

Pontificia Universidad Javeriana

El Sampling, ante la regulación de Propiedad Intelectual en Colombia

Carrera de Derecho

Proyecto de Grado.

Tutor: Hernando Gutiérrez

Autor: Emilio Dalel Patiño

Resumen: El presente proyecto de investigación tiene como finalidad analizar la legalidad de la práctica del *sampling* o muestreo de audio, como recurso de creación de obras musicales nuevas o aplicadas, desde el punto de vista de la normativa colombiana. En el desarrollo, se busca encontrar criterios legales que permitan establecer si la misma constituye una vulneración al régimen de propiedad intelectual y los derechos de propiedad intelectual por parte de los actores de la industria que emprenden dicha práctica, tanto en la creación de la composición, como en la producción del fonograma que contiene la obra usada como *sample*.

Palabras Clave: Propiedad Intelectual; Derechos de Autor; Obras musicales; Muestro de audio.

Abstract: The purpose of this research project is to analyze the legality of the practice of *sampling* or audio sampling, as a resource for the creation of new or applied musical works, from the point of view of Colombian regulations. In the development, it is sought to find legal criteria that allow establishing if the audio-sampling practice constitutes a of a breach or misuse of copyrights by the actors of the musical industry that undertake this practice, both in the creation of the composition, and in the production of the phonogram containing the work used of the song, and/or the phonogram used as a *sample*.

Key Words: Intellectual Property, Copyright, Musical Works, Sampling.



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1: CARACTERIZACIÓN DE LA PRÁCTICA DEL SAMPLING.....	7
1.1.2. CONTEXTO HISTÓRICO	8
1.1.3 LA OBRA MUSICAL NUEVA, DERIVADA DEL PROCESO DE SAMPLING.	10
1.1.4 PRÁCTICAS SIMILARES AL SAMPLING.....	10
REMIXING Y EDITING.....	10
INTERPOLACIÓN DE OBRAS MUSICALES.	11
MASHUPS.....	12
1.1.5 CONCEPTOS FUNDAMENTALES.	12
1.1.6 POSIBLES ABORDAJES JURÍDICOS PARA ANALIZAR EL TRATAMIENTO QUE PUEDE HACERSE AL SAMPLING.....	13
OBRAS PROTEGIDAS.	14
LICENCIAMIENTO Y CESIÓN.	14
1.1.7 RÉGIMEN DE PROPIEDAD INTELECTUAL.	15
NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL.	15
NORMATIVA NACIONAL DE COLOMBIA.....	20
1.2.1 EL FONOGRAMA EN LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA	24
CAPITULO 2. EL SAMPLING Y LOS DERECHOS DE AUTOR.....	26
2.1.1 ESTUDIO DE CASOS RELEVANTES.....	27
BRIDGEPORT MUSIC INC. VS DIMENSION FILMS.....	27
GRAND UPRIGHT MUSIC LTD V. WARNER BROS. RECORDS.	28
VMG VS SALSOWL.	29
2.1.2 CONCEPTO DE FAIR USE Y DE MINIMIS TEST.....	31
2.2.1 DESCRIMINALIZAR LA COPIA.	38
2.2.2 INCENTIVAR EL COMERCIO Y REACTIVACIÓN DE OBRAS	38
2.2.3 CONCENTRACIÓN DEL MERCADO Y CENSURA	39
CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA.....	44
ANEXOS.....	50
ENTREVISTAS ANEXO A: LUIS LIZARRALDE.....	50
ANEXO B:ARTISTA, PRODUCTOR, COMPOSITOR.	53
ANEXO C:ENTREVISTA A FELIPE ORTEGA	55



Ref: Productor musical usando el proceso de sampling para crear una obra musical nueva.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda los asuntos jurídicos y prácticos de una práctica común como es el *sampling*. Para hacerlo, se inicia revisando las características de esta práctica y la tecnología que la hace posible. Luego se analizan otros tipos de práctica que tienen diferencias con ella pero comparten similitudes para luego analizar los conceptos y las diferentes normativas como estudios de casos y aspectos relacionados con la propiedad intelectual. Se enfatiza aspectos relacionados también con los derechos sobre el fonograma. Se procede luego a analizar cómo se regula esta actividad por parte del sistema legal colombiano y se analiza las implicaciones de esta normativa, así como las alternativas para que puedan legalizarse este tipo de prácticas, así como los aportes que puede hacer para dinamizar el mercado de las licencias y de las obras antiguas. Para culminar se aportan conclusiones y recomendaciones.

Revisar esta clase de problemas es relevante desde el punto de vista jurídico debido a que los importantes avances en la tecnología generan espacios tanto para la creación como para la explotación de diferentes productos asociados a las artes gráficas escénicas y musicales entre otras, cuyas tecnologías y características de elaboración generan conflictos y dificultades para poder aplicar las normas y leyes a estos nuevos contextos. Por esta razón es relevante que los Estados y las organizaciones supranacionales puedan revisar cómo armonizar los diferentes tipos de normas y derechos a las características y realidades que se van produciendo con los avances de la tecnología y las prácticas culturales que se practican en el día a día.

CAPÍTULO 1: CARACTERIZACIÓN DE LA PRÁCTICA DEL SAMPLING.

1.1.1 Conceptualización

Para iniciar la discusión es necesario presentar una definición clara del concepto o noción bajo estudio sobre la cual se generará el concepto jurídico y normativo, como es la realidad de la práctica de “sampling”. El *sampling* se puede definir como la actividad encaminada a la extracción de fragmentos de obras musicales pre-existentes para su utilización como recurso de composición en obras musicales nuevas¹. Por su parte, el diccionario Collins define esta práctica como: “el proceso de extraer de una grabación un fragmento y mezclarla con un diferente fondo musical”². Es decir, con una serie de elementos rítmicos, melódicos y/o sinfónicos que acompañen la muestra extraída de la grabación, formando en su conjunto una obra musical diferente o nueva. Así las cosas, por medio de este proceso de creación musical, se pretende usar la muestra de audio de una composición preexistente para crear o componer – a través de modificación y alteración de la obra preexistente- una obra musical nueva.

Con este punto de referencia, entonces se empieza a revisar progresivamente los aspectos históricos y la ubicación de la práctica dentro del universo de todas las prácticas que se presentan de uso y abuso de las obras musicales existentes y la identificación del o los problemas jurídicos emergentes al abordarlo desde el punto de vista normativo y legal.

¹ Rychlicki, T., & Zieliński, A. (2009). ¿Supone el sampling una infracción del derecho de autor en todos los casos? *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/06/article_0007.html

² Ver versión online del diccionario en: <http://www.collinslanguage.com/results.aspx>

?context=3&reversed=False&action=de ne&homonym=0&text=sampling [Consultado por última vez 28/8/21]

1.1.2. Contexto histórico

Existen importantes referentes y antecedentes históricos recientes relacionados con la problemática en estudio. Varios movimientos musicales surgidos a partir de los años 1970, 1980 y 1990 como el Hip-Hop y la música electrónica y otras particularmente en Estados Unidos, han desarrollado prácticas de explotación de obras anteriores en diferentes formas de postproducción y uso, renovado de fragmentos de música que son alterado y reutilizado para realizar nuevas creaciones, usando una serie de nuevas tecnologías que facilita este proceso. Entre ellas se destacan: el *scratching*, una práctica que consta de un acto en vivo en donde los disc-jockeys (técnicos conocidos con la abreviatura DJ, que se refiere a una persona que elige, mezcla, transforma y reproduce música grabada propia o de otros artistas en discotecas, salones de baile, u otros eventos)³ creaban música por medio de la mezcla de vinilos de hip-hop en Nueva York, en la cual por medio de 2 o más tornamesas y discos de vinilos, se creaban obras musicales mezclando distintas obras musicales preexistentes⁴.

Estas nuevas prácticas de los disc-jockeys se popularizaron y difundieron con amplitud de forma global, expandiéndose a otros géneros de la música, como la electrónica. Con la llegada de autores que impusieron géneros como el House de Chicago y el Techno de Detroit en las décadas de 1980 y 1990, se usaron las prácticas del muestreo musical como una de sus principales herramientas de composición musical⁵. Así mismo, aparecieron artistas como Dj Shadow quien, en 1994, por medio de una máquina reproductora de muestras musicales (*sampler*), compuso un álbum completo a partir de *samples* de géneros como funk, R&B y hip-hop⁶.

³ Cuvsi (2016) DJ. Conceptos, cualidades, historia y situación actual. Publicado en: <https://www.cuvsi.com/2016/09/los-dj-conceptos-cualidades-historia-y.html> [Consultado por última vez 15/12/21]

⁴ Davies, H (Julio 1994) A history of sampling, Experimental Musical Instruments, Pag 9

⁵ Martínez, D. (2016) Remix y apropiación; La reproductibilidad llega al Gran Caribe. Universidad del Norte.

⁶ (Bis)Martínez, D. (2016) Remix y apropiación; La reproductibilidad llega al Gran Caribe. Universidad del Norte.

Por otra parte, en Europa, desde 1970, bandas como Kraftwerk utilizaban la técnica del muestreo musical para captar sonidos de trenes, máquinas y motores para demostrar la interacción entre las máquinas y los humanos en la perspectiva de música futurista⁷. Posteriormente, la cultura de la remezcla de audio se fue consolidando, expandiéndose a lugares como Jamaica, donde por medio del del *remix* se creó un nuevo género musical llamado *Dub*; autores como Lee Scratch Perry usaron el muestreo musical para crear versiones nuevas de canciones preexistentes⁸. Así fue como, el muestreo musical se convirtió en un fenómeno de alcance mundial, establecido como practica de creación musical de bajo costo y al alcance de cualquier persona que pudiera grabar una muestra de audio.

Ahora bien, es indispensable anotar que, con la llegada del uso de esta técnica de fragmentos musicales de obras preexistentes o *samples* a la industria musical, se produjo un cambio del lenguaje con el que se componía y producía música, pues, dicho fenómeno introdujo una serie de elementos novedosos al proceso de creación, tales como: el uso de cambios de onda; la transposición de la tonalidad de la muestra; la posición de inicio del fragmento y la creación de instrumentos como lo son, los sintetizadores a base de sonidos muestreados⁹. Así las cosas, los autores de obras musicales, accedieron a nuevos recursos creativos que no solo permite usar un fragmento de una obra preexistente, sino modificarlo, enriquecerlos y combinarlos de maneras muy variadas.

⁷ Martínez, D. (2016) *Remix y apropiación; La reproductibilidad llega al Gran Caribe*. Universidad del Norte

⁸ Martínez, D. (2016) *Remix y apropiación; La reproductibilidad llega al Gran Caribe*. Universidad del Norte

⁹ Martínez, F. (octubre de 2013) *Sampling: Estudio sobre las limitaciones de los derechos de autor respecto de las funciones criticas de las obras remezcladas*. Pag 146.

1.1.3 La obra musical nueva, derivada del proceso de sampling.

Puntualizado lo anterior, ahora es importante abordar las implicaciones legales que, el desarrollo de estas nuevas obras trae para el régimen legal y normativo. Para el caso de Colombia, la muestra musical preexistente si tiene protección por parte de la normatividad, pues, según el artículo 8 de la ley 23 de 1982, sería posible ubicar a la obra fruto del proceso de muestreo musical como una obra derivada, es decir, *aquella que resulte de la adaptación, traducción, u otra transformación de una originaria, siempre que constituya una creación autónoma;*¹⁰ sin embargo, lo que no establece esta definición es, si para crear una obra derivada es necesario algún tipo de licencia o autorización de los titulares de la obra originaria previa a la utilización, pues la ley solo la define por su naturaleza y reconoce la existencia de las mismas, no la forma y la relación de derechos que su uso implica.

1.1.4 Prácticas similares al Sampling

Existen varios tipos de prácticas que han venido empezando a usarse gracias al desarrollo de prácticas y la disponibilidad de tecnología para tratar la información de una pieza sonora, diferentes al “*sampling*”, que es el objetivo de análisis detallado en este escrito donde se destaca el “Remix”, las interpolaciones y los mushups.

Remixing y Editing

Es el proceso en virtud del cual una grabación es usada por otro autor para modificarla y obtener una versión propia guardando fidelidad a la obra inicial¹¹. El

¹⁰ Ley 23 de 1882.

¹¹ Ver versión online del diccionario en: <http://www.collinslanguage.com/results.aspx>

?context=3&reversed=False&action=de ne&homonym=0&text=sampling [Consultado por última vez 28/8/21]

remixing o editing son conceptos que han sido traídos por la globalización de la música y también por la facilidad actual para mezclar y modificar obras musicales de manera rápida y útil, ya sea para la pista de baile, como es el caso de los Dj's, un show de radio u otros fines.

Así mismo, en el caso del *remix* se están usando fragmentos de obras preexistentes en una nueva obra musical, solo que en este caso el autor busca preservar el espíritu de la obra original. En este caso, el autor que crea el *remix* también necesita un permiso tanto del dueño de la composición como el del titular del fonograma de master, pues se están usando ambas. Por otro lado, el autor que hace esta obra derivada, deberá tener constancia de que existe permiso por parte del autor, pues este podría llegar a oponerse en un futuro a su publicación, o incluso reclamar sus regalías sobre la misma.

Interpolación de obras musicales.

Este fenómeno se presenta cuando se utiliza solo la composición de la obra musical más no se utiliza la grabación o el fonograma como tal. En este sentido, se define la interpolación como la práctica que realiza un autor al usar de manera consciente y determinada la composición musical de una obra preexistente en un proyecto musical propio. En este caso, el agente solo debe solicitar autorización al autor o titular de la composición, sin embargo, no es necesaria la autorización del productor de fonogramas pues no hay presencia de uno. Tratamientos de este tipo se pueden evidenciar en distintas obras musicales de la época como lo es: Lucid Dreams de Juice WRLD en donde se interpola, musicalmente, la famosa canción Shape of My Heart de

Sting¹², y en muchos otros casos cuando distintos autores han sido acusados de copiar melodías de hits musicales preexistentes.

Mashups.

Dentro de la industria musical y audiovisual se conoce el *mashup* como la remezcla de dos videos o muestras de audio preexistentes que al juntarse crean una obra nueva conocida como mashup. En este sentido la naturaleza jurídica del mashup sería la de una obra derivada de dos obras preexistentes, por lo cual, para su creación sería necesario la licencia de los autores de las dos obras usadas en la remezcla, así como de los dos productores de fonograma de cada obra en cuestión que sea utilizada en el mashup. En este caso particular, sería objeto de estudio, si pudiese ser esta una obra que cuente con la característica de originalidad para que sea protegida, ya que lo que está realizando el creador del mashup es la unión entre dos obras preexistentes sin agregar elementos nuevos de su autoría¹³.

1.1.5 Conceptos fundamentales.

Revisado antecedentes y problemas relacionados, ahora es necesario revisar algunas definiciones y conceptos que ayuden a analizar y caracterizar jurídicamente el problema en estudio, para un adecuado tratamiento conceptual. Para tal fin, los siguientes conceptos son necesario abordar.

¹² Garcia, J. (19 de noviembre de 2018). *La guerra se desata entre Juice WRLD y Sting por 'Lucid Dreams'*. Obtenido de The Medizine: <https://themedizine.com/p/guerra-juicewrld-sting>

¹³ Edwards R & Tayron C. (Octubre 2009) Political video mashups as allegories of citizen empowerment. Disponible en: <https://firstmonday.org/article/view/2617/2305>

Autor. “Se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique aparezca indicada en la obra¹⁴.

Obra. toda creación intelectual original susceptible de ser divulgada o reproducida de cualquier forma¹⁵.

Fonograma. toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos¹⁶.

Derecho de reproducción. Es la facultad exclusiva de explotar la obra en su forma original o derivada, mediante su fijación material en cualquier medio¹⁷.

Derecho de comunicación al público. Es la facultad exclusiva de poner a disposición del público las obras, en algunas legislaciones este derecho viene incluido en el derecho de reproducción y en otras legislaciones se entienden como derechos independientes¹⁸ (Santa, 2020).

1.1.6 Posibles abordajes jurídicos para analizar el tratamiento que puede hacerse al sampling.

Una vez, establecidas estas definiciones, es menester empezar a abordar las definiciones, conceptos y tratamientos que pueden darse a la práctica de sampling para

¹⁴ Ley 23 de 1982 Artículo 10.

¹⁵ Decisión 351, 1993 de la Comunidad Andina de Naciones.

¹⁶ Convención de Roma sobre los Artistas Intérpretes y Ejecutantes, los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. 26 de octubre 1961.

¹⁷ Artículo 9, Convenio de Berna.

¹⁸ Santa C (2020). *Music Bussines para todos*. Bogota: Editorial Quilombo.

poder caracterizar la forma actual de esta práctica, así como las posibilidades de hacerlo en el marco de la normatividad actual del país.

Obras Protegidas.

En Colombia, las obras se protegen desde su creación y es de aquí donde comienza su protección, sin necesidad de formalidad alguna, sin embargo, es indispensable aclarar que es lo que se protege en cada obra. Lo que se protege en la legislación colombiana es la materialización formal de las ideas en la obra, más no las ideas en sí. Esto quiere decir que, se protege y se tiene propiedad sobre las maneras en las cuales los autores incorporan esas ideas en la obra.

En este sentido, existe un requisito en la legislación colombiana para, que una obra pueda ser protegida, ella debe poseer algo que se conoce como “la originalidad de la obra”. Así pues, la originalidad va a estar determinada por lo que: “se encuentre en la obra lo propio del autor, que lleve impronta de su personalidad”¹⁹. Ahora bien, esta originalidad no hace alusión a la novedad de la obra, ya que esto no es un requisito en materia de derechos de autor.

Licenciamiento y Cesión.

Al referirse al licenciamiento se hace referencia a un negocio jurídico en virtud del cual, el titular otorga un permiso de uso de la obra en unos términos especificados, sin embargo, en este caso, se conserva la titularidad de la obra, es decir no hay traslado de propiedad. En cambio, al referirse a una cesión, se hace referencia a otro negocio jurídico distinto, que trata de un traspaso total de la titularidad de los derechos sobre la

¹⁹ Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Zavalía: Ediciones Unesco, pag-65

obra, y sobre los derechos patrimoniales de la misma²⁰. El negocio jurídico adecuado para autorizar el uso de un fragmento de una obra cualquiera, es el del licenciamiento, puesto que el autor de la obra originaria conserva su titularidad sobre la misma y hace posibles negocios jurídicos en un futuro, en cuanto a remixes, adaptaciones y en general regalías.

1.1.7 Régimen de propiedad intelectual.

Ahora bien, el sistema de propiedad intelectual en Colombia está regido, principalmente, por normas de tipo trasnacional con sólo algunas normas nacionales, esto quiere decir que el sistema colombiano, en materia de derechos de autor está regido principalmente por tratados internacionales ratificados por el Congreso de la República. Esto sucede porque ha habido un amplio despliegue por parte de la industria mundial de creación para globalizar un sistema global de Propiedad intelectual que pueda ser aplicable en distintos territorios a creaciones que, por su objeto de fácil divulgación, en este caso las obras musicales pueden fácilmente copiarse y usarse mucho más allá de la acción y capacidad del autor original.

Normativa internacional de propiedad intelectual.

Dentro de la vasta normativa relacionada con la propiedad intelectual en el mundo, se destacan algunos convenios y tratados que son aplicables de manera más directa al asunto bajo estudio y que se presentan a continuación.

²⁰ Lizarralde. Et al. (2021) El proceso de licenciamiento y música original en contenidos.

Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

Se concreta en 1886, donde se regularon varias materias de propiedad intelectual, entre ellas la protección automática de las obras desde su creación, los derechos mínimos en materia de propiedad intelectual que debían tener todos los países suscribientes, la vigencia sobre la protección, entre otras disposiciones.

Su relevancia radica en que, por primera vez, en este se regularon de forma organizada mundialmente los derechos de autor, ya que, antes de este convenio, muchos países tenían legislación nacional sobre el tema contradictoria, lo que generaba problemas en su aplicación y el diálogo con normas de otros territorios.²¹

La Convención Universal de los derechos de Autor de la OMPI.

Suscrita en Ginebra, Suiza en 1952, se crea con la finalidad de crear una protección universal de los derechos de autor, por medio del establecimiento de compromisos de los estados contratantes a tomar todas las medidas necesarias para proteger las obras musicales, literarias, artísticas, etc y garantizar su protección efectiva.

La Convención de Roma de 1961, sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

Se concreta en 1961 en Roma, Italia, donde se establece un desarrollo más profundo al tratamiento de los derechos de autor, así como los derechos conexos en cabeza de los demás derechohabientes que participan en el proceso creativo y ejecutivo de una obra.

²¹ Intellectual Property Rights Office. (2006). *A Brief History of Copyright*.
https://www.iprightsoffice.org/copyright_history/

Tratado de la OMPI para los derechos de autor

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual suscribe este tratado en 1996, con la finalidad de adaptar y modernizar la reglamentación mundial en cuanto a propiedad intelectual y sus nuevos retos en un mundo tecnológico y globalizado.

Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones. (1993)

Fue esta la decisión que creó un régimen común de propiedad intelectual creando un marco a los estados miembro. Con la presente decisión, se establecieron desde definiciones, derechos, vigencia hasta trámites procesales para la protección de los distintos derechos pertenecientes a la Propiedad Intelectual. Entre ellos son de mayor importancia para comprender el fenómeno del *sampling* los siguientes artículos.

Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que

atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

En el presente artículo se establecen los derechos morales de autor los cuales también se acompañan de unas características que los dotan de especialidad frente a los derechos patrimoniales, pues estos son inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables lo que los hace derechos personalísimos frente a los autores.

Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

En el presente Artículo se establecen cuáles son los derechos patrimoniales de autor y se establece que, es facultad del autor o sus derechohabientes autorizar u oponerse frente a estos actos. Es importante aclarar que, la presente no es una lista taxativa o cerrada, existen más actos que pueden ser autorizados u opuestos por parte de los titulares de una obra.

Artículo 14. Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.

En el presente artículo se define el concepto de reproducción, lo cual es indispensable en el caso de las obras musicales puesto que las mismas por su

naturaleza les es necesario un medio que permita su comunicación por ejemplo la distribución de copias o la fijación de la obra en un nuevo fonograma.

Artículo 33. La protección prevista para los Derechos Conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en este Capítulo podrá interpretarse de manera tal que menoscabe dicha protección. En caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor.

El presente artículo muestra la accesoriedad del fonograma frente a la composición que contiene, pues debe siempre primar la protección a los derechos de autor, por lo tanto en caso de conflicto entraría a primar lo que le convenga al autor de la obra intelectual.

Artículo 44: Es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo e lucro.

Artículo 153: El autor o sus representantes así como el productor de fonogramas podrán conjunta o separadamente, perseguir ante la justicia la producción o utilización ilícita de los fonogramas o de los dispositivos o mecanismos sobre los cuales se haya fijado la obra.

Artículo 187: Pertenecen al dominio público:

1. Las obras cuyo período de protección esté agotado;

2. Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos.
3. Las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos, y
4. Las obras extranjeras que no gocen de protección en la República.
- 5.

El presente artículo hace referencia a las obras que ya no le pertenecen a un titular y que por lo tanto son de libre uso siempre y cuando se respeten los derechos morales de los autores, los cuales son imprescriptibles y por lo tanto permanecen en el tiempo.

Así las cosas, con los presentes elementos normativos de la aplicación de las distintas normas transnacionales en materia de propiedad intelectual, surgió en Colombia normatividad regional y local como lo es las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, las cuales protegieron desde sus cimientos los derechos de autor y en general la propiedad intelectual llegando hasta la carta política.

Normativa Nacional de Colombia.

Constitución Política de Colombia.

En primera medida, en la carta magna de Colombia se encuentra protegida la propiedad intelectual en su artículo 61, de la siguiente manera “*El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley*”.²²

En la misma se establece la obligación de proteger la propiedad intelectual y de regularla, con un rol activo del Estado frente a la relación de las personas con sus obras y creaciones.

²² Constitución Política de 1991.

Ley 23 de 1982 Sobre los Derechos de Autor .

La presente ley es la principal fuente de legislación nacional frente a los derechos de autor como tal. En ella se reiteran las definiciones y conceptos ya mencionados en la Decisión 351 de la CAN (1993), así como se regula en profundidad distintas materias relevantes como la obtención de licencias, excepciones o limitaciones a los derechos de autor, la comunicación al público, la clasificación de las obras entre otras disposiciones. Desde su artículo 1, la ley en cuestión establece que, los autores de obras artísticas gozaran de protección sobre sus obras, así como los productores de fonogramas, entre otros sujetos de derechos conexos.

Así mismo, la ley en cuestión establece que, los derechos de autor corresponden durante su vida, y después de su fallecimiento disfrutaran de ellos quienes legítimamente los hayan adquirido, por el término de ochenta años. En caso de colaboración debidamente establecida el término de ochenta años se contará desde la muerte del último coautor²³. Ahora bien, en materia de territorio y en concordancia con los convenios suscritos, se entendería que, en el momento que se crea una obra esta tiene una protección instantánea en todos los territorios que han suscrito los convenios tanto el Convenio de Berna de 1886, tanto como el Convenio de Roma²⁴.

La presente normativa evidencia como la ley nacional se encarga de regular de manera interna el término de vigencia de los derechos patrimoniales de autor dándole un límite de 80 años después del año de muerte del autor, para después poder declarar la obra en el estatus de dominio público:

²³ Artículo 21, Ley 23 de 1982.

²⁴ Convención de Roma, 1950.

Artículo 187°.- Pertenece al dominio público:

1. Las obras cuyo período de protección esté agotado;
2. Las obras folclóricas y tradicionales de autores desconocidos.
3. Las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos, y
4. Las obras extranjeras que no gocen de protección en la República.

Excepciones al régimen de propiedad intelectual de obras.

Además de las normas de protección el sistema jurídico considera algunas excepciones al régimen de propiedad intelectual y establece algunos derechos de uso, cuando él mismo se hace en contextos de docencia y formación académica. Para este respecto la ley establece:

*“Es permitido utilizar obras literarias o artísticas o parte de ellas, a título de ilustración en obras destinadas a la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, dentro de los límites justificados por el fin propuesto, o comunicar con propósitos de enseñanza la obra radiodifundida para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin fines de lucro, con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas”.*²⁵

Así es como, en dicho artículo de la ley 23 de 1982 se establecen algunas excepciones a los derechos de autor, es decir, cuando no es necesario obtener una licencia de uso, por ejemplo, cuando la obra es usada con fines educativos y en general sin fines de lucro, sin afectar el buen nombre del autor, entre otras.

²⁵ Artículo 21, Ley 23 de 1982.

De igual manera, en la misma ley, se establecen las sanciones por la infracción de lo establecido en la misma, como el en su artículo 232, donde se establece una pena de hasta seis meses de cárcel, así como multas pecuniarias. Así como en su capítulo XVIII se regula el procedimiento civil que debe llevar una reclamación o demanda por uso indebido de obras sujetas a derechos de autor y conexos.

1.2 La Aplicabilidad de la conexidad de derechos de autor en el contexto de la practica de sampling

Con el desarrollo del derecho de autor y en general con la llegada de mejor y más avanzada tecnología, se ha aumentado el proceso de creación y publicación de obras musicales. Es por esto que, no solo es el compositor y/o productor quien participa en esta cadena de producción, sino que existe un ingeniero de mezcla y de mastering quienes se encargan de elementos técnicos que permiten que una canción sea apta para su publicación y comercialización. De esta manera, el concepto de fonograma se encuentra definido como aquella fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra, lo cual genera unos derechos conexos sobre la misma a la persona natural o jurídica que ostente su propiedad o derecho.

De la misma forma el fonograma como sujeto de derechos conexos, ha sido objeto de discusión en altas cortes desde hace un tiempo, con casos como el de Napster²⁶, una aplicación para computador de descarga gratuita de canciones, la cual se popularizó en el año 2000. Unos años después la Corte de Apelaciones de San Francisco confirmó que *Napster* debía cesar la publicación y distribución de contenido, puesto que

²⁶ A&M Records Inc. Vs Napster Inc. 239 F.3d 104 (2001)

se vulneraban los derechos de autor de los titulares de las obras musicales que estaban siendo compartidas en su plataforma P2P (*peer to peer*), es decir donde los usuarios compartían libremente las canciones que poseían en su biblioteca²⁷.

1.2.1 El Fonograma en la normatividad colombiana

En la normatividad colombiana, ley 23 de 1982 en su artículo 8 define el fonograma como “*la fijación, en soporte material, de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos*”. Por su parte, el artículo 29 protege el derecho conexo de los productores de fonogramas por la vía del derechohabiente hasta más de 80 años después de su muerte. Así mismo el artículo 153 de la presente ley, le otorga facultades al productor de fonogramas para perseguir la producción o utilización ilícita del fonograma. Incluso la ley en cuestión, en su artículo 232, establece una sanción de prisión hasta de seis meses y una multa de cincuenta a cien mil pesos por distribuir o reproducir fonogramas sin autorización.

Es indispensable hacer énfasis en la independencia que existe frente al fonograma y la obra musical, lo anterior pues, el fonograma puede tener distintos titulares y por lo tanto puede tener un manejo distinto a los derechos sobre la composición musical como tal, a pesar de que, pueden estar incorporadas en una unidad inseparable dentro del fonograma que contiene la composición. De esta manera, la ley le impone al productor de fonogramas en su artículo 175 la obligación de marcar en los discos fonográficos y demás dispositivos con el título de la obra musical que contiene y su autor²⁸. Por lo anterior se evidencia que es posible que los derechos del productor de

²⁷ Emery. MA. (2005) Derechos de los productores de fonogramas y la piratería.

²⁸ Ley 21 de 1982 Art 175.

fonograma y los derechos del autor de la obra musical puedan entrar en conflicto, por ejemplo en el caso de un licenciamiento de uso.

Luis Lizarralde²⁹ considera que es de igual importancia la obtención del permiso del autor como el permiso del titular del fonograma, para poder usar una muestra de una obra preexistente pues ambos tienen derechos involucrados, el autor frente a su obra y el titular frente al fonograma en el que se encuentra fijado el sample. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 23 de 1982 establece que, en caso de entrar en conflicto los derechos de autor con los derechos de los productores de fonogramas, deben primar los derechos de autor, por ser considerados estos de interés social.

²⁹ Entrevista a Luis Lizarralde, Anexo 1

CAPITULO 2. EL SAMPLING Y LOS DERECHOS DE AUTOR.

2.1 El sampling y las disputas de derechos de autor en Estados Unidos y Europa.

A pesar de que a nivel mundial existe una regulación que podría parecer extensa en materia de derechos de autor, en la práctica, la legislación presenta múltiples problemáticas y puntos grises que han permitido la emergencia y sobrevivencia de malas prácticas de sampling y a la cotidiana vulneración sistemática de la normatividad. Es por esta razón que se ha generado una verdadera discrepancia entre la práctica y la teoría del derecho de autor aplicado al muestreo musical a lo largo del global del mundo. Para autores como Lawrence Lessig³⁰, estas conductas se deben a que las medidas adoptadas por los organismos transnacionales y nacionales son contraproducentes, en la medida que existen leyes, pero no se hacen cumplir generando un sinsentido.

Durante el paso de las últimas décadas han aparecido disputas entre autores de obras musicales, causadas por el uso de *samples* sin su debida autorización de uso. Sin embargo, también se ha presentado la realidad del uso de fragmentos musicales que se han usado miles de veces sin repercusión alguna. Este es el caso de el fragmento musical conocido como “Amen Break”, una pieza de una obra musical de 5 segundos que ha sido usada más de 3,000 veces por autores como Oasis, The Prodigy y NWA, y muchos otros, sin que su autor llegara a recibir ganancia alguna. El caso ocurrió cuando

³⁰ Lessig, L. (2008). *Remix: Making Art and Commerce Thrive in a Hybrid Economy*. New York: Bloomsbury Academic.
<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1015&context=ohrlp>

se dio una recolecta mundial que organizó el Dj inglés, Martin Webster en 2011, pero que nunca entregó remuneración legal alguna proveniente del uso de su composición.³¹

Posteriormente, en el 2011 BBC contacta al músico que interpretaba los 5 segundos de la obra, que dio origen al “Amen Break”, sin embargo, Richard Spencer su autor, afirmó que había sido imposible para él, ejercer acciones dentro del sistema de propiedad intelectual estadounidense, pues estas acciones ya habrían prescrito³². Así, existen productores y músicos que han utilizan tanto de manera legal como ilegal dentro de la industria musical piezas esperando no ser demandados.

Además, estudiando la casuística frente a este aspecto, cabe anotar que, la práctica de autorización del uso de un fragmento de una obra musical así como su respectivo fonograma no es algo que se realice de manera muy común en la industria musical, pues, aunque existen en el mercado de licencias de uso tanto de composición como de fonograma, no se suele encontrar licencias de uso que contengan la facultad de modificar y alterar el fonograma y la composición primaria.³³

2.1.1 Estudio de casos relevantes

Bridgeport Music Inc. vs Dimension Films

Al hablar del *sampling*, es menester tener en cuenta el precedente jurisprudencial de otros casos del ordenamiento normativo, y poder reconocer como ha

³¹ Savage, M. (15 de noviembre de 2015). *Amen Break musician finally gets paid*. <https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-34785551>

³² Bentley et al. (2010). *Copyright and Piracy: An Interdisciplinary Critique*. New York: Cambridge University Press.

³³ Luis Lizarralde, Anexo A.

afectado económicamente a algunos autores. En los últimos años, han aparecido decisiones en las cortes norteamericanas que han moldeado la manera como se maneja el muestreo musical y su tratamiento en la práctica. Entre estas está la sentencia de Bridgeport Music Inc vs Dimension films³⁴ donde la Corte de Apelaciones del Sexto Distrito de Estados Unidos llegó a la conclusión que el uso de un fragmento de audio compuesto por la agrupación musical *Funkadelic* por parte del grupo de rap *N.W.A* no debía ser considerado una vulneración a los derechos de autor pues era un uso *de minimis* , acudiendo a la logica de si es considerado plagio usar una obra musical completa de otro autor sin su permiso, pues usar un pedazo o una muestra también lo será.

Grand Upright Music Ltd v. Warner Bros. Records.

El caso de Grand Upright Music Ltd vs Warner Bros. Records fue uno de los primeros casos legales en relación a vulneración de derechos de autor, mundialmente reconocidos en llegar a una alta corte de Estados Unidos. Se dio en 1991 cuando un cantante de música rap, llamado Biz Markie fue demandado por el uso de la obra musical Alone Again (Naturally) de Raymond Gillbert O'Sulleyvan en su canción Alone Again³⁵. La celebre decisión inicia con el postulado *Thou Shall not steal* que en español significa *No robarás*, la posición de la Corte fue la de fallar en contra del rapero norteamericano Biz Markie. Además, pues la sentencia establece que el sampling sin permiso es un “hurto” y por lo tanto sentó un precedente jurisprudencial para otras decisiones celebres, como es el caso de Bridgeport Music vs Dimension Film en 2005.

³⁴ Schietinger, J. (2005). Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films: How the Sixth Circuit. *DePaul Law Review*, 209-248. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/232966795.pdf>

³⁵ Falstrom, C. (1994). Thou Shalt Not Steal: Grand Upright Music Ltd. v. *Hastings Law Journal*, 359-381.

La importancia de este caso en el sistema legal estadounidense significó el establecimiento de un precedente que determinaría el futuro de los autores, quienes usaban el sampling para hacer su música de forma cotidiana en todo el país. Debido a este fallo, surgieron en la época, otras decisiones en cortes norteamericanas que permitieron el desarrollo jurisprudencial de la postura que adoptarían las cortes estadounidenses frente a un fenómeno como el sampling, equiparándolo con el fenómeno de la piratería, lo que proyecta una imagen del sampling como un acto criminal como lo puede ser el hurto³⁶.

VMG vs Salsoul.

Otra sentencia emblemática al respecto es la decisión del caso VMG Salsoul vs Ciccone³⁷ donde se usó el concepto de “*de minimis*”, un test de similitud que consiste en exponer la obra musical usada como muestra a una audiencia promedio, esto para determinar si la misma reconoce la obra original que fue usada como muestra, si esto no sucede, se determina que el agente no se benefició de esta copia y por lo tanto no hubo una verdadera vulneración de derechos de autor. Este fallo permitió, para el sistema del copyright norteamericano, desarrollar toda una postura frente a la problemática del uso de obras, abriendo la posibilidad a distintas interpretaciones frente al uso del sampling en la creación de nuevas obras musicales. En el caso en concreto, los hechos se dieron cuando la reconocida artista pop *Madonna* usó un fragmento de la obra musical *Ooh I love it (Love Break)* compuesta por Salsoul Orchestra, en su canción *Vogue* sin haber obtenido autorización de ninguno de los titulares de la obra ni su fonograma, y de la

³⁶ Falstrom, C. (1994). Thou Shalt Not Steal: Grand Upright Music Ltd. v. *Hastings Law Journal*, 359-381.

³⁷ VMG Salsoul vs Ciccone 824 F.3d 871 (9th Cir. 2016).

cual se lucro económicamente de forma evidente pues la misma obtuvo el premio a American Music Award a sencillo Dance Favorito.

La importancia de esta decisión fue la de demostrar una preferencia de las cortes norteamericanas para la aplicación de la doctrina del *De minimis test* en el análisis de casos de sampling, así como la intención de las cortes americanas por adaptar el derecho positivo a las situaciones modernas en las que existen puntos grises que deben ser analizados detalladamente.

El Caso de Kraftwerk.

Este es uno de los casos más relevantes que se han dado en territorio europeo y consiste en el uso de un fragmento de 2 segundos de la canción *Metal auf Metall* por parte del rapero alemán *Moses Pelham* en su canción *Nur Mir*. La Corte de Justicia de la Comunidad Europea estableció en su decisión que, los derechohabientes son quienes tienen la facultad de autorizar o denegar el uso de sus obras y derechos así como de oponerse a que su obra sea usada por otro autor. Cabe anotar que la sentencia hace énfasis en los derechos del productor de fonogramas y sus facultades de oponerse a cualquier uso de su fonograma. Sin embargo se estableció en la celebre decisión, que en el caso que la muestra o fragmento haya sido manipulada de tal forma que sea irreconocible al oído de una persona promedio, en este caso no se estarían vulnerando los derechos de autor.

Así pues, en julio del 2019 se decidió la corte a favor de la agrupación *Kraftwerk*, creando un precedente y una regla de derecho frente al uso de samples en la

union europea³⁸. Sin embargo como se anotó anteriormente, se amplió la posibilidad de una despenalización absoluta del sampling en las cortes europeas, pues se abrió la posibilidad de encontrarse en un caso donde un uso sin autorización de composición y fonograma no sea necesariamente una vulneración de derechos de autor.

2.1.2 Concepto de Fair Use y De minimis test.

El “fair use” o “uso justo” en español, es un concepto jurídico apoyado por una parte de la doctrina y protegida por algunas legislaciones. Lo que se plantea con el fair use es la posibilidad de que una persona pueda hacer uso de obras protegidas por los derechos de autor, sin licencia o algún tipo de autorización, solo si se realizaba para ciertos usos que no supongan algún tipo de lucro para quien lo usa. Establecido en la sección 107 del Copyright Act³⁹ se propusieron también unos factores a revisar respecto al propósito del uso de la obra, la naturaleza de la obra en uso, la cantidad de la obra que fue usada en el “fair use” y finalmente el efecto en el mercado que podría tener el “fair use” de la obra en su contexto. Principalmente, para que el uso de una obra protegida se pueda considerar fair use, se debe establecer: 1) cuál es la razón de ser del uso del sample, es decir, si se esta usando con fines no comerciales, educativos o no lucrativos; 2) qué tipo de obra se esta usando, y si esta proviene de la creatividad o del intelecto de un autor determinado; 3) qué porcentaje de la obra original se está usando y que tan sustancial es la misma para la obra original (factor cuantitativo y cualitativo); y 4) cuál es el efecto en el mercado que tiene el uso de la obra original que está siendo usada⁴⁰.

³⁸ Court of Justice of the European Union (2019). Sampling without authorisation con infringe a phonogram producer rights. Pelham GmbH, Moses Pelham and Marti Haas v Ralf Hutler and Florian Schneider-Esleben
³⁹ (1976) Act for the general revision of the Copyright Law, title 17 of the United States Code, and for other purposes.

⁴⁰ Calflin, S. (2020). How to get away with copyright infringement: Music sampling as fair use. Boston University.

En el contexto colombiano, si bien no existe el mencionado concepto jurídico, se podría relacionar el “fair use” con aquellos usos que son permitidos establecidos en la Decisión 531 de la CAN (1993), específicamente en el Artículo 22, en donde se establecen ciertos actos que serían permitidos sin necesidad de autorización y sin el pago de remuneración económica, A su vez la Ley 1915 de 2018 reproduce dicho precepto en su artículo 16, donde se incluyen algunas excepciones como lo es, la parodia y la caricatura, sin embargo no se encuentra establecido el uso de otros autores para su modificación y uso en nuevas obras.

Por su parte, el test de *De minimis* es un examen utilizado por algunas cortes norteamericanas para determinar si existe o no una infracción a la propiedad intelectual de una obra musical usada en otra obra nueva. El test se hizo famoso en el caso de *ECM VS Beastie Boys*⁴¹ (2003), donde James Newton decidió demandar al grupo norteamericano Beastie Boys por haber utilizado sin autorización un fragmento de su obra musical *Choir* en su canción *Pass the mic*⁴². Cabe mencionar que, en el presente caso la agrupación musical *Beastie Boys* habría logrado obtener la licencia de uso del fonograma, pero no la licencia de uso de la composición musical subyacente. En el caso se determinó que la muestra musical era tan pequeña o insignificante que debía considerarse mínimo (*de minimis*) y por esto no se debía considerar una vulneración a los derechos de autor de los titulares de la obra en cuestión, ya que el uso del fragmento podría haber sido de cualquier otro fragmento y no cambiaría el espíritu de la obra musical⁴³. Sin embargo, otras cortes norteamericanas han decidido lo contrario en casos

⁴¹ James. W Newton, JR. V Michael Diamond. 388F3 d1189 (9 Cir, 2003)

⁴² Blessing, D. (2003). Who Speaks Latin Anymore? Translating De Minimis Use for Application to Music Copyright Infringement and Sampling. *William and Mery Law review*, 2399-2423.
<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1343&context=wmlr>.

⁴³ Lessig, L. (2012). *Remix, cultura de la remezcla y derechos de autor en entorno digital*. Icaria Editorial.

similares, lo que crea una inseguridad jurídica frente al uso de *samples* en Estados Unidos, pues dependerá del precedente judicial que desee utilizar la corte y el caso en concreto.

2.1.3 Aplicabilidad en Colombia.

Dicho esto, los mencionados conceptos desarrollados en la normativa norteamericana de Copyright permiten dar luz a la aplicabilidad de estos mismos dentro de la normarividad colombiana, aun cuando no existen casos relacionados con sampling que hayan llegado a las altas cortes como el TJCAN de la Comunidad Andina o incluso la Corte Suprema de Justicia.

Entrando en materia, el artículo 21 y 22 de la Decisión 351 de la CAN se establecen las excepciones a los derechos de autor así como se informa del espíritu de las mismas pues se establece que serán aquellas que no atenten o demeriten los intereses de los titulares de derechos. Sin embargo, más adelante se da una lista de actos de los cuales se excluye la necesidad de solicitar licencia a los titulares de la obra, entre los que resalta el derecho a cita y la reproducción individual sin ninguna intención de comercialización.

Dicho esto, considero que esta lista no es taxativa, y solo enlista algunas de las conductas que no causen un perjuicio injustificado a los titulares. Así pues, entraría la valoración de un juez a ser la determinante para saber si existe o no una vulneración de derechos de autor en un caso de en un caso concreto de sampling, pues deberá establecer sí efectivamente el uso de una obra musical preexistente en una obra musical nueva perjudica de alguna forma los legítimos intereses de los titulares tanto del autor como del productor de fonogramas.

Por su parte el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado en algunos temas que permiten dilucidar el tratamiento de un caso que involucre vulneración de derechos por sampling. En la Interpretación Prejudicial del 30/01/2020⁴⁴ el TJCAN se refirió a la originalidad de las obras donde aclaró que quien alega un hecho tiene la carga de probarlo y por lo tanto quien imputa a un tercero de haber plagiado un texto suyo tendrá la carga probatoria, y no al contrario, es decir la obra desde un principio se presumirá original. Ya entrando en detalle, el TJCAN se refiere a la excepción del derecho a cita en la Interpretación Prejudicial del 16/05/2019⁴⁵ donde establece que los requisitos para que se de el derecho a cita son 1) que la obra se encuentre publicada, 2) que se establezca el nombre y obra del autor que se está citando y 3) citar lo estrictamente necesario, es decir que la obra sea efectivamente usada como una cita y no sea lo principal de la nueva obra. En este punto evidenciamos que esta excepción a la protección de los derechos de autor no encaja con el *De minimis test* ni con el *Fair Use* como tal pues parece que la Comunidad Andina de Naciones tiene unos límites mucho más estáticos que las cortes norteamericanas.

2.1.4 Relevancia económica

Al referirse a la relevancia económica que ha tenido las disputas legales frente al sampling, es importante analizar la industria en donde se desarrolla la misma. En las propias palabras de Donald Passman en su análisis de la relevante decisión de la Corte de apelaciones de Estados Unidos en relación con el caso *Bridgeport music Inc. V. Dimensions Films*, “la lección en todo esto es que poner un sample en tu canción es un negocio serio”⁴⁶. Así pues la industria musical contemporánea ha cambiado sustancialmente en los últimos años, en donde el género musical Rap, se ha posicionado

⁴⁴ Interpretación Prejudicial del TJCAN. Proceso 295-IP2019, p. 5.

⁴⁵ Interpretación Prejudicial del TJCAN. Proceso 2015-IP-2018

⁴⁶ D.S Passman (2012) All you need to know about Music Business, p. 334.

como uno de los más importantes, por la relevancia de sus obras a nivel mundial llegando a posiciones históricas en *Billboard* una plataforma dedicada a medir la popularidad de obras musicales⁴⁷.

Ahora bien, el proceso de *sampling* ha evolucionado como una herramienta de composición musical ampliamente reconocida mundialmente. Así las cosas, el mercado de licencias de uso tanto de composición como de fonograma, se ha enfocado en el mercado de la sincronización, sin embargo, las licencias de uso para muestreo musical son la excepción⁴⁸. De la misma forma, existen puntos grises así como altos costos de transacción para la obtención de licencias, pues no hay claridad frente a la titularidad y las vías de acceso a los negociadores de estas licencias⁴⁹. Dicho esto, si los ordenamientos jurídicos validaran la presente práctica como un recurso creativo, cuyo uso debe ser remunerado a los titulares que les correspondan, podría existir un sistema unificado que permitiera un mercado subyacente de licencias de este tipo, que no solo se encuentre dominado por algunas disqueras en el mercado y que permita un conocimiento de titulares, precios y formas de acceso a licencias de uso de composiciones y fonogramas, podría generarse un espacio de desarrollo tanto del mercado como de la práctica comercial.

Por su parte la Posición del 26 de marzo de 2019 tomada por el Parlamento de la Comunidad Europea estableció, que dado que en los últimos años han aparecido todo tipo de nuevas tecnologías y plataformas que permiten una difusión y transmisión

⁴⁷ Sergeant. J. (2018) Hip- Hop & R&B surpass rock as biggest music genre.

⁴⁸ Anexo A, Entrevista Luis Lizarralde

⁴⁹ Lizarralde et al. (2021) El proceso de licenciamiento y la música original en contenidos. Cámara de Comercio de Bogotá

mayor de archivos y documentos sujetos a derechos de autor, es necesario que los países miembro tomen medidas para establecer responsabilidad a otros actores en la cadena de distribución y publicación de obras musicales⁵⁰.

De esta manera, se demuestra como los organismos legisladores como lo es la Union Europea se encuentran concientes de la transformación que ha tenido el mercado de obras musicales con la aparición de plataformas como Spotify, así como las diversas plataformas de descarga y distribución de obras musicales que se encuentran en internet, que han cambiado profundamente la forma como se deben proteger los derechos de autor de obras musicales en el mundo digital.

⁵⁰ Decisión del 26 de marzo del 2019.

2.2 CRITICAS Y OTRAS POSTURAS SOBRE LA PRACTICA DEL SAMPLING EN

RELACIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS.

Lawrence Lessing⁵¹, ha estudiado las políticas en materia de propiedad intelectual frente al nuevo mercado de la música en un contexto global. En sus estudios determinó que, en una obra musical moderna pueden existir hasta 200 samples distintos. Esta realidad supondría una carga desproporcionada para los autores, negociando licencias, no solo con los autores de las composiciones de los simples, sino con las disqueras o compañías que manejen los derechos de cada grabación fonográfica⁵². La relevancia de la crítica de Lessing radica en que hace un estudio interdisciplinario del mundo del sampling desde el derecho, la cultura y la economía, logrando un punto de vista progresista. De la misma manera Lessig critica el caso de los autores inidentificables, o cuando un autor no puede ser ubicado para solicitar la licencia de uso de su obra, pues crea una carga excesiva en cabeza del agente que desea usar el sample⁵³.

Así mismo, otros autores al referirse a la técnica del sampling dentro de la propiedad intelectual, consideran que la *ratio legis* de la Propiedad Intelectual viene dada por la noble necesidad de dar sustento a los autores e impulsar el desarrollo de la creatividad; en el caso de nuestro tema se produce un claro alejamiento de estas indicaciones⁵⁴. De la misma manera autores como Calflin (2020) consideran que la práctica del sampling se asemeja a prácticas artísticas como lo son el collage y el arte de apropiación, una forma artística donde se pretende usar fragmentos de elementos y

⁵¹ Lessig, L. (2012). *Remix, cultura de la remezcla y derechos de autor en entorno digital*. Icaria Editorial.

⁵² Lessig, L. (2008). *Remix: Making Art and Commerce Thrive in a Hybrid Economy*. New York: Bloomsbury Academic.

<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1015&context=ohrlp>

⁵³ Lessig, L. (2012). *Remix, cultura de la remezcla y derechos de autor en entorno digital*. Icaria Editorial

⁵⁴ Falstrom, C. (1994). Thou Shalt Not Steal: Grand Upright Music Ltd. v. *Hastings Law Journal*, 359-381.

obras preexistentes, sacándolas de su contexto, para crear una obra nueva y original. De esta modalidad se han valido distintos autores de obras mundialmente reconocidas como lo son los artistas Andy Warhol, Marcel Duchamp y Roy Lichtenstein.

2.2.1 Descriminalizar la copia.

Por otra parte, Lessnig (2012) propone desincentivar la criminalización de la copia en los ordenamientos jurídicos, considerando el hecho que la cultura del compartimiento libre de archivos en plataformas que corren sobre internet ofrece muchas complicaciones para su control. Considerando ese argumento, este autor propone otras iniciativas como, el registro de la obra en un registro público al cual se tenga libre acceso y se pacten unos precios razonables para el uso de obras musicales⁵⁵. De la misma forma, hay quienes consideran que es necesario atender mejor la interpretación de la ley en su intencionalidad de reglamentar de esa manera los derechos de autor. En este sentido Carl Falstrom considera que la ley se hizo para proteger las creaciones intangibles de autores, sin embargo, hoy en día los autores viven en un “limbo” jurídico, pues aquellos que usan el sampling como herramienta creativa pueden verse envueltos en demandas y reclamaciones por uso indebido de obras de terceros⁵⁶.

2.2.2 Incentivar el comercio y reactivación de obras .

En otra medida Schuster, considera que el ejercicio del sampling puede ayudar a reactivar obras que se consideraban obsoletas, esto se evidencia con el caso de Girl Talk quien uso más de 300 samples de canciones cuya audiencia aumento en comparación

⁵⁵ Lovrics, C. (2008). Book Review: Remix: Making Art and Commerce. *Osgoode Hall Review of Law*, 242-249.

⁵⁶ Falstrom, C. (1994). Thou Shalt Not Steal: Grand Upright Music Ltd. v. *Hastings Law Journal*, 359-381.

con el año anterior⁵⁷. Sin embargo, también supone el darle un valor nuevo a una obra durante el tiempo, pues, como sucede en muchas industrias en este caso la musical, el mercado la ha obligado a ser una industria rápida que exige que las obras tengan una poca duración en el mercado y después se conviertan en obras obsoletas.

A su vez, autores como Steve Gordon en su libro “The 11 Contracts That Every Artist, Songwriter and Producer Should Know”⁵⁸ afirma que, la industria musical no es lo que era antes, pues en tiempos pasados había un gran valor en la venta discográfica, algo que no sucede de la misma manera hoy en día, debido al avance tecnológico que ha tenido el internet y la facilidad que existe para realizar descargas ilegales de música⁵⁹. Es por esto que establecer mecanismos de fácil acceso para el licenciamiento de obras podría significar una reactivación de obras musicales ya en desuso e incluso incentivar el uso del sampling como una herramienta que incentive al mercado subyacente del licenciamiento de obras musicales.

2.2.3 Concentración del mercado y censura .

Por su parte, autores como Kyrou consideran que la problemática de la legislación vigente frente al sampling, no solo radica en la dificultad de su aplicación, sino en el extremo poder que le da a las grandes disqueras para controlar el mercado del cual ya ostentan una gran participación. Kyrou utiliza el caso del artista John Oswald quien, en un acto artístico de crítica a distintos autores famosos de los 80's como Madonna y The Beatles, realizó una obra llamada Plunderphonics (1989) donde ponía

⁵⁷ Shuster, Michael.(2018) Sampling increases music sales. An empirical copyright study. 56 American Business Law Journal.

⁵⁸

⁵⁹ Gordon, S. (2017). *The 11 Contracts That Every Artist, Songwriter and Producer Should Know*. Hal Leonard .

de presente la frivolidad de las canciones populares⁶⁰. Sin embargo, Sony Music se encargó de hacer una campaña para destruir todos los álbumes fabricados y sacar la obra del mercado⁶¹.

Por su parte el abogado Luis Lizarralde anota que, en Colombia y LATAM en general, no es muy común la negociación de licencias para uso de samples en nuevas obras musicales y fonogramas, precisamente porque no existen, en el momento, herramientas que faciliten de forma acertada el uso de samples en obras en plataformas como Spotify Youtube, etc⁶².

De la misma forma existen iniciativas privadas como lo es *Tracklib*, una empresa establecida en Estocolmo que se encarga de crear bibliotecas de obras musicales que cuentan con licencia de uso tanto de su composición como de su fonograma. De esta manera se demuestra como desde la iniciativa privada se han generado iniciativas para evitar la censura del sampling como herramienta creativa, e incentivando su uso legal, accesible y economicamente posible.⁶³

⁶⁰ Kyrou, A. (2004). Elogio del plagio, el sampling como juego o acto artístico. 75-86.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2015296>

⁶¹ Kyrou, A. (2004). Elogio del plagio, el sampling como juego o acto artístico. 75-86.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2015296>

⁶² Lizarralde. Et al. (2021) El proceso de licenciamiento y música original en contenidos.

⁶³ Needham J. (2021) Music Sampling Platform Tracklib Raises 12.2M, led by Sony Innovation Fund. Music Business Worldwide Magazine.

Conclusiones

El muestreo musical o sampling es una práctica utilizada cada día por productores y compositores en todo el mundo, sin embargo para hacer uso de samples o muestras será necesario contar con la autorización del titular de los derechos sobre la composición tanto como el titular de los derechos sobre de la grabación fonográfica que desea ser utilizada, de lo contrario vulneraría los derechos de autor del titular como del productor fonográfico. En caso de una interpolación musical solo sería necesaria la autorización del titular de los derechos sobre la composición musical de la obra.

Así pues, la legislación colombiana, en materia de propiedad intelectual protege a los autores de las obras objeto de sampling, otorgándole tanto derechos morales como patrimoniales. A pesar de este marco, sin embargo, en la práctica, el sampling se desarrolla de manera cotidiana, sin que surtan estos procesos y acuerdos, por lo que considero que, la ley no tiene un poder factico de lo normativo para aplicarse de manera eficaz en los contextos reales y por lo tanto, resulta ineficiente. Por esta razón el sistema de protección estatal a los derechos de propiedad intelectual debería proponer soluciones efectivas, creando mecanismos y bases de datos que permitan acceder y negociar estos derechos de manera fácil para controlar este fenomeno y así provomer un mercado subyacente de obtención de licencias para sampling, promoviendo así la cultura y la creatividad.

De la misma manera, las consecuencias de la reglamentación actual en materia de derechos de autor frente al sampling, no es afín a la ratio legis que le otorgó el mandato constitucional de proteger y promover la protección de la propiedad intelectual que se encuentra en la carta magna en su artículo 61, y por lo tanto es ineficiente, puesto

que por medio de la reglamentación se está buscando la prohibición de una práctica que es ampliamente utilizada, ignorando que ella podría permitir acceder a un mercado subyacente de licencias para muestreo musical a un precio justo y accesible para cualquier compositor u autor que pueda ser de su interés. Así mismo, es evidente la existencia de un mercado musical frente a los *remixes* los cuales se ven frenados por la existencia de un mercado con dificultad funcionamiento por la falta de información que obtienen los actores dentro de la industria musical. De esta manera, han surgido autores que deciden hacer sus obras con samples no autorizados desde la clandestinidad, para ser vendida en otro tipos de mercado, o aun regalando sus obras por miedo a ser sancionados o sufrir reclamos por parte de los derechohabientes de las respectivas obras usadas.

Cabe anotar que desde la doctrina y la jurisprudencia se han propuesto distintos mecanismos para evitar la penalización absoluta del sampling sin la debida autorización, esto para que los ordenamientos jurídicos logren adaptarse a la evolución tecnológica creando distintos criterios para determinar en qué caso el sampling se convierte en un vehículo para el plagio y, en que otro, simplemente es una herramienta que fomenta la creatividad musical para los autores. Por su parte desde la iniciativa privada se han creado bibliotecas de uso de fragmentos musicales y de licenciamiento de obras musicales para efectos de buscar una solución a la penalización y una forma de fomentar un mercado legal y justo frente a las licencias de uso de obras musicales así como sus respectivos fonogramas. Por esto concuerdo con autores como Montezuma⁶⁴,

⁶⁴ Propiedad intelectual versus derechos reales: ni es lo mismo, ni es igual. Reflexiones sobre la aplicación de los derechos de autor en la era digital – Montezuma Panez, Oscar. Revista *Advocatus* N°34.

quien considera que la originalidad debería ser considerada como la habilidad para crear una obra nueva y ampliar o modificar una obra pre-existente.

Finalmente, tanto en cortes europeas norteamericanas se han presentado decisiones de jueces que han creado un precedente jurisprudencial para entender cómo manejar la práctica del sampling en años posteriores, sin embargo tanto en Europa como en Estados Unidos siguen existiendo zonas grises que no generan seguridad jurídica, por lo que los autores que deciden usar el muestreo musical en sus obras se arriesgan a verse involucrados en casos de vulneraciones de derechos de autor en caso de que el juez lo considere según el contexto y el precedente que exista en cada legislación. Sin embargo, es importante destacar el papel de los jueces para interpretar la ley acorde a las situaciones fácticas que se presentan a lo largo del tiempo, para así moldear el sentido de la ley de una manera coherente con la realidad económica, social y política de una sociedad.

Bibliografía

Bentley et al. (2010). *Copyright and Piracy: An Interdisciplinary Critique*. New York:

Cabridge university press.

Berklee Online, (2008) “*How Copyright Works: How Sampling is Different from*

Stealing | Berklee Online” Youtube.com

<https://www.youtube.com/watch?v=RwR5PcddsIc>

Blessing, D. (2003). Who Speaks Latin Anymore? Translating De Minimis Use for Use

for Application to Music Copyright Infringement and Sampling. *William and*

Mery Law review, 2399-2423.

<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1343&context=wml>

[r](#).

Calflin, S. (2020). How to get away with copyright infringement: Music sampling as

fair use. Boston University.

Challis, B. (septiembre de 2015). *Blurred Lines: La diferencia entre inspiración y*

apropiación. Obtenido de Organizacion mundial de la propiedad intelectual:

https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2015/05/article_0008.html

Collins. (2021.). Sampling. En Diccionario Collins. Recuperado el 28 de mayo de 2021,

de [HYPERLINK](#)

"<https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/sampling>"

<https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/sampling>

Collins. (2021.). Remix. En Diccionario Collins.

<https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/remix>

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 61. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Convenio de Berna. Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. 9 de
septiembre de 1886.

<http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/13104/BERNA.pdf>

Convención Universal de los derechos de Autor. Para la protección del derecho de
autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas. 6 de septiembre de 1952.

<https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/ConveniosMultilaterales/M009.pdf>

Concepto de la Dirección Nacional de derechos de autor, Rad 1-2014-1798, Manuel
Antonio Mora Cuellar. 2014

Convención de Roma. Sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los
productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. 26 de octubre de
1961. https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/rome/trt_rome_001es.pdf

Convención universal de derechos de autor. 06 de septiembre de 1952.
[http://portal.unesco.org/es/ev.php-](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15381&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

[URL_ID=15381&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15381&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

Court of Justice of the European Union (2019). Sampling without authorisation con
infringe a phonogram producer rights. Pelham GmbH, Moses Pelham and Marti
Haas v Ralf Hutler and Florian Schneider-Esleben.

Duque, N. (s.f.). (E. D. Patiño, Entrevistador)

Dirección Nacional de derechos de autor. Rad. 1-2017-46981. 2017

Decisión 351. Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. 17 de
diciembre de 1993.

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf>

Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>

Falstrom, C. (1994). Thou Shalt Not Steal: Grand Upright Music Ltd. v. *Hastings Law Journal*, 359-381.

García, J. (19 de noviembre de 2018). *La guerra se desata entre Juice WRLD y Sting por 'Lucid Dreams'*. Obtenido de The Medizine: <https://themedizine.com/p/guerra-juicewrld-sting>

Godoy, G. (2017). Substantial Similarity: Kohus got it right. *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, 231-261. <https://repository.law.umich.edu/mbelr>

Gordon, S. (2017). *The 11 Contracts That Every Artist, Songwriter and Producer Should Know*. Hal Leonard .

Intellectual Property Rights Office. (2006). *A Brief History of Copyright*. . https://www.iprightsoffice.org/copyright_history/

Interpretación Prejudicial Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 295-IP-2019, p5.

Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 2015-IP-2018. p8.

James Newton, JR. v. Michael Diamond. Caso 388 F.3d 1189 (9th Cir. 2003).

Kyrou, A. (2004). Elogio del plagio, el sampling como juego o acto artístico. 75-86. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2015296>

Lessig, L. (2008). *Remix: Making Art and Commerce Thrive in a Hybrid Economy*. New York: Bloomsbury Academic. <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1015&context=ohrlp>

Lessig, L. (2012). *Remix, cultura de la remezcla y derechos de autor en entorno digital*. Icaria Editorial.

- Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. 28 de enero de 1982. D.O. No. 35.949
- Ley 44 de 1993. Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944. 05 de febrero de 1993. D.O No. 40.740
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Zavalía: Ediciones Unesco.
- Lizzaralde, L. (s.f.). (E. D. Patiño, Entrevistador)
- Lizarralde et all. (2021) El proceso de licenciamiento y la música original en contenidos. Camara de Comercio de Bogotá
- Lovrics, C. (2008). Book Review: Remix: Making Art and Commerce. *Osgoode Hall Review of Law*, 242-249.
<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1015&context=ohrlp>
- Martinez, A. (2013) Sampling: Estudio sobre las limitaciones de los derechos de autor respecto de las funciones criticas de las obras remezcladas. Universidad Pablo de Olavide.
- Martinez, D. (2016) Remix y apropiación; La reproductibilidad llega al Gran Caribe. Universidad del Norte.
- OMPI. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. Ginebra. Obtenido de https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf
- Organizacion Mundial de la propiedad intelectual. (2015). *Informe mundial de 2015 sobre la propiedad intelectual*. Ginebra: OMPI.
- Oswald, J. (1989). En *Plunderphonics* .
- Rychlicki, T., & Zieliński, A. (2009). ¿Supone el sampling una infracción del derecho de autor en todos los casos? *Revista de la Organizacion Mundial de la*

Propiedad

Intelectual.

https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/06/article_0007.html

Sanchez, R. (2005). *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*. Granada:

Editorial Comares .

Santa, C. (2020). *Music Bussines para todos*. Bogota: Editorial Quilombo.

Savage, M. (2015 de noviembre de 2015). *Amen Break musician finally gets paid*.

<https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-34785551>

Schietinger, J. (2005). Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films: How the Sixth

Circuit. *DePaul Law Review*, 209-248. Obtenido de

<https://core.ac.uk/download/pdf/232966795.pdf>

United States Copyright Office. (2011). *Copyright Office Law of the United States*.

Washinton: Library of Congress.

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us352en.pdf>

ANEXOS

ENTREVISTAS ANEXO A: Luis Lizarralde

Abogado de Sony Music Ibero América

1: Cual es la realidad jurídica del uso de samples en Colombia en el momento?

La realidad, o el deber ser es que hay que pedir permiso, tanto al editor o el titular de la obra como al productor fonográfico a quien represente los derechos y si no se pide permiso el día de mañana el productor fonograma o el titular de la obra se da cuenta que alguien la está usando, fácilmente puedo mandar una carta de cese y desistimiento.

2: Cree que el sistema actual de propiedad intelectual en Colombia propone herramientas jurídicas eficientes para proteger los derechos de autor en cuanto al uso no autorizado de obras musicales?

Jurídicamente si, sin embargo puede que en la práctica puede que no , a que me refiero, específicamente de samples , es que nadie puede samplear mi canción sin mi permiso, sin embargo no existen sistemas universales de monitoreo que permitan a los autores, cuando una canción digamos en Spotify está usando un simple, y si existen pues no son infalibles, entonces realmente yo como autor no tengo como monitorear, y controlar el uso de mis obras, hablando específicamente de los samples, y hablando ya de otro tipo de usos, salvo que este hablando de sociedades de gestión colectiva, pues no voy a tener acceso a estos mecanismos, ejemplo con los samples o el caso de Instagram y Facebook

con los Lives, si bien pagan regalías no se tiene certeza de que lo que pagan por ese concepto realmente se esta repartiendo a los autores de esas obras y no de otras.

3: ¿Qué tan común es en el mercado musical la negociación de licencias para uso de samples?

A mí personalmente me ha tocado muy poco, es más conozco varias canciones que usan samples de Sony music y que no tengo certeza que hayan pedido permiso, es más me he hecho el loco , no he ido a molestarlos, pero se podría, solo tengo dos casos en que me han pedido permiso por samplear, pero de resto no. Puede que en Medellín con la movida del reggaetón si haya sucedido, por ejemplo el caso de J Balvin cuando sampleo la canción de Bob Esponja.

**4: Cree que hay vulneración de los derechos de autor cuando un artista usa un sample de otro artista, pero lo modifica de tal manera que lo hace irreconocible?
Por qué?**

No, precisamente porque es irreconocible, entonces pierde el sentido de la protección, creo que en la práctica existen algunos medios todavía poco utilizados para el reconocimiento de obras musicales y su protección lo que hace que sea muy difícil un seguimiento a todas las obras que se encuentran en las plataformas como Spotify, Apple music, etc.

5: Cree que al usar un sample se debe solicitar permiso tanto al artista como al titular del fonograma o solo debe bastar la aprobación del titular de la composición?

Sí efectivamente a ambos, pues sino la parte a la cual no se le solicito el permiso podrá oponerse entonces el permiso de solo una de las partes sería inútil desde el punto de vista de protección legal.

anexo B:Artista, Productor, Compositor.

Nicolás Duque

Lobster Theremin Records [UK] / Capital Groove [Bogotá]

Autor/Compositor enfocado en música electrónica House y Breakbeat.

-Que tanto utiliza el sampling en sus producciones? De que manera lo hace?

Muchísimo, de hecho creo que en la música electrónica y el Hip-Hop es uno de las técnicas más utilizadas, lo uso en las percusiones, también las vocales que utilizo todas provienen de samples que encuentro en cd's, en vinilos antiguos o incluso en Youtube.

¿Solicitas permiso para usar esos samples cuando provienen de obras musicales preexistentes?

No lo hago y entiendo que eso supone un riesgo para mí como productor, sin embargo no puedo imaginarme lo costoso y complejo que puede ser pedir la autorización para samplear una vocal de Donna Ross o alguien por el estilo, por eso es que me encargo de cambiar el pitch, trocearlo en pedazos o utilizar efectos que hagan el sample algo único, como un instrumento.

¿A quien consideras que hay que solicitar permiso para el uso de un sample?

Tengo entendido que se debería solicitar al autor o a la disquera dependiendo de quien tenga los derechos sobre la canción, No estoy seguro si se le debe pedir también al ingeniero de mastering.

Considera que si existiera una forma más amigable para solicitar el permiso para samplear, usted lo haría?

Si claro, pues si es algo que puedo pagar y vale la pena sin duda lo haría.

¿Como consideraría usted que debería funcionar el sistema de derechos de autor frente al sampling?

Pues creo que debería haber sistemas claros para que los artistas emergentes no se vieran en riesgo de que sus obras sean bajadas de plataformas por derechos de autor, se me ocurre el caso de la página de internet Who Sampled, que dice quien ha sampleado o utilizado cada canción y que haya un sistema central de regalías que le de un porcentaje pequeño al artista que fue sampleado, después de todo cuando uno samplea algo también le está haciendo una especie de tributo a esa canción o a ese autor o de lo contrario no lo usaría en su canción, no se si tiene sentido pero es lo que se me ocurre.

ANEXO C:Entrevista a Felipe Ortega

Abogado de Derecho de Entretenimiento y propiedad intelectual en Marquéz Robledo Abogados.

1. Cual es la realidad jurídica del uso de samples en Colombia en el momento?

La realidad del uso de samples en Colombia es que se necesita la autorización o si bien la licencia de uso por parte de los titulares, que en este caso son aquellos que sean titulares de la obra y en caso de que exista su letra, y también del productor de fonogramas quien tiene derechos conexos sobre el master de la obra, que normalmente es el usado en los samples, por otro lado no hay muchos casos que lleguen a tribunales por la misma naturaleza de la industria donde se origina el sampling que es en este caso la industria musical.

2. Cree que el sistema actual de propiedad intelectual en Colombia propone herramientas jurídicas eficientes para proteger los derechos de autor en cuanto al uso no autorizado de obras musicales?

Es difícil saber si es eficiente o no el sistema actual pues no han llegado a tribunales nacionales casos relacionados con el tema, hablado desde lo jurisdiccional, la entidad competente para conocer de estos temas sería la Dirección Nacional de Derechos de Autor y tocaría entender como aplicaría la DNDA la normatividad en estos casos, pero sin duda protegería a los titulares de la obra que fue objeto de muestra sin permiso, por

simple aplicación de la norma. Ahora bien, creo que en materia de eficiencia no es muy eficiente pues eso no significa que se haya logrado desincentivar el uso del sampleo en la música.

3. Que tan común es en el mercado musical la negociación de licencias para uso de samples?

Existe el mercado de licencias de uso y sincronizaciones el cual funciona de manera exitosa en el mundo de la publicidad, sin embargo no creo que sea muy común en la industria musical o por lo menos a mi me ha tocado muy poco en la practica del derecho.

4. Cree que hay vulneración de los derechos de autor cuando un artista usa un sample de otro artista pero lo modifica de tal manera que lo hace irreconocible? Por que?

Considero que si la norma no es posible de ser aplicada, por ser irreconocible el sample es por que no se están vulnerando los derechos del autor, pues no hay riesgo de confusión o de aprovechamiento ajeno de la obra en cuestión en realidad, es por esto que hay que buscar el espíritu de la ley para encontrar su razón de ser, no solo aplicarla literalmente.

5. Cree que al usar un sample se debe solicitar permiso tanto al artista como al titular del fonograma o solo debe bastar la aprobación del titular de la composición?

Evidentemente a ambos, pues los dos tienen derechos sobre los intangibles en cuestión; el autor sobre su obra y el productor de fonogramas sobre la fijación de la obra en un fonograma.