señalado, puede establecerse que el contrato de muestreo de obras musicales ha constituido una forma de suplir la inexistencia de normas que regulen el muestreo de obras musicales, permitiendo dotar de certeza, seguridad jurídica y una adecuada protección al autor y titular de derechos conexos, para que se preserve la integridad y se realice un uso adecuado de sus obras musicales de una forma regulada y adecuada.





CONCLUSIONES

Al concluir la investigación, se determinó que la hipótesis planteada se comprobó, en virtud que en la legislación y jurisprudencia a nivel internacional no existe un criterio unificado con respecto a las normas que regulen el muestreo de obras musicales. De esta manera, se comprobó que en la legislación de la República de Guatemala tampoco se cuenta con mecanismos adecuados de protección para los autores y titulares de derechos conexos, con respecto a este tipo de obras musicales, especialmente cuando se trata de expresiones culturales tradicionales. No obstante, estas deficiencias han logrado resolverse y pueden suplirse a través de acuerdos contractuales, lo cual permite brindar una adecuada protección a los autores de obras musicales y titulares de derechos conexos, evitando que se vulneren sus derechos y la integridad de la obra, con lo cual se logra certeza y seguridad jurídica para que este tipo de obras puedan ser realizadas. Lo anterior, permite obtener una remuneración justa por el uso y explotación de los ejemplares y reproducciones de este tipo de obras.

En la República de Guatemala, desde hace varias décadas, existe diversidad de obras musicales, entre las cuales hay un amplio catálogo de obras que incorporan muestras de objetos sonoros, obras musicales y expresiones culturales tradicionales, cuyos autores y titulares de derechos conexos no han sido objeto de una adecuada protección por parte de la legislación guatemalteca.

El muestreo puede realizarse tanto sobre una obra musical preexistente, como sobre un objeto sonoro que no esté previamente incorporado a una obra musical fijada en un fonograma, por lo cual este tipo de obras contiene características que deben ser reguladas.

El muestreo de obras musicales, así como cualquier uso, reproducción o transformación de una obra musical, ya sea parcial o totalmente, requiere de la autorización previa de su autor como del titular de derechos conexos.

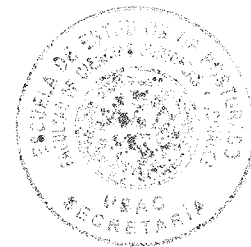


La legislación de diversos países aún no ha llegado a un consenso con respecto a la forma en que debe regularse y protegerse el muestreo de obras musicales, que logre otorgar una adecuada protección para los autores y titulares de derechos conexos.

La jurisprudencia de los jueces, cortes y tribunales de diversos países no ha sido uniforme sobre la forma de resolver los casos relacionados con el muestreo de obras musicales. Sin embargo, varios de estos litigios se han logrado resolver a través de acuerdos extrajudiciales, por medio de acuerdos contractuales entre los autores y titulares de derechos conexos.

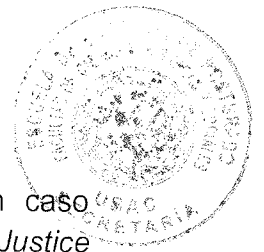
En la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la República de Guatemala no existe una adecuada regulación en cuanto al muestreo de obras musicales, especialmente cuando se trata de expresiones culturales tradicionales, por lo cual no existe un adecuado tratamiento para este tipo de obras musicales que permitan proteger adecuadamente el derecho del autor y de los titulares de derechos conexos, así como el Patrimonio Cultural de la Nación.

La inexistencia en la legislación guatemalteca de normas que regulen el muestreo de obras musicales para la adecuada protección de los autores de obras musicales y los titulares de los Derechos Conexos puede ser suplida vía contractual.



REFERENCIAS

- Agencia de Noticias EFE. (13 de septiembre de 2007). "El cantante Manu Chao reconoce que usó sin permiso las locuciones del Metro". *Diario El Mundo*. Recuperado el 05 de junio del 2016 de:
<http://www.elmundo.es/elmundo/2007/09/13/madrid/1189700785.html>
- Antequera, R. (2001). *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*. Madrid: Editorial Reus, S.A.
- Becerra, M. (2016). *Estudios de Derecho Intelectual en homenaje al Profesor David Rangel Medina*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore (2017). "Glosario de los términos más importantes relacionados con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales" Ginebra, Suiza. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Recuperado el 5 de noviembre de 2019 de:
https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_33/wipo_grtkf_ic_33_inf_7.pdf
- Congreso de la República de Guatemala. (21 de junio de 1998). Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Guatemala. [33-98]. DO: Diario de Centroamérica/ Recuperado de:
http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ljRbc1m4C6lJ:mcd.gob.gt/wp-content/uploads/2013/07/ley_derechos_de_autor_conexos_01.pdf+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=gt&client=firefox-b-d
- Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Artículo 3°. 26 de octubre de 1961. Recuperado de:
https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/rome/trt_rome_001es.pdf.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). 9 de septiembre de 1886. Disponible en: <https://biblioteca.ua.es/es/propiedad-intelectual/documentos/legislacion/convenio-de-berna.pdf>.
- Copyright. 1976. *Copyright Law of the United States* | U.S. Copyright Office. [En línea] Disponible en: <https://www.copyright.gov/title17/>. [Consultado el 15 de mayo del 2017].



Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de Estados Unidos. Sentencia en caso *Bridgeport Music vs. Dimension Films*. 410 F.3d 792. (03 de junio del 2005). *Justice Law*. Recuperado el 15 de mayo de 2017 de: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/410/792/574458>.

Corte de Apelaciones, Noveno Circuito. Sentencia 388 F.3d 1189 (9th Cir. 2003), 02-55983, *Newton v. Diamond*. (4 de noviembre del 2003). *Vlex*. Recuperado el 05 junio del 2016 de: <http://vlex.com/vid/388-f-3d-1189-598595390>.

Corte de Apelaciones, Noveno Circuito. Sentencia 388 F.3d 1189 (9th Cir. 2003), 02-55983, *Newton v. Diamond*.

Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. Sentencia caso *VMG SALSOUL, LLC v MADONNA LOUISE CICONNE, SHEP PETTIBONE, WB MUSIC CORPORATION, WEBO GIRL PUBLISHING, INC., LEXOR MUSIC, INC., WARNER MUSIC GROUP, WARNER BROS RECORDS, INC.* (2 de junio del 2016). Recuperado el 02 de junio del 2017 de: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/13-57104/13-57104-2016-06-02.html>

Corte Federal Constitucional de la República Federal de Alemania. Sentencia 1 BvR 1585/13 -Rn. (1 - 125). (31 de mayo del 2016). Recuperado el 15 de julio de 2016 de: http://www.bverfg.de/e/rs20160531_1bvr158513

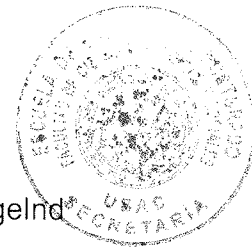
Corte de Constitucionalidad. Sentencia en Inconstitucionalidad de Carácter General, Expediente 2112-2016 (24 de octubre de 2017). Sistema de Consulta de Jurisprudencia Constitucional. Recuperado el 9 de mayo de 2019 de: <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente>

De Gandarias, I. (2008). *Desarrollo de la música electroacústica en Guatemala*. Guatemala: Editorial Universitaria.

Demers, J. (2006). *Steal This Music: how intellectual property affects musical creativity*. Georgia: The University of Georgia Press.

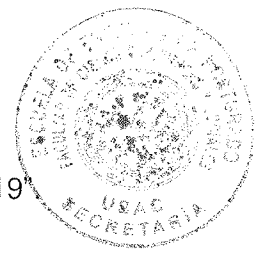
Garrido, P. (2013). *Derecho de Transformación y Obra Derivada*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Gran Ducado de Luxemburgo. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia (29 de julio de 2019). Recuperado el 10 de octubre de 2019 de:



<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216552&pageIdex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1342861>

- Gutiérrez, L. (26 de enero del 2017). *Informe sobre los derechos morales en Estados Unidos*. Instituto Autor. Recuperado el 5 de mayo del 2017 de: http://hemeroteca.institutoautor.org/story/Informe-sobre-los-derechos-morales-en-Estados-Unidos-_4518
- Jaramillo, A. (2010). *Manual de Derechos de Autor*. Bogotá: Dirección Nacional del Derecho de Autor.
- Juzgado de lo Mercantil de Barcelona. Sentencia en Juicio Declarativo Ordinario 920/2008. (22 de octubre de 2009). Concejo General del Poder Judicial. Recuperado el 25 de julio de 2016 de: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datas=ematch=AN&reference=6824140&links=me%20gustas%20tu&optimize=20130823&publicinterface=true>
- Juzgado de lo Mercantil de Barcelona. Sentencia en Juicio Declarativo Ordinario 920/2008.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*. México. UNAM.
- Ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos y su enmienda. (1965). Parlamento Federal de la República de Alemania. República Federal de Alemania. Recuperado el 02 de agosto del 2017 de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.pdf
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania y sus enmiendas. (1949). Consejo del Parlamento. Gaceta de la Ley Federal Parte III. República Federal de Alemania. Recuperado el 15 de noviembre de 2016 de: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.pdf
- Lessing, L. (2004). *Cultura libre: cómo los grandes medios usan la tecnología y la ley para controlar la cultura y la creatividad*. Estados Unidos: Creative Commons.
- Lindebaum, J. (1999). *Music Sampling and Copyright Law* (Tesis de licenciatura). Estados Unidos: Escuela de asuntos públicos e internacionales Wilson Woodrow, Universidad de Princeton.
- Lipszyc, D. (2006). *Derecho de Autor y derechos Conexos*. UNESCO.



- Ministerio Público (2019). "Primer Informe Anual de Labores, Período 2018-2019".
Ministerio Público. República de Guatemala. Recuperado de:
<https://www.mp.gob.gt/noticias/2019/05/primer-informe-anual/>
- Mueller, J., 2006. *All Mixed Up: Bridgeport Music V. Dimension Films and De Minimis Digital Sampling*. [En línea] Digital Repository @ Maurer Law. Disponible en:
<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol81/iss1/22/> [Consultado el 12 de junio del 2015].
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Boletín Oficial del Estado Número 97, de 22 de abril de 1996. Reino de España. Ministerio de Cultura.
- Schaeffer, P. (2003). *Tratado de los Objetos Musicales*. Madrid: Alianza Música.
- Self, H., 2002. *Digital Sampling: A Cultural Perspective*. [En línea] Escholarship.org. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/3g70x78x>. [Consultado el 5 de mayo del 2015].
- Smithsonian Folkways Recordings. Consultado el 20 de noviembre de 2019.
Recuperado de: <https://folkways.si.edu/frequently-asked-questions/smithsonian#what-is-sicr>
- Toledo, M. (2006). *Mapa del ruido en la música del Siglo XX*. Distrito Federal: UNAM.
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Artículos 2°, 14°. 20 de diciembre de 1996. Recuperado de:
https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/wppt/trt_wppt_001es.pdf.
- UNESCO, 1989. *Recomendación Sobre La Salvaguardia De La Cultura Tradicional Y Popular: UNESCO*. [En línea] Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. [Consultado el 25 de mayo del 2017].

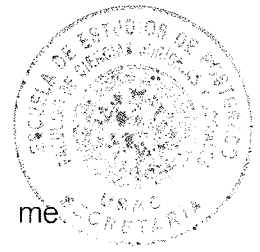


ANEXOS

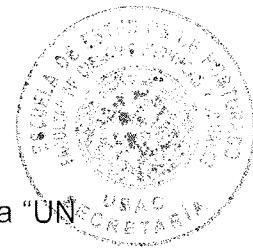
Anexo 1

MODELO DE CONTRATO DE MUESTREO DE OBRA MUSICAL.

NUMERO (____) En la ciudad de Guatemala, departamento de Guatemala, el _____ de _____ de dos mil veinte, **ANTE MÍ:** _____, comparecen: **a)** El señor _____ quien declara ser de _____ años de edad, soltero, guatemalteco, de este domicilio, quien se identifica con el Documento Personal de Identificación con Código Único de Identificación _____, extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, quien actúa a título personal y a quien se le podrá denominar indistintamente en el curso del presente contrato como "**EL AUTOR**"; **b)** El señor _____, quien declara ser de _____ años de edad, soltero, guatemalteco, de este domicilio, quien se identifica con el Documento Personal de Identificación con Código Único de Identificación _____, extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala; quien actúa en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la entidad **Analógico Records, Sociedad Anónima**; calidad que acredita con el acta notarial donde se hizo constar su nombramiento, faccionada en la Ciudad de Guatemala, con fecha _____ por el Notario _____, nombramiento que se encuentra vigente e inscrito en el Registro Mercantil General de la República con el número de registro _____, folio _____ del libro _____ de Auxiliares de Comercio; a quien en el curso del presente contrato se le podrá denominar indistintamente como "**PRODUCTOR DEL FONOGRAMA**"; y **c)** El señor _____, quien declara ser de _____ años de edad, soltero, guatemalteco, de este domicilio, quien se identifica con el Documento Personal de Identificación con Código Único de Identificación _____, extendido por el Registro Nacional de las Personas de la República de Guatemala, quien actúa a título personal; pudiéndosele denominar indistintamente en el curso del presente contrato como "**EL MÚSICO Y COMPOSITOR**". Como notario **HAGO CONSTAR:** **a)** Que los contratantes me manifiestan ser de los datos



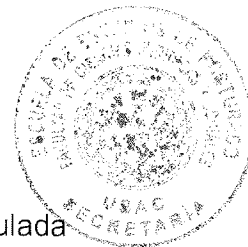
de identificación personal anteriormente consignados; **b)** Que los contratantes me manifiestan hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; **c)** Que he tenido a la vista los documentos de identificación personal de los contratantes, así como el documento con el cual uno de los contratantes acredita su representación, la cual es suficiente conforme a la ley y a mi juicio para el presente acto; que los contratantes de forma voluntaria, libre y espontánea, deciden celebrar **CONTRATO DE MUESTREO DE OBRA MUSICAL**, contenido en los siguientes cláusulas. **PRIMERA. DE LA TITULARIDAD DE LA OBRA:** Me manifiesta el señor _____ que es el único y legítimo **AUTOR** de la obra musical titulada "**TIERRA DE VOLCANES**"; asimismo, manifiesta el señor _____, que su representada es la **PRODUCTORA DEL FONOGRAMA** donde se encuentra fijada la obra antes referida. Ambos manifiestan que hasta la presente fecha no han cedido sus derechos patrimoniales que como autor y productor del fonograma les corresponden, y que sobre sus derechos no pesa ningún gravamen o limitación que puedan afectar los derechos del contratante, obligándose al saneamiento de ley, si lo declarado no fuere cierto. **SEGUNDA. DE LA OBRA MUSICAL.** Los comparecientes manifiestan, que la obra musical titulada "**TIERRA DE VOLCANES**" tiene una duración de tres minutos y cuarenta y cinco segundos (3:45), y se encuentra fijada en un fonograma que fue publicado por primera vez en la República de Guatemala con fecha veinte de mayo del año dos mil catorce, por la entidad Analógico Records, Sociedad Anónima; asimismo, expresan que la obra musical antes referida, se encuentra inscrita ante el Registro de la Propiedad Intelectual de la República de Guatemala, con el número de registro once mil quinientos veinte (11520), folio doce (12), del libro dos (2) de obras musicales. **TERCERA. DE LA AUTORIZACIÓN DE MUESTREO DE LA OBRA MUSICAL.** Continúan manifestando que por este acto, EL AUTOR Y EL PRODUCTOR DEL FONOGRAMA, de forma expresa, espontánea y voluntaria autorizan al **MÚSICO Y COMPOSITOR** en forma exclusiva, para que pueda realizar los siguientes actos: **a)** Acceder a la copia maestra del fonograma donde se encuentra fijada la obra musical "**TIERRA DE VOLCANES**"; **b)** Realizar el uso, grabación, reproducción, y obtención de muestras de la obra musical citada; **c)** Efectuar la edición de las muestras obtenidas, respetando la integridad de la obra musical; y en particular, transformar e incorporar



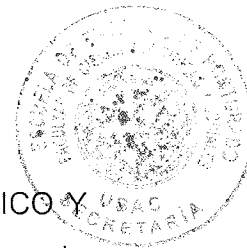
dichas muestras en la grabación de audio en la nueva obra musical que se titulara “UN DÍA DE SOL”; **d)** Efectuar la reproducción digital, distribución, comercialización, venta, renta, transmisión, retransmisión, ejecución y comunicación pública de la obra musical “UN DÍA DE SOL” en tiendas, servicios de transmisión inalámbrica, radio e internet; **e)** Efectuar el mercadeo electrónico, especialmente en conexión con muestras incorporadas a tonos de celular y otras formas de explotación de dispositivos de telecomunicaciones.

CUARTA. DEL AMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ. Manifiestan los contratantes, que el presente contrato tendrá una validez de **UN AÑO** a partir de la presente fecha. Al finalizar el período de vigencia del presente contrato, quedará prohibido al MUSICO Y COMPOSITOR poder realizar cualquier clase de uso, reproducción o transformación en cualquier forma. **QUINTA. DEL AMBITO TERRITORIAL DE VALIDEZ.** Los contratantes acuerdan que cualquier de los actos enunciados en la cláusula tercera del presente contrato, podrán ser realizados en todos los países del mundo, y que el músico y compositor de la obra musical titulada “UN DÍA DE SOL” queda expresamente autorizado para poder efectuar su reproducción, venta, distribución, transmisión, re transmisión, comunicación pública en cualquier país del mundo. **SEXTA. EXCLUSIVIDAD.** El presente contrato es celebrado en forma exclusiva con el MÚSICO Y COMPOSITOR, quien será el único responsable de poder realizar la reproducción, grabación, selección y obtención de muestras de la obra musical “TIERRA DE VOLCANES”; en consecuencia, el músico y compositor, no podrá ceder o transferir total o parcialmente sus derechos obtenidos al amparo de este contrato bajo ningún concepto; y se obliga a guardar el cuidado y la diligencia debida del material fonográfico original al cual tendrá acceso.

SÉPTIMA. DE LA REMUNERACIÓN. A) Por el uso, reproducción y transformación de la obra originaria, el MÚSICO Y COMPOSITOR paga en este momento al AUTOR y al PRODUCTOR DEL FONOGRAMA la cantidad de **DOS MIL QUETZALES (Q. 2,000.00)** a cada uno respectivamente, los cuales hace entrega mediante cheque con número de serie cero cero uno y cero cero dos, ambos del Banco Interexpress, Sociedad Anónima; los cuales el AUTOR y el PRODUCTOR DEL FONOGRAMA, declaran tener por bien pagados y recibidos a su entera satisfacción. **B)** Asimismo, de las regalías que se obtengan por la venta, alquiler, arrendamiento, distribución, reproducción, copia,



transmisión, retransmisión, publicación, comunicación pública de la obra musical titulada “UN DÍA DE SOL”, el **AUTOR** y el **PRODUCTOR DEL FONOGRAMA**, percibirán cada uno un **DIEZ POR CIENTO (10%)**; para lo cual, semestralmente se pondrá a la vista el informe de la liquidación, con el detalle de las ventas, alquiler, reproducción, comunicación pública que se haya efectuado de la obra y enviará dicha liquidación a las direcciones señaladas en el presente contrato. El Autor y el Productor del Fonograma, tendrán derecho de solicitar en cualquier momento se ponga a la vista los libros, estados de cuenta, así como las aclaraciones, correcciones o modificaciones respectivas relativas al pago de sus regalías; así como a solicitar judicialmente la rendición de cuentas y el pago de sus regalías. **OCTAVA. DE LA GESTIÓN DE DERECHOS.** Los derechos administrados por las sociedades de gestión colectiva, permanecen, en cualquier evento, inalterables y con plena validez y vigencia. **NOVENA. DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PRESENTE CONTRATO.** El presente contrato podrá darse por terminado en forma anticipada cuando concorra cualquiera de los siguientes actos: **a)** El músico y compositor no efectúe el uso, reproducción, grabación y utilización de las muestras de la obra musical titulada “TIERRA DE VOLCANES” en el plazo pactado; **b)** El músico y compositor efectúe un uso, reproducción o transformación que no respete la integridad de la obra antes citada, y que conlleve una mutilación de la obra y un atentado contra la personalidad del autor; **c)** El músico y compositor no efectúe el pago de las regalías en la forma y plazos pactados en el presente contrato; **d)** El músico y compositor venda, alquile, arrende o ponga a disposición de terceros total o parcialmente el material fonográfico al cual ha tenido acceso. **DÉCIMA. DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.** Los contratantes acuerdan que el presente contrato se regirá por las Leyes de la República de Guatemala. En caso de cualquier conflicto que surja de la aplicación o interpretación del presente contrato expresamente renuncian al fuero de sus domicilios, y se someten a la jurisdicción de los tribunales del Departamento de Guatemala, para lo cual, EL AUTOR, señala como lugar para recibir citaciones y notificaciones la _____, teniendo como bien realizadas las citaciones y notificaciones que allí le sean efectuadas; EL PRODUCTOR DEL FONOGRAMA señala como lugar para recibir citaciones y notificaciones la _____, teniendo como bien



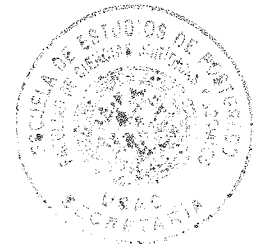
realizadas las citaciones y notificaciones que allí le sean efectuadas; y el MÚSICO Y COMPOSITOR, señala como lugar para recibir citaciones y notificaciones la _____, teniendo como bien realizadas las citaciones y notificaciones que allí le sean efectuadas. **DÉCIMA PRIMERA. ACEPTACIÓN.** Manifiestan los contratantes que aceptan el contenido de todas las cláusulas estipuladas en el presente contrato. Leo lo escrito a los comparecientes, quienes, enterados de su contenido, validez, y efectos legales, lo aceptan, ratifican y firman. **DOY FE.**

F)

F)

F)

ANTE MÍ:



Anexo 2

MODELO DE LA ENTREVISTA.

Universidad de San Carlos de Guatemala	Tipo: Entrevista con expertos.
Escuela de Estudios de Postgrado. Maestría en Propiedad Intelectual.	Expertos en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Buenos días (tardes):

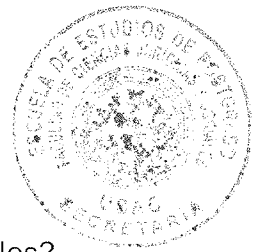
Se está realizando una investigación sobre “**EL MUESTREO DE OBRAS MUSICALES Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA CONFORME A LA LEGISLACIÓN COMPARADA**”, la que constituirá la tesis del entrevistador para optar al grado académico de Magister en Propiedad Intelectual, y con el propósito de recabar la opinión de profesionales expertos connotados en la materia, se están efectuando entrevistas como parte del trabajo de campo. Por tal motivo, me permitiré efectuarle las siguientes preguntas. No le tomará más de quince minutos. La información proporcionada será utilizada estrictamente para fines académicos, y será manejada con la confidencialidad del caso, o se harán los reconocimientos correspondientes, si usted lo permite.

Nombre del entrevistado:

Cargo:

Fecha y lugar de entrevista:

1. ¿A quiénes representa esta Sociedad de Gestión Colectiva?
2. ¿Qué opinión tiene con respecto al muestreo de obras musicales?



3. ¿Han tenido alguna experiencia con respecto al muestreo de obras musicales?
4. ¿Han intervenido como mandatarios judiciales de alguno de sus asociados en alguna controversia o proceso judicial relativo al muestreo de obras musicales?
5. ¿Qué acciones tomaron como Sociedad de Gestión Colectiva en dichas controversias?
6. ¿Están facultados por sus asociados como Sociedad de Gestión Colectiva para poder otorgar la autorización de uso, grabación, reproducción y transformación de una obra musical?
7. ¿Realizan alguna gestión en caso exista interés en realizar el muestreo de una obra musical de alguno de sus asociados?

Muchas gracias por su colaboración.