

¡SIN MELODÍA NO HAY OBRA! DIME, ¿QUÉ SE SIENTE NO TENER DERECHOS DE AUTOR SOBRE TU COMPOSICIÓN MUSICAL?

Alvaro Ocampo Grey
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría egresados

En un contexto de creciente relevancia económica del ámbito musical y el ante advenimiento de nuevas generaciones de compositores, considero imperioso que se analicen los problemas jurídicos relacionados con las instituciones que protegen las obras musicales. Para ello, parto por analizar cuándo es que son protegibles dichas creaciones por la normativa de derechos de autor, porque es a partir de esa protección que se podrá velar por los intereses individuales del compositor/productor y los cesionarios.

Nuestra norma principal de derechos de autor señala como protegible la obra, la cual se define como aquella creación intelectual personal y original, sin embargo ¿cómo es que se interpretan a la luz de una obra musical términos tan generales? Al recurrir a los pronunciamientos del Indecopi nos encontramos ante un solo criterio que viene utilizándose en las resoluciones sobre la materia desde 1998. Ello nos lleva a cuestionar la idoneidad de lo establecido, en razón de que el criterio mencionado se restringe la protección únicamente al aspecto melódico.

Así, en este cuaderno de trabajo expondré el marco jurídico y los criterios existentes para admitir como protegible una obra musical, criticaré el ámbito de protección actual de dichas creaciones y desarrollaré cómo es que considero que debería analizarse su originalidad.

I. Las obras musicales protegidas en nuestro país

Dentro de las obras protegidas por los derechos de autor se encuentran las composiciones musicales con letra o sin ella¹, sin embargo, en nuestro ordenamiento, no se encuentra prevista una definición de composición musical. De acuerdo al numeral 17 del artículo 2

¹ Soy de la opinión de que la música y las letras son protegibles de manera independiente en la medida en que se trata de obras de naturaleza distinta. Los diálogos de obras teatrales son adaptados para la letra de óperas e incluso hay casos en los cuales se usan como letras las obras literarias de poetas. Por citar un ejemplo, el renombrado poema *Alturas de Machupicchu*, obra del poeta chileno Pablo Neruda, fue magistralmente musicalizado por la banda Los Jaivas. Ver: Los Jaivas [chayito 55] (2006, septiembre 26). La poderosa Muerte - Los Jaivas en Macchu Picchu [Archivo de video] Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=8AO8pY09h_Y Así, entendemos que el creador de una letra sería autor de la misma como obra literaria independientemente de si ha contribuido en la composición de la música.

de la Ley Sobre el Derecho de Autor - Decreto Legislativo 822² (en adelante, la LDA), una composición musical será considerada obra en caso de: (i) haber sido creada por una persona natural, (ii) contar con originalidad y (iii) ser susceptible de divulgación o reproducción de cualquier tipo. En el presente cuaderno de trabajo únicamente me limitaré a tratar el segundo punto.

1.1. Primera aproximación sobre la originalidad: Los criterios del precedente *Agrotrade vs. Infutecca* en aplicación a la obra musical.

La LDA no define qué es la originalidad, sino que se limita a señalar que será protegible aquella creación que cuente con la referida cualidad. No obstante lo antes expuesto, en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 286-1998/TPI-INDECOPI³ sí se hace un tratamiento abstracto del mencionado requisito. A continuación pasaré a analizar segmentadamente dicho pronunciamiento con la finalidad de interpretar sus alcances en función al ámbito concreto de las obras musicales.

(a) *«Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad»*

La «expresión creativa e individualizada» de la obra refiere al desarrollo de una idea a través de los sonidos como consecuencia del esfuerzo creativo del compositor, pero sin importar lo mínima que sea la manifestación creativa plasmada. En ese sentido, resultan protegibles incluso aquellas obras que tengan un cierto grado de simplicidad, como podrían ser las composiciones de moda dentro lo que se conoce como música pop, las canciones de trova contemporánea (que la mayoría de las veces consisten en el rasgueo o arpegiado de progresiones simples de acordes elementales acompañadas con letras de contenido poético), los *jingles* publicitarios⁴, entre otras manifestaciones.

(b) *«La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad»*

Antes de comentar el presente fragmento del precedente, resulta necesario señalar que existen diversas teorías que tratan de definir en qué consiste la originalidad de una obra. A continuación presentaré la siguiente tabla que resume las diferentes posturas existentes:

2 Esta norma fue promulgada el 24 de abril de 1996 y continua vigente hasta la fecha.

3 Resolución N° 286-1998-TPI-INDECOPI de fecha 23 de marzo de 1998 recaída en el marco del Expediente N° 663-96-ODA-AI. En el presente caso se discutió sobre el presunto plagio que habría realizado Agrotrade respecto del formato de los componentes y la descripción de las indicaciones de las propiedades que la empresa Infutecca consignaba en los empaques de su medicamento ALPHA CPL 10 CE. El Tribunal declaró infundada la denuncia. Dicho precedente estableció lo siguiente: «Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor; llevar la impronta de su personalidad. No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural-artístico, científico o literario ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que sólo [...] requieren de la habilidad manual para su ejecución. En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor: igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra».

4 Es la palabra más utilizada en el ámbito publicitario para aludir a una composición musical orientada a vender un producto o promocionar un servicio.

Tabla I

Tabla comparativa de las conexiones entre el litigio de derecho público y el ECI

Originalidad objetiva		Originalidad subjetiva	Criterio intermedio
Equipara originalidad a novedad.		Determinado trabajo es protegible cuando se encuentre imbuido de la personalidad del autor.	Conjuga ambas teorías. Que el trabajo sea producto de la personalidad del autor y que contenga elementos nuevos respecto de lo ya existente.
Novedad objetiva	Novedad subjetiva		
Se considera objetivamente nuevos aquellos trabajos que aporten al patrimonio cultural algo que antes no existía.			
N. objetiva absoluta	N. objetiva relativa		
Debe ser algo nuevo, nunca antes visto.	Las creaciones serían consideradas nuevas, y por tanto protegibles, cuando presentan ciertos cambios o variaciones sobre lo ya existente.		
Algo es nuevo cuando el que lo desarrolló no tuvo acceso a otros trabajos de los cuales tomar elementos. Incluso cuando haya dos obras idénticas se considera la segunda producción como nueva si no hubo acceso.			

Nota: El siguiente cuadro trata de esquematizar la clasificación de Real Márquez respecto de las posturas existentes sobre la originalidad. Real Márquez, M. (2001). El requisito de la originalidad en los derechos de autor. Recuperado de http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf.

En nuestro ordenamiento, se ha seguido el criterio de la originalidad subjetiva o de la impronta de la personalidad del autor; de modo que una obra es protegida no por el grado de novedad, sino porque en esta el ser humano ha seleccionado determinados elementos de acuerdo a su criterio personal, dando como resultado una unidad provista de cierta esencia particular.

Determinar la originalidad de una obra resulta una tarea ardua y difusa, debido a que en este aspecto la ponderación y análisis subyacente no se hace respecto de elementos objetivamente verificables, sino de composiciones fruto de impresiones o experiencias estéticas propias de la subjetividad de un ser humano. Es en ese sentido que Antequera Parilli (1996) señala lo siguiente:

La originalidad de las obras (o el de que están protegidas las obras cuando sean *originales*), aparece expresamente mencionado en muchas leyes nacionales y apunta a su *individualidad* (y no a la novedad *stricto sensu*, propia del *derecho invencional*, es decir que el producto creativo, por su forma de expresión, debe tener características propias como para distinguirlo de cual-

quiera otro del mismo género, a diferencia de la copia, total o parcial, de la creación de otros (lo que tipificaría un plagio), sin una interpretación o sello personal; o de la simple técnica, que solo requiere de la habilidad manual en la ejecución. (p. 51)

Así, esa individualidad o personalidad podría manifestarse en la forma particular de expresar las ideas o en cómo se seleccionan o estructuran determinados elementos, en nuestro caso sonoros. De ahí que el criterio más acorde con la naturaleza de los derechos de autor sea precisamente el de la originalidad subjetiva o de la impronta de la personalidad del autor. No obstante, existen ciertos cuestionamientos relevantes que pueden hacerse respecto de la adopción del mencionado criterio.

De acuerdo con el profesor Alfredo Maraví (2010), seguir únicamente el criterio antes mencionado conllevaría a que el ámbito de protección se vaya a dos extremos poco deseables. Por un lado, (i) reducir la protección a aquellas obras que presenten evidentemente la personalidad del autor —obras maestras de compositores con personalidad fuerte—, o, por el contrario, (ii) admitir que cualquier trabajo realizado por el ser humano pueda dejar plasmada su impronta. Por tanto, el mencionado autor considera que el criterio más adecuado y sincero para determinar la originalidad sería seguir una teoría intermedia entre la «novedad relativa» y «la impronta de la personalidad del autor» (pp. 24 - 34)⁵.

Sobre el particular, si bien concuerdo en que cualquiera de esos extremos resultaría indeseable, albergo ciertas dudas respecto de si la adopción de la teoría de la impronta de la personalidad del autor necesariamente nos llevaría ante los dos supuestos antes descritos. A continuación, tomaré como referencia las obras musicales para exponer nuestra posición.

De acuerdo con Sánchez Aristi (2004), la originalidad de una obra musical —y de cualquier obra en general— puede cuestionarse de dos formas: (i) por falta de creatividad, al no separarse lo suficiente de los elementos pertenecientes al dominio público, o (ii) por consistir en la usurpación de la creatividad de otra persona, como ocurre en los casos de plagio (p. 304). En otras palabras, en el primer supuesto el juzgador podrá verificar si la obra en cuestión no se trata de una organización muy básica de elementos de libre disposición y, en el segundo supuesto, previo análisis probatorio, el juzgador determinará si cierto trabajo utilizó elementos sustanciales de una obra preexistente.

Siguiendo la teoría de la impronta de la personalidad del autor, en ambos supuestos nos encontraremos frente a una persona racional que tendrá que evaluar de acuerdo a su criterio si es que el trabajo en cuestión efectivamente revestía de un desarrollo creativo correspondiente a la personalidad del presunto autor, tarea que podría verse influida por la subjetividad del juzgador.

Ahora bien, al momento de analizar la originalidad de una obra musical, la autoridad contará con la ayuda de un criterio técnico —opiniones técnicas o pericias— que le permitirá orientarse, por lo menos, respecto de los elementos del dominio público musical que se presentan o las organizaciones que puedan haber sido tomadas de obras ajenas. Así, el juzgador podrá verse liberado de aquellos recursos sobre los cuales no podría residir de ninguna manera la impronta de la personalidad del autor. En consecuencia, el riesgo de que se considere como original cualquier trabajo sonoro que no revista de un mínimo de originalidad se verá reducido.

Es importante también tener en cuenta que el mismo precedente ha establecido que

5 Esta postura también se desarrolla en la tesis de maestría *Las creaciones gastronómicas como objeto de protección por el derecho de autor: posibilidades y conveniencia siguiendo el enfoque de la propiedad intelectual y la competencia desleal* (Maraví, 2011, pp. 21 - 28).

una obra musical se protegerá por mínima que sea la individualidad plasmada. Por tanto, al momento de hacer el análisis, normalmente el juzgador tendrá cuidado de no desmerecer aquellas obras que si bien podrían ser consideradas por la crítica como de escaso valor cultural, revisten por lo menos de un mínimo desarrollo creativo más allá del mero uso de elementos del dominio público o de aspectos contenidos en otras obras.

Por lo expuesto, las probabilidades de que en los casos en concreto la autoridad reduzca la protección por derechos de autor de aquellas obras maestras de compositores con personalidad fuerte serán reducidas. Ello en función de la orientación del precedente, sumado al hecho de que —a nuestro parecer— el juzgador, en principio, tendrá conocimiento de que su función no es la de un crítico de arte llamado a reivindicar los parámetros de lo «estéticamente adecuado».

De otro lado, guardo ciertas dudas sobre si el criterio más adecuado para determinar la originalidad sea seguir una teoría intermedia entre la novedad relativa y la impronta de la personalidad del autor. Si bien en el análisis de la originalidad en derechos de autor el examen podría ser similar al realizado para la determinación de la novedad en el derecho de patentes, soy de la opinión de que entre originalidad y novedad no se hay un correlato muy preciso.

En el derecho de las invenciones, el análisis se centra en determinar si en el actual estado de la técnica no se ha presentado una misma específica solución a un determinado problema. Por ejemplo, un dispositivo que permita la teletransportación de personas. Así, la novedad reside en las llamadas reivindicaciones, que consisten en las particularidades que el inventor ideó, las cuales deben diferir de lo que antes ya se había realizado. Por el contrario, en el derecho de autor no se puede hablar de reivindicaciones —y, por ende, tampoco de novedad—, puesto que estas hacen referencia a las invenciones que refieren a ideas técnicas y sobre dichos elementos no recae el derecho de autor. En la disciplina que nos compete se considera aporte a una forma particular de organizar los elementos expresivos, por lo cual no se puede determinar la protección de un nuevo elemento objetivo particular que otro compositor nunca haya utilizado.

Soy de la opinión que asimilar el concepto de novedad al de originalidad podría, incluso, generar ciertas situaciones problemáticas para la disciplina del derecho de autor, y en particular para el ámbito musical. Ello se entiende porque sí pueden existir aportes musicales objetivos determinables en una obra, como son aquellas particularidades técnicas o estéticas nunca antes usadas. Podría citar, como ejemplo, el uso del registro agudo del fagot en la obertura de *La consagración de la primavera* del compositor ruso Igor Stravinski⁶, el recurso del método de composición dodecafónica desarrollado inicialmente por el compositor austriaco Arnold Schoenberg⁷, entre otros. Considero que aportes como los mencionados constituyen ideas o descubrimientos que no podrían ser reivindicados por las vías del derecho de autor.

En un escenario algo menos pesimista que el anterior, analizar la originalidad en función de la novedad —aun siendo esta relativa— podría generar que se pueda entender que solo serán protegibles aquellas obras con una forma de expresión estética que antes no se haya

6 Cabe precisar que Igor Stravinski es un compositor ruso considerado como una de las figuras más importantes e influyentes en la música del siglo XX. En particular, es muy reconocido por su *ballet La consagración de la primavera*, cuyo estreno, incluso, retrato uno de los más grandes escándalos en la historia de la música, debido a su estrepitoso estreno lleno de abucheos, sin perjuicio de que años después la obra sea considerada como una obra maestra.

7 El compositor austriaco Arnold Schoenberg es otra de las figuras determinantes en la historia de la música del siglo XX, pues su sistema dodecafónico implicó el deliberado abandono de la tonalidad bajo un nuevo sistema organizado. Con ello, la melodiosidad de la música fue dejando de lado aquel carácter usualmente agradable de la tonalidad mayor (alegre) y menor (triste) para pasar al uso de las disonancias, en lo que se conoce como atonalidad.

mostrado, por lo menos en ciertos aspectos (sino, no se podría hablar de algo nuevo). Así, el juzgador tendría que hacer de crítico de arte o, de lo contrario, guiarse por la opinión de los críticos, especialistas en cada una de las disciplinas existentes, lo cual elevaría en demasía los costos de evaluación. En caso del último supuesto, se podría correr el riesgo de desproteger obras con un mínimo valor de expresividad, pero con un ingente valor económico, pues difícilmente un crítico musical admitirá que el *Gangnam style* (*El baile del caballo*) de PSY constituye una nueva forma de expresión musical⁸.

Cabe añadir que el requisito de originalidad de las obras musicales difiere del requisito de distintividad de las marcas, pues este último se refiere a la capacidad de distinguir un producto en el mercado. Esta consideración guarda especial relevancia en el caso de las marcas sonoras, pues estas podrían ser representaciones acústicas distintivas aun cuando no fueran originales. Por ejemplo, la corneta de D'Onofrio efectivamente nos permite reconocer los helados de la empresa, pero difícilmente un sonido tan básico como la nota de la corneta que hace una suerte de *glissando* podrá considerarse una obra original. Ello, sin perjuicio de que el sonido sea distintivo y pueda ser susceptible de representación gráfica a través de un espectograma como para ser reconocido como marca⁹.

En conclusión, considero que para determinar si una obra musical es original, el juzgador debe tomar en cuenta la impronta de la personalidad del presunto autor, y para considerar ello debería bastarle con la verificación de una organización particular de ciertos elementos expresivos, lo cual implica que el trabajo sometido a análisis no consista en un mero uso directo de elementos musicales que pertenezcan al dominio público o la copia de la organización de sonidos realizada por alguien más en otra obra protegida.

- (c) *«No todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor. Igualmente aun cuando exista certeza de que una creación carente de individualidad ha sido copiada textualmente, tal circunstancia no convierte a ésta en obra»*

Un ejemplo de este supuesto podría ser la reconstrucción de música egipcia realizada por Rafael Pérez Arroyo, que partió con el rescate de sus antiguos instrumentos para grabar un CD con la interpretación de las escalas encontradas en jeroglíficos, en *Music in the age of the pyramids* (2011, grabación de audio). Por más de que la tarea de reconstrucción y recopilación haya sido titánica, no sería protegible el resultado a menos de que los encargados hayan librado a su criterio personal la reconstrucción de las composiciones que en un principio no se pudieron encontrar completas.

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

8 La canción *Gangnam style* llegó a recaudar la impresionante cantidad de ocho millones de dólares por el uso de la obra en publicidad (Mims, 2013).

9 Decisión 486 de la CAN.

Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

En este fragmento se hace alusión al patrimonio cultural en el ámbito musical. Así, por ejemplo, puedo mencionar el trabajo *Música tradicional del Perú I: fiestas del Cuzco*, que recopila las danzas de las principales celebraciones de las provincias de Calca, Cuzco, Quispicanchis, Canchis y Paucartambo, las cuales no podrían ser consideradas obras del investigador por pertenecer a tradiciones ancestrales de la cultura andina. No obstante, de acuerdo al artículo 5, literal l) de la LDA, sí podría considerarse protegible dicho trabajo como una antología.

De manera similar, se presentó un caso en el cual el guitarrista Carlos Parra del Riego solicitó ante Indecopi la protección del trabajo denominado *Himno nacional del Perú - versión rock heavy metal*, el cual —como indica su nombre— consistía en una versión de nuestro himno nacional interpretado en un estilo de *heavy metal*, con guitarras eléctricas, bajo eléctrico y pista rítmica de batería. No obstante, luego de realizar una pericia, se consideró que la versión del denunciante no contenía un aporte que le brinde el carácter de ser obra (derivada), sino que se trataba de la interpretación de un elemento del dominio público, el Himno Nacional del Perú¹⁰.

De otro lado, cabe mencionar que concuerdo con Lipszyc (1993) respecto de que no se pueden adquirir derechos sobre los elementos o recursos propios de la música, porque estos son recursos de dominio público dentro del arte o técnica (p. 74).

Por otro lado, para finalizar el entendimiento de esta parte del precedente, debo decir que pertenecen al dominio público las obras de los compositores que fallecieron hace setenta (70) años, como podrían ser las obras de los compositores del periodo renacentista, barroco, clásico, romántico y moderno de la música académica, más conocida como música clásica^{11 12}.

De otro lado, resulta relevante comentar que de acuerdo a la concordancia entre el artículo 2, numeral 25 y el artículo 6, literal d de la LDA, sí se encuentran protegidas las obras musicales derivadas de elementos u obras de dominio público; siempre y cuando todas estas cuenten con originalidad, como por ejemplo las obras derivadas de la obra *Caprice* para violín del compositor italiano Nicolo Paganini^{13 14}.

10 Resolución 0179-2011/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente 002172-2010/DDA. Para escuchar la versión del himno nacional interpretada por Carlos Parra del Riego ver: [Charlie Parra del Riego]. (2010, febrero 24). Himno Nacional del Perú en Heavy Metal. [Archivo de video]. Recuperado de http://www.youtube.com/watch?v=Oo22QAD_uPA

11 El periodo conocido como «contemporáneo» comenzó aproximadamente en 1951 y continúa en la actualidad, por lo que las obras de este periodo, y algunas del moderno, aún no pasan al dominio público.

12 Cabe precisar que en el anterior párrafo solo se consideró el plazo explotativo respecto de los derechos de autoría de los compositores —o sus derechohabientes— sobre las obras. No obstante, los derechos conexos de los intérpretes —tales como los directores de orquesta e instrumentistas que ejecutan las obras que se encuentran en el dominio público— pueden encontrarse plenamente vigentes, ya que cuentan con una duración independiente a la de la composición interpretada. Esta vigencia en nuestro ordenamiento es de setenta (70) años contados a partir de la muerte del intérprete.

13 Para escuchar el conocido *Caprice N° 24*, en su versión original, interpretado por el violinista, revisar: Alexander Markov ([kacharov]). (2010, mayo 20). Paganini - Caprice no. 24, Alexander Markov, violin [HD] [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=XPM2LIStXPE>

14 A continuación, un par de obras derivadas de los *Caprice* de Paganini. Variaciones de un tema de Paganini del compositor del postromanticismo ruso Sergei Rachmaninov, de estilo clásico, interpretadas por el pianista Stephen Houg (Ver Houg, S. [MartinaSemenova]. (2007, febrero 24). Stephen Hough plays Rachmaninov's Paganini Rhapsody (I) [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=3G0YvPgrYrg>). Las variaciones de Lloyd Webber interpretadas por él mismo en estilo de rock progresivo: Lloyd Weber, J. [Bowman808]. (2006, noviembre 24). Variations by Andrew Lloyd Webber played by Julian Lloyd Webber [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=TMcb90JpvxY>

1.2. Posturas existentes sobre la originalidad en la obra musical.

Resulta necesario comprender en qué consisten los principales elementos expresivos que constituyen una obra musical, ya que en la doctrina se han establecido criterios para determinar la originalidad de la misma en función de la importancia que se brinde a uno u otro de los elementos. Para facilitar la explicación, fragmentaré un tema musical bastante conocido: *De música ligera* de la banda argentina Soda Stereo, en su versión en vivo que es la más famosa¹⁵.

Este tema inicia —segundo quince (0:15)— con el cantar sigiloso de Gustavo Cerati, quien vocaliza la letra: «Ella durmió al calor de las masas...». Esa sucesión organizada de sonidos —notas musicales— emitidos por la voz de Cerati —independientemente de la letra— es parte de la melodía de la canción.

Esa melodía vocal es acompañada por un rasgueo semienmudecido de la guitarra (*palm muting*) que ejecuta bloques de notas musicales simultáneas —acordes—, los cuales se desplazan de manera constante —intervalo desde el segundo quince al cincuenta (0:15 a 0:50)—. Ese acompañamiento de acordes de guitarra constituye parte de la armonía.

Poco después de terminada la primera estrofa, luego de una explosión en solitario de los rasgueos de guitarra, el baterista entra en escena realizando determinados golpes organizados entre pulsos constantes y acentuaciones que conforman un patrón. Así, con el ingreso de la batería se hace evidente el ritmo —en el minuto uno con veinte segundos (1:20)—.

Los medios físicos a través de los cuales se exterioriza este tema musical son, fundamentalmente, la voz del cantante, la guitarra eléctrica, el bajo eléctrico y los instrumentos de percusión que conforman la batería; y cada uno de estos produce una sonoridad particular (el timbre). Al inicio de las estrofas, la voz, la guitarra y el bajo eléctrico hacen sonar la misma nota musical («si» o, en nomenclatura anglosajona, «B»), pero uno se puede dar cuenta de que se trata de diferentes instrumentos debido al timbre particular de cada uno. En otras palabras, la cualidad particular de los sonidos emitidos por cada uno de los instrumentos musicales que nos permite diferenciarlos entre sí —independientemente de las notas musicales que toquen— se denomina timbre o color.

Existen, principalmente, dos criterios contrapuestos sobre cómo y en cuál de los elementos antes mencionados reside o debe residir la originalidad de la obra musical.

1.2.1 Criterio restringido a la relevancia melódica.

De acuerdo con este criterio, solo las obras que contengan una línea melódica serían susceptibles de protección y la originalidad que estas presenten residiría propiamente en el aspecto melódico, pues solo sobre dicho aspecto recaerían los derechos de exclusiva. Siguiendo el referido criterio, la autora Delia Lipszyc (1993) señala lo siguiente:

La originalidad de las obras musicales resulta del conjunto de sus elementos constitutivos. Sin embargo puede residir en la melodía, en la armonía o en el ritmo.

Ello no obstante, para el derecho de autor solo pueden adquirir derechos exclusivos sobre la melodía. Ella equivale a la composición o al desarrollo de la idea en las obras literarias, y no a la idea misma. La melodía es una creación formal.

¹⁵ En el siguiente enlace, encontrarán la versión en vivo del tema: SODA STEREO [sodastereooficial]. (2008, noviembre 12). *De música ligera en vivo* [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=XleMp4zQC4>

No se pueden adquirir derechos exclusivos sobre la armonía porque la forman los acordes, cuyo número es limitado. Tampoco sobre el ritmo porque no sería lógico otorgar exclusividades sobre el bolero, la mazurca, la samba, la bossa nova, la gavota, etc. Del mismo modo no se pueden adquirir derechos sobre los géneros literarios: La poesía, la novela, el cuento, el drama o la comedia. (p. 74)

1.2.2. Criterio amplio que incluye a todos los elementos de la obra musical.

De acuerdo con este criterio, la originalidad de una obra musical puede recaer en cualquiera de los elementos expresivos de la misma o sobre las relaciones que se establecen entre estos. En ese sentido, los derechos de exclusiva no recaerían solo sobre el aspecto melódico.

En sus *Comentarios a la propiedad intelectual*, Bercovitz (1997) establece las bases del criterio de la siguiente manera:

Las composiciones y obras musicales se sirven de los sonidos como medios de expresión. No cabe excluir ningún tipo de sonidos: instrumentales, sonidos de ruidos de la naturaleza, la voz humana, sonidos o ruidos producidos casual o voluntariamente por cosas, animales, plantas, por el hombre, sonidos electrónicos. En definitiva, quedan incluidos los sonidos procedentes de cualquier fuente.

La originalidad de una obra musical radicarán en la melodía, en la armonía o en el ritmo o en dos o en todos ellos a la vez. [...] La composición armónica distinta de una melodía constituye una nueva obra que, si es suficientemente compleja, puede ser incluso independiente y no derivada de la obra original. También cabe considerar como creación protegible (aunque se trate de una obra derivada) la instrumentación u orquestación (arreglos musicales: art. 11,4 LPI). (p. 168)

En la línea del anterior criterio, Sánchez Arísti (2005) señala lo siguiente respecto de la relevancia melódica:

Desde mi punto de vista no es este el tratamiento más idóneo que cabe en la originalidad en sede de obras musicales, ya que la misma puede detectarse en cualquiera de los aspectos expresivos de la obra o en la comparación inseparable de algunos de ellos. Hacer residir toda la carga de originalidad de una obra musical en su aparato melódico no es más que una simplificación. (pp. 256 - 260)

Del mismo modo, Raquel de Román Pérez (2003) arguye lo siguiente:

[...] procede destacar ahora que la originalidad de la obra puede depender no sólo de la melodía como en algún momento se ha defendido. De otro modo, hay que entender que, según la obra, la originalidad puede residir en uno sólo de sus elementos, en una combinación de varios de ellos, o en todos a la vez. (pp. 49 - 50)

Luego de haber hecho un recuento de las principales posturas respecto de la originalidad de la obra musical, cabe preguntarse por cuál de los mencionados criterios la autoridad nacional se orientado.

2. Aspectos prácticos sobre la originalidad de la obra musical

2.1. Jurisprudencia sobre la originalidad de la obra musical.

En las normas sobre derechos del autor no están previstos criterios para poder determinar cuándo una obra musical es original, tampoco el glosario de términos de la LDA nos indica en qué consiste una obra de este tipo. Por ello, pasaré a hacer un análisis de los criterios firmes establecidos por el Indecopi.

(a) El caso de **Lucchetti vs. Molitalia**¹⁶

En el presente caso, la empresa Lucchetti denunció a Molino Italia por infracción a los derechos de autor en razón de que dicha empresa habría copiado un anuncio suyo que incluía una obra instrumental de fondo.

En esta resolución, la Sala de Propiedad Intelectual señaló que la obra musical comprende todo tipo de combinación original de sonidos con o sin palabras, brindando así un asomo de definición. Además, se estableció que la obra musical se compone de los siguientes elementos: melodía, armonía y ritmo; y que la originalidad es producto del conjunto de estos, aunque pudiera recaer sobre cualquiera de manera individual. No obstante, ello se contradice con las consideraciones que luego establece en la misma resolución.

Con respecto a la melodía, el referido pronunciamiento da a entender que esta es una sola dentro de la obra, que todo lo que no es melodía es mero acompañamiento y, por último, que el compositor desarrollará la obra siempre a partir de una melodía. Sobre la armonía, se desprende del pronunciamiento que, para la Sala, esta comprende sonidos simultáneos¹⁷, dejando de lado el arpegiado de un acorde¹⁸; además, cuando señala que los sonidos deben ser «acordes», no establece el alcance de dicho calificativo.

Luego, la Sala estableció la siguiente restricción:

Cabe precisar que para el derecho de autor sólo se puede adquirir derechos exclusivos sobre la melodía. Ella equivale a la composición o al desarrollo de la idea en las obras literarias y no a la idea misma. La melodía es la creación formal. (énfasis añadido)

Hay que resaltar que, no obstante haber admitido en un primer momento que la originalidad se presentaba en la unión de los tres elementos y que podría apreciarse incluso en cualquiera de ellos separadamente; en el párrafo citado se ha señalado que los derechos exclusivos solo recaen sobre la melodía. Al respecto, cabe mencionar que por los derechos de autor se otorga un derecho de exclusiva al creador sobre su obra, por lo que el afirmar que el derecho de exclusiva recae solo sobre la melodía implica que a pesar de que se aprecie originalidad en la unión de todos los elementos o en su consideración aislada, no habrá protección más que de la línea melódica.

Para cerrar el criterio, la Sala estableció que otorgar protección al elemento armónico

¹⁶ Resolución 074-2000/TPI recaída en el Expediente 276-95-ODA-AI.

¹⁷ «La melodía alude a todas las relaciones sonoras posibles en orden sucesivo, es decir, a una sucesión coherente de notas y a partir de ella se desarrolla una obra musical, simple o compuesta, con independencia de su acompañamiento (distintos sonidos adicionales a la melodía, los cuales no son objeto de derechos exclusivos). La armonía es la combinación de sonidos simultáneos, diferentes pero acordes. El ritmo es la proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente». Resolución 074-2000/TPI.

¹⁸ El arpegiado es una pulsación realizada de manera sucesiva de aquellas notas que componen un acorde y que estructuran una armonía.

implica una protección sobre los acordes. Así, a decir de la autoridad, cuando un autor buscara proteger su armonización, estaría pretendiendo que se le reconozca derechos exclusivos sobre los acordes. En ese mismo sentido, a decir de la Sala, la protección de la rítmica de una composición significaría el otorgamiento de derechos de exclusiva sobre los indicadores de compás de, por ejemplo, 3/4 (conocido delimitador del vals). En resumen, establece la armonía como los acordes individualizados y el ritmo como los indicadores de compás individualizados.

Respecto del *jingle* de Lucchetti, se señaló que este contiene una línea melódica original, por lo que es protegible. De esto se desprende que en la práctica no serían protegibles aquellas obras que carezcan de una línea melódica y que el análisis de la originalidad se hará solo respecto del referido elemento. El órgano resolutivo cristalizó los criterios señalados anteriormente delimitando el plagio a la apropiación de la melodía con respecto de aquello que sea original. De acuerdo con ese razonamiento, uno podría copiar libremente la armonización y la rítmica de una pieza —o la unión de ambos elementos— siempre y cuando desarrolle una melodía diferente sobre dicha estructura. En el informe pericial encargado del análisis comparativo se señaló que existían muchas semejanzas entre ambas melodías (número de compases¹⁹, tonalidad y la disposición de los intervalos, entre otros). Asimismo, señaló que ambas daban una impresión sonora similar. Por tanto, se determinó la existencia de plagio.

(b) Caso Wika Discos vs. Directv²⁰

Wika Discos interpuso denuncia por infracción a la LDA contra Directv Perú por la presunta adaptación ilegal de la obra *We go together* elaborada por Jorge Madueño Romero, Jean Pierre Magnet y Miguel «Chino» Figueroa Fajardo.

Antes del análisis del caso en concreto, la Sala reiteró los mismos criterios generales relativos a la obra musical establecidos en el caso Lucchetti vs. Molitalia.

Citando el análisis del informe pericial realizado por el compositor y analista José Sosaya Wekselman, la Sala determinó lo siguiente:

«La similitud armónica, instrumental y rítmica entre ambas piezas se establece durante 0:36 segundos continuos (...)» y que «Considerando las similitudes en cuanto a la estructura, armonía, instrumentación, ritmo y estilo se concluye que el autor (o autores) del *jingle* de Directv Perú S.R.L. han tomado la pieza WE GO TOGETHER como punto de partida para la elaboración del mencionado *jingle* cambiando sólo la letra, las notas de la melodía, la sección C (...) «el *jingle* publicitario de Directv Perú S.R.L. es una copia parcial de la obra musical WE GO TOGETHER en un 75% aproximadamente.

Atendiendo a lo expuesto por el informe pericial ordenado por la Oficina de Derechos de Autor; la Sala considera que ha quedado acreditado que Directv Perú S.R.L. ha copiado parte de la melodía de la obra WE GO TOGETHER sin contar con la autorización de sus autores. (énfasis añadido)

Como se puede apreciar, el perito compositor señaló que la copia se sustentaba en las similitudes presentadas en el aspecto armónico, rítmico, instrumental y el estilo, de modo que

19 Un compás es un segmento en el cual se agrupan las notas musicales de acuerdo a una duración y acentuación particular. Así, por ejemplo, un compás de 4/4 es aquel segmento en el cual se agrupan cuatro notas negras, las cuales suelen tener una duración cercana al segundo.

20 Resolución 1989-2008/TPI-INDECOPI recaída en el Expediente N° 1636-2006/ODA

las únicas diferencias entre ambas obras se apreciaban en la melodía y letra. No obstante, la Sala, contradiciendo lo señalado por la pericia, deduce que lo que se copió fue parte de la melodía, cuando en realidad lo que se copió fueron todos los demás elementos. De acuerdo con lo expuesto, se puede apreciar que en la pericia sí se llegó a hacer una evaluación técnica de los elementos no melódicos de las composiciones; sin embargo, la Sala terminó tergiversando ese análisis con la finalidad de orientarlo forzosamente al criterio de la protección melódica.

(c) Caso Raúl Denegri vs. José Zelada y Estanis Mogollón²¹

En el presente caso, el señor Raúl Denegri interpuso una denuncia contra José Alfredo Zelada Gómez debido a que el tema *Agonía de amor*, compuesto por este último en coautoría con el prolífico compositor de cumbias Estanis Mogollón, habría sido producto de un plagio de su obra *El Perú te está hablando*.

Antes del análisis del caso en concreto, la Sala reiteró los mismos criterios generales relativos a la obra musical establecidos en el caso *Lucchetti vs. Molitalia*.

Tomando en cuenta que ambas partes presentaron sendos informes periciales contrapuestos, la Secretaría Técnica encargó la realización de un peritaje a la profesora Rosa Elena Vásquez Rodríguez del instituto Innovapucp. Según el informe, las canciones evaluadas se diferencian en (i) los elementos estructurales de los versos y su musicalización en la extensión y rítmica de las palabras, (ii) los acordes usados para la armonía, (iii) el balance sonoro de la instrumentación, (iv) el estilo vocal, así como (v) los saltos interválicos de las melodías. Así, se concluyó que las obras confrontadas eran obras distintas con una coherencia propia.

Es importante notar que la pericia tomó en cuenta los géneros musicales, las armonizaciones, las diferencias en el balance de la instrumentación (timbre) y el estilo vocal. En ese contexto, se puede apreciar que si bien los criterios generales teóricamente establecen el énfasis en la protección melódica para la determinación del plagio, los músicos especializados sí evalúan elementos extramelódicos como armonía, instrumentación y estilo.

(d) Caso Leslie Patten vs. Unique²²

La percusionista Leslie Patten denunció a Unique debido a que dicha empresa difundió un anuncio publicitario²³ en el que se estaría usando el tema *Conca* como fondo musical.

En su pronunciamiento, la primera instancia del Indecopi señaló que la originalidad de la obra no solo se puede reflejar en la melodía, sino también en la creación de patrones rítmicos o una base armónica particular; siempre que no se trate de una mera copia de los patrones rítmicos existentes, cambios mínimos en los mismos o cuando se trate de una simple fusión de patrones preexistentes. Por lo tanto, dicho órgano resolutorio concluyó que la originalidad y, por ende la protección de los derechos de autor, podrán recaer en el ritmo, armonía y melodía de la obra musical de manera conjunta o independiente.

Tomando en cuenta que ambas partes presentaron informes periciales contrapuestos, se encargó la realización de un peritaje de oficio a la Facultad de Música de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la cual designó al especialista Britto Daniel Zamora

21 Resolución N° 2593-2010/TPI-INDECOPI recaída en el Expediente N° 1021-2009/DDA.

22 Resolución 50-2013/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente 1612-2012/DDA

23 En auspicio de un campeonato de voleibol realizado del 22 de julio al 31 de julio del 2011.

Tapia²⁴. El perito concluyó en su informe que el patrón rítmico que es parte esencial de la obra *Conca* (de palmeo y cajón) es utilizado en la música del anuncio de Unique, de modo que, a partir de la base rítmica de la obra *Conca*, la denunciada adicionó una secuencia de acordes no muy compleja con algunos adornos de piano y voz.

Por su parte, Unique señaló que el percusionista Marco Antonio Oliveros había realizado un informe en el que señaló que las fórmulas rítmicas que se utilizan en la obra en mención (Unique Voley I) están basadas en los patrones rítmicos tradicionales del festejo y zapateo afroperuano²⁵. En ese sentido, los patrones rítmicos (en este caso afroperuanos) no serían protegibles dado que no pueden ser considerados autoría de una persona en particular.

Según el criterio de la Comisión, el tema musical materia de la presente denuncia no llegaba a ser una obra musical, puesto que era solo una conjunción de patrones rítmicos que carecía de melodía y armonía, y no contaba con todos los elementos constitutivos de una obra musical. No obstante, señaló que la LDA²⁶ regula la protección de cualquier creación, por lo cual cualquiera de los elementos de la obra musical puede ser protegido de manera independiente.

Ya en el análisis de la obra, la Comisión estableció que el aspecto rítmico no cumplía con el requisito de originalidad. El órgano resolutorio se mostró conforme con lo señalado por el perito de parte, pues determinó que los patrones rítmicos de *Conca* consistían en ritmos afroperuanos —y en otros de influencia africana—, los cuales son pertenecientes al dominio público. Así, se concluyó que la adaptación de ritmos preexistentes, o la fusión de los mismos, no implicaba la creación de una obra que se encuentre protegida, pues, a fin de adaptar o fusionar dichos ritmos, solo podrá realizarse determinados cambios, por lo que existe un número limitado de opciones. En ese sentido, brindar protección a este tipo de producciones generaría que se limite la creación de obras musicales. Por lo expuesto, la Comisión consideró que la producción *Conca* no contaba con originalidad y, por esa razón, declaró improcedente la denuncia.

Así, como se puede apreciar, la primera instancia del Indecopi cambió el criterio de la relevancia melódica determinado por la Sala, pero señaló que la obra en cuestión, en el caso concreto, no era original²⁷.

24 El perito concluyó en su informe lo siguiente: «el patrón rítmico que es parte esencial de la obra "Conca" es utilizado en la música "Unique Voley I". Este patrón rítmico se desarrolla con palmeo corporal y cajón. Del contenido total de *Conca* la parte rítmica de palmeo corporal y base percutida constante es exactamente igual teniendo intervención de cajón que es la misma idea contrapuntística de *Conca* solo que tiene dos golpes más. Por lo tanto el CONCEPTO RÍTMICO DE LA MÚSICA "UNIQUEVOLEY I" ES IGUAL AL DE LA OBRA MUSICAL "CONCA". (...) A partir de la base rítmica de la obra *Conca*, se adicionó una secuencia de acordes no muy compleja con algunos adornos de piano y voz. EN LA MÚSICA "UNIQUEVOLEY I" ESTÁ PRESENTE LA BASE RÍTMICA DE "CONCA" REFORZADA CON ARMONÍAS Y MELODÍAS SIMPLES, ES UNA REPRODUCCIÓN DE UNA PARTE DEL TEMA CONCA QUE EN EL DESARROLLO SE TRANSFORMA».

25 En el informe de parte, el mencionado percusionista señaló que los compases en los que estaría basada la referida obra son: Patrón Rítmico 1, aquel que usualmente ejecutan los zapateadores y bailarines en los géneros zapateo y festejo. Patrón rítmico 2, como el patrón característico de cencerro o campana en el género festejo, el cual también se utiliza en el folclore afrocubano con el nombre de Bembé.

26 Literal n del artículo 5 de la LDA.

27 Esta misma plantilla se utilizó en el caso APDAYC (Representando a Pierre Philips D'Arrigo Alvarado) vs. Caja Municipal de Huancayo. En el caso concreto se consideró que la presunta copia recaía sobre recursos usuales de libre disponibilidad en el ámbito musical. Ver RESOLUCIÓN No 0097-2013/CDA-INDECOPI recaída en el

Sin embargo, esta resolución de primera instancia fue apelada por Leslie Patten y, ante el cambio de criterio, la Sala de Propiedad Intelectual²⁸ desestimó lo señalado por la Comisión y reiteró el criterio de la relevancia melódica al señalar que en la obra musical el elemento protegible por el derecho de autor será solo la melodía. No obstante, indicó que el hecho de que una pieza sea íntegramente percutida no constituye *per se* una premisa para determinar que no es original. Así, si bien la pieza *Conca* se constituye únicamente de bases rítmicas, se podría advertir cierta secuencia melódica. Por tanto, la obra en su conjunto sí contaba con el requisito de originalidad.

Al respecto, se puede apreciar que la Sala consideró que la obra *Conca* tenía melodía y que por eso era original y debía ser analizada; no obstante el superior jerárquico incurrió en un evidente error técnico, pues la obra de la denunciante está destinada a instrumentos de percusión de tono indeterminado (cajón y palmas), por lo cual, tal como señaló el perito, realmente no presenta una melodía al no haber una sucesión de notas musicales. Así, la Sala ha tergiversado las características de la obra materia de análisis a fin de conservar el criterio de la relevancia melódica.

Devuelto el expediente a la primera instancia, la Comisión siguió el criterio de la relevancia melódica reiterado por la Sala. Así, admitió que la obra *Conca* contaba con el requisito de originalidad en su conjunto, pero lo que se reprodujo de la obra de la denunciante era parte del ritmo, y el ritmo no resulta protegible por la legislación de derecho de autor según lo establecido por la Sala. De esta manera, al no haberse reproducido una parte original de la obra *Conca*, se declaró infundada la denuncia.

Debido a esa decisión, Leslie Patten optó por apelar nuevamente la resolución de primera instancia, ante lo cual la Sala reiteró sus anteriores argumentos señalando que la originalidad puede recaer sobre la melodía, armonía y ritmo. Sin embargo, el aspecto rítmico no es relevante, ya que el elemento esencial recae sobre la melodía de la obra. En base al ritmo no se considera un aspecto sobre el cual se puedan ejercer derechos de exclusiva, como es el caso de la presente denuncia. Asimismo, señaló que en el análisis melódico y armónico no hay similitudes.

En ese sentido, la Sala de Propiedad Intelectual consideró (Resolución N° 657-2016/TPI-INDECOPI del 9 de marzo de 2016) que al no haberse determinado la originalidad de la obra *Conca* en su conjunto una vez efectuado el peritaje correspondiente, no se pudo determinar semejanzas en sus aspectos esenciales (melodía), que es el aspecto protegido por derecho de autor sobre el cual se puede invocar derecho de exclusiva, con lo que no era posible determinar la existencia de un plagio y, por ende, no fue posible determinar una infracción a los derechos morales o patrimoniales de la denunciante. En consecuencia, se declaró infundada la denuncia interpuesta por Leslie Susanne Patten contra Unique S. A. El expediente no fue recurrido en la vía contencioso administrativa y actualmente se encuentra archivado.

(e) Caso sobre la letra del himno del equipo Cienciano

Mediante Resolución N° 566-2004/TPI recaída en el expediente N° 033-2004 se denegó el registro de la frase «¡UPA-UPA-UPAPÁ-EL CIENCIANO ES EL PAPÁ!» como obra literaria perteneciente a la letra del himno del Cienciano, pues se consideró que carecería de originalidad.

EXPEDIENTE No 001650-2012/DDA.

28 RESOLUCIÓN No 651-2014/TPI-INDECOPI del 29 de abril de 2014.

El Tribunal argumentó que esa frase resultaba un juego de palabras común o similar para alentar a equipos deportivos, y que sería usual la utilización de interjecciones recurrentes para animar al público asistente. Así, el que estas puedan resultar efectivas para captar a la multitud no implica que deban ser consideradas como originales. Además, determinó que la frase el «Cienciano es el papá» refiere al carácter superior de dicho equipo, y que coloquialmente se suele hacer referencia a alguien que destaca o sobresale como el «papá».

Conforme a lo expuesto, se puede apreciar que la autoridad no está dispuesta a considerar como letra original de canciones las fórmulas usuales dentro de cada género o contexto. Por poner otro ejemplo similar, la frase «no puedo vivir sin ti» dentro de una balada difícilmente podría ser considerada como original.

3. Crítica y adecuación de los criterios de originalidad existentes para una mejor protección de las obras musicales

3.1. Elección y conceptualización de los aspectos técnico-musicales.

3.1.1. Definición de composición musical.

Como se vio previamente, la Sala parte definiendo la obra musical como una combinación original de sonidos con o sin palabras, conceptualización con la que me encuentro de acuerdo²⁹. Sin embargo, la falta de una inclusión legal que defina la obra musical ha generado que la primera instancia resolutoria del Indecopi (la Comisión), recurra al Diccionario de la Real Academia Española para encontrar una definición, en lugar de recurrir a alguna fuente técnica. Así, la Comisión señaló que, de acuerdo con el diccionario, la música se define como la combinación de melodía, ritmo y armonía, de modo que composiciones que carezcan de alguno de los tres aspectos no serían consideradas obras musicales.

Una consideración como la expuesta es a todas luces antitécnica, pues una composición puede constar de elementos melódicos, armónicos o rítmicos, pero la ausencia de alguno de estos no determina que la composición realizada no sea una obra de tipo musical. Por lo expuesto, considero pertinente la inclusión de una definición de obra musical en la LDA a fin de que se tenga claro el concepto de obra musical. Así, creo que es adecuado considerar a la obra musical de manera amplia como el fruto de una elección o combinación de sonidos de cualquier clase organizados en uso de la voluntad del ser humano de manera individual o colectiva³⁰.

29 Al respecto, el propio compositor Igor Stravinski ha señalado lo siguiente: «Deduzco (...) que los elementos sonoros no constituyen la música, sino al organizarse, y que esta organización presupone una acción consciente del hombre, sólo pueden tener la categoría de tal, aquellos que sean producto de su voluntad directamente encaiminada a producir algún resultado» (Gartner, 1989, pp. 29 y 30).

30 Cabe precisar que en la voz No 160 del glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se define a la obra musical como aquella constituida por toda clase de combinaciones de sonidos (composición) con o sin texto (letra o libreto), para su ejecución por instrumentos, músicos y/o la voz humana (OMPI, 1980, p. 169). Si bien en principio la definición parece adecuada, no incluye aquellas composiciones destinadas a ser ejecutadas por objetos y/o sonidos de la naturaleza, como aquellas obras del futurismo, ruidismo, escultura sonora, música concreta, entre otras tendencias contemporáneas de arte sonoro que no utilizan instrumentos musicales, sino el sonido de objetos, máquinas o elementos de la naturaleza.

3.1.2. Conceptualización de los elementos de la composición musical.

Con respecto a la melodía, se señaló que esta es la relación sucesiva de notas musicales, lo cual puede aceptarse como correcto en un sentido simple al considerarla como una línea propia de una sola voz. Sin embargo, en obras como *El arte de la fuga* del compositor del barroco alemán Johan Sebastian Bach³¹, este concepto no resulta completamente adecuado, porque es insuficiente frente a la superposición de diversas melodías que dan un conglomerado complejo en el que las líneas se entrecruzan³². Por ello, considero que un término más adecuado para determinar el ámbito analizable de la obra musical sería el de estructura melódica (Roca y Molina, 2006, pp. 46 y 47).

Con respecto de la armonía, la Sala señaló que es la combinación de sonidos diferentes producidos a la vez, pero acordes. Con una definición como la mencionada se descarta el arpegiado de los acordes, que consiste en la ejecución sucesiva de las notas que contienen los mismos.

En la teoría musical, la armonía puede establecerse a través de la combinación de notas simultáneas, pero también mediante notas agrupadas en orden sucesivo si es que con ellas se forma una imagen de los acordes. Así, por ejemplo, en el inicio de la pieza *Für Elise (Para Elisa)*, del compositor romántico Ludwig van Beethoven, la melodía avanza mientras la armonía se va dibujando a su alrededor a través de una ejecución sucesiva de las notas de los acordes a modo de arpegio^{33 34}. Además, la expresión de la Sala «sonidos diferentes producidos a la vez, pero acordes», podría hacernos pensar que solo hay armonía cuando los sonidos son consonantes, es decir, cuando suenan de manera agradable al oído. Con ello se descarta la armonía de aquellos acordes denominados disonantes, los cuales tienen un carácter tenso e, incluso, irritante para la mayoría de oyentes.

Por tanto, considero más adecuado el término estructura armónica, pues incluye al conjunto de acordes consonantes o disonantes elegidos dentro de un contexto dado ya sea que sus notas se ejecuten de manera simultánea o sucesiva.

Con respecto al ritmo, se señaló que este es la proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente. No obstante, la Sala entendió que la rítmica de una obra comprende solo a los indicadores de compás individualizados (2/4, 3/4, 4/4, ..., etc.). Tomando en cuenta ello, considero que, para determinar el aspecto rítmico de la obra musical, resulta más adecuado el término estructura rítmica (en lugar de ritmo). Ello, en la medida en que permite hablar de los diversos aspectos temporales de una composición, como son las secuencias de indicadores de compás en la obra, la superposición de diversos tiempos en simultáneo (polirrítmias, ritmos aditivos, etc.) y las aceleraciones o ralentizaciones que pueden ser elegidas por un compositor:

31 Para poder apreciar las líneas melódicas que se entrecruzan en el Contrapunto No 9 del Arte de la Fuga de Johan Sebastian Bach, revisar: Bach, J. S. [smalin]. (2009, marzo 1). Bach, Contrapunctus 9, Art of Fugue (Kunst der Fuge) [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=xY_GMnQvj6E

32 El diccionario *Vademécum Musical* establece la siguiente definición: «Melodía compleja: Formada por varias melodías independientes y con personalidad propia que se van alternando y entrelazando en una sola línea» (Roca y Molina, 2006, pp. 46 y 47).

33 El diccionario *Vademécum Musical* establece la siguiente definición: «Arpegio: Cualquier despliegue sucesivo de las notas reales de un acorde, en cualquiera de sus formulaciones posibles, es considerado un arpegio. Pueden ser de una o más octavas, ascendentes, descendentes, quebrados o como dientes de sierra» (Roca y Molina, 2006, p. 14).

34 Para escuchar la obra *Para Elisa*, del compositor romántico Ludwig van Beethoven, interpretada por el célebre pianista ruso Vladimir Ashkenazy revisar: [ClassicalMusicTVHD]. (2012, abril 27). L.V. Beethoven - Für Elise (For Elise) By Vladimir Ashkenazy (HD) [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=GjbSqDghIB4>.

Es importante señalar que, dentro de los elementos descritos por la Sala, no se mencionó al timbre o color a pesar de ser este un elemento de vital importancia, como se puede evidenciar en ciertas obras musicales³⁵. En relación a ello, el profesor Metzger (1987) señala que, para hacer el análisis intrínseco de la originalidad de la obra musical, resulta imperioso tomar en cuenta el tratamiento del timbre de los instrumentos que hace un compositor; ya que ello se toma en cuenta dentro del análisis pericial musical (pp. 191 - 199). En ese sentido, considero pertinente añadir a los criterios establecidos el concepto de timbre o color; aspecto que refiere a la selección y combinación de los instrumentos a lo largo de la obra, al modo en el que los instrumentos van apareciendo y a la articulación que se hará de los mismos a criterio del compositor.

Resulta relevante mencionar que cada instrumento puede ser articulado de diversas formas. Por ejemplo, un violín se puede tocar con el arco frotando las cuerdas y manteniendo la nota sostenida y ligada (*legato*), frotando la cuerda ágil y pausadamente (*staccato*), pulsando las cuerdas con los dedos cual guitarra (*pizzicato*), golpeando las cuerdas con la madera del arco (*col legno*), etc. Cada una de estas articulaciones genera con un valor tímbrico distinto que puede ser combinado entre los diferentes instrumentos para obtener el resultado deseado.

En suma, en el aspecto tímbrico se analizará el trabajo que hace el compositor con las diferentes «tonalidades de colores» que le ofrecen los instrumentos musicales de las diversas clases existentes (cuerdas, vientos, percusión, etc.). Así, cuando el autor comienza a componer un boceto en el piano, este podría asimilarse a un dibujo en papel carbón. Una vez que el compositor comienza a jugar con el timbre es que «pinta» su boceto añadiendo sombras, colores y texturas.

3.2 Originalidad en los distintos aspectos musicales.

En los criterios establecidos por la última instancia resolutive del Indecopi se señaló, en principio, que la originalidad residía sobre el conglomerado de elementos musicales, o que en algunos casos residía en alguno de ellos en particular. Sin embargo, luego se estableció que la melodía sería la creación propiamente dicha y que solo sobre esta se podían adquirir derechos exclusivos. Un criterio como el anteriormente señalado es contradictorio, ilegal y contrario a las prácticas jurisprudenciales de países con amplia casuística sobre obras musicales.

Admitir que un elemento puede ser original y no otorgar un derecho de exclusiva sobre el mismo es un contrasentido. Si determinado trabajo es considerado protegido, se le debe brindar un derecho de exclusiva a su autor justamente sobre los aspectos originales que le otorgaron la condición de obra. Ello en la medida en que son los aspectos originales de una obra los que se reivindicarán en caso de infracción.

El criterio establecido por la Sala es ilegal, pues nuestra LDA (así como el precedente *Agrotrade vs. Infutecha*) solamente restringe la protección en caso de estar frente a ideas sin desarrollo, simples utilizaciones de recursos del dominio público o copia de aspectos originales de las obras de otros autores. Sin embargo, no establece que solo podrán reivindicarse ciertos aspectos de las obras. Cualquier limitación que restrinja la protección de las obras a determinados elementos musicales escapa a los alcances de la norma, por lo cual solo podría aplicarse a través de una modificación expresa de la misma.

Así las cosas, los derechos de autor que se le ofrecen al compositor recaen sobre los elementos originales que presenta su particular organización de elementos sonoros sin importar en qué aspecto se encuentre la originalidad. Si la intención de la autoridad es descartar la

35 Por ejemplo, *Amanecer* dentro del *ballet Dafnis y Cloe* de Ravel, así como *Colores* de Schoenberg.

protección de los aspectos extramelódicos de una obra musical, debió sugerirse una modificación legislativa —con el respectivo estudio técnico que ello requiere— y no desnaturalizar la actual LDA por medio de una resolución administrativa que ni siquiera constituye precedente de observancia obligatoria. En la práctica, lo que ha hecho la Sala es desproteger de manera ilegal todos los elementos ajenos a la melodía considerándolos un mero acompañamiento musical, lo cual genera una completa desprotección de composiciones que no cuentan con una línea melódica³⁶.

En ese escenario, me aventuro a considerar que el criterio del predominio melódico incluso puede devenir en inconstitucional, pues, como he podido apreciar, con esta restricción se puede excluir de protección a determinadas obras del ingenio (las que no cuenten con línea melódica) y se limita la forma de expresión de sus autores, a pesar de que el artículo 2, numeral 8 de nuestra Constitución establece como derecho de toda persona «la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto». Dicha disposición no es que sea antojadiza de nuestro ordenamiento, pues no se debe olvidar que en el plano internacional y la doctrina se considera al derecho de autor como un derecho fundamental^{37 38}.

En todo caso, si lo que se pretende reivindicar con el criterio del predominio melódico es la libre utilización de ciertas construcciones musicales (aquellas con originalidad armónica y rítmica), la solución no está en desproteger de plano las mismas de manera injustificada, sino que se debería optar por cambios legislativos orientados a (i) aumentar las excepciones para la utilización de esa clase de creaciones (por ejemplo, libertad para realizar obras derivadas) y (ii) reducir el enorme plazo de setenta (70) años luego de fallecido el autor³⁹. Ello toma una especial relevancia en nuestro sistema que privilegia los derechos morales del autor, pues si bien podría argumentarse que un compositor no solo lo hace por recibir una contraprestación, sí

36 En el apartado «Víctimas directas de la desprotección de los elementos extramelódicos de la composición: los arreglos musicales» comentamos la ilegalidad del criterio sobre la base de las obras musicales derivadas.

37 Al respecto, Isabel Espín (2014) brinda la siguiente consideración sobre el fundamento del derecho de autor en el ordenamiento español:

Se olvidan de la consideración de la propiedad intelectual como un derecho fundamental. A partir de ahí se puede empezar a debatir y ver en qué ceden unos y otros. (...) El tema de la ubicación constitucional de los derechos de autor soporta una fuerte carga filosófica, pues está en la base de la discusión sobre el fundamento de los derechos de autor: El artículo 20.1.b) CE constitucionaliza el derecho a la producción y creación literaria artística, científica y técnica, mientras que el artículo 33 CE sirve de fundamento a la propiedad intelectual, pero en el debate aquí planteado, no está de menos recordar que el derecho comunitario ha insistido en la condición de derecho fundamental del derecho de autor: (p. 13)

Asimismo, la autora, en líneas posteriores, refuerza esa postura de la siguiente manera:

Producto de una evolución histórica y sociológica se suele fechar en el siglo XVIII, en el marco de los movimientos revolucionarios franceses, la puesta en valor de la figura del autor que reivindicaba la originalidad y la paternidad de sus escritos. En ese punto los caminos de la evolución del copyright a partir del Estatuto de la Reina Ana y del derecho de autor a partir de los textos revolucionarios franceses han tomado muchos elementos en común, pero otros tantos de diferenciación, principalmente por el hecho de que en el caso francés se ha desarrollado con la importante carga simbólica de la consideración del derecho de autor como una propiedad intelectual y, por ende, un derecho natural, consagrado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (sic). (2014, p. 26)

38 Para un mayor detalle sobre la consideración constitucional de los derechos de autor en España, así como los alcances del derecho moral como derecho fundamental y el derecho patrimonial como derecho de propiedad, resulta conveniente revisar *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual* del profesor Eugenio Pizarro (2012, pp. 166 - 270).

39 Este razonamiento toma como base los planteamientos de Marzetti en su artículo denominado «Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina: Estableciendo el necesario balance entre derechos de propiedad intelectual y dominio público» (Marzetti, 2013).

podría verse desincentivado a difundir algunas de sus obras si no se le van a reconocer derechos tan básicos como el de paternidad o integridad.

Además, resulta importante precisar que en numerosos pronunciamientos emitidos por las cortes de EE. UU. —país con una notable industria musical— los jueces han determinado la existencia de originalidad y protección respecto de elementos ajenos a la melodía. En el caso *Shapiro, Bernstein y Co vs. Miracle Record Co*⁴⁰, se estableció que la línea del bajo (elemento predominantemente armónico y rítmico) podía ser considerada en los supuestos de plagio. En el caso *Wihtol vs. Wells*⁴¹, la armonía fue considerada como elemento de valor independiente para determinar la suficiente originalidad de una obra. En *Levine vs. McDonald's Corp.*⁴², se estableció que una canción carente de melodía (se repetía una sola nota) podría ser objeto de protección siempre que estén presentes otros elementos sustanciales. En el caso *Tempo Music Inc. vs. Famous Music Corp.*⁴³ se admitió la protección de las evoluciones armónicas en ciertos temas de *jazz* (Sanchez Aristi, 2005, p. 315). En el caso *Tisi vs. Patrick*⁴⁴, el juez consideró que para analizar las similitudes entre dos temas se debía considerar la estructura, la melodía, la armonía y el ritmo.

Del mismo modo, en Francia, mediante la Resolución 90 (1976), el Tribunal de Grande Instance determinó la existencia de originalidad en los particulares desarrollos rítmicos de un tema con aires gitanos. Mediante la Resolución 68 (1971), el mismo tribunal determinó la originalidad de una obra musical sobre la base de su característica rítmica (Sánchez Aristi, 2005, p. 316).

Ya en Latinoamérica, corresponde mencionar que Colombia no avala un criterio tan sesgado como el de la relevancia melódica. En una comunicación de su Dirección Nacional de Derecho de Autor, este órgano señaló que una obra musical será protegible en sus diversos elementos, tanto de manera conjunta como independiente, si es que en ellos se presenta originalidad⁴⁵.

3.2.1. Originalidad en la estructura melódica.

Si bien en muchos casos la estructura melódica puede ser el elemento predominante, hay que tener en cuenta que no siempre en la melodía aislada podrá presentarse originalidad, ya que pueden haber casos en los que esta sea muy básica. Así, una melodía se presenta como una sucesión de notas musicales y en el sistema que utilizamos —sistema dodecafónico— se cuenta con doce

40 *Shapiro, Bernstein & Co vs. Miracle Record Co* 91 F. Supp. 473 (N.D. Ill. 1950)

41 *Wihtol vs. Wells* 231 F.2d 550 (7th Cir. 1956)

42 *Levine vs. McDonald's Corp.* 735 F. Supp. 92 (S.D.N.Y. 1990)

43 *Tempo Music vs. Famous Music* 838 F. Supp. 162 (S.D.N.Y. 1993)

44 *Tisi vs. Patrick* F. Supp. 2d 539 (S.D.N.Y. 2000)

45 En un correo electrónico para absolver nuestra consulta sobre el alcance de la protección de las obras musicales, la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia señaló expresamente lo siguiente: «[...] las obras protegidas por el derecho de autor se encuentran enmarcadas por unos criterios de protección, como son la originalidad y la no protección de ideas. En ese sentido, decimos que las obras musicales (melodía, armonía y ritmo) que cumplan con estos criterios, se encontrarán protegidas como tal».

En Colombia, los jueces y tribunales han sido pacíficos en afirmar lo anterior; y pese a que no se encuentren pronunciamientos específicos sobre el alcance de la protección de forma independiente, de la melodía, la armonía y el ritmo de una canción podemos decir que siempre y en tanto estas se constituyan en creaciones originales, susceptibles de ser reproducidas, y que en general cuenten con los elementos necesarios, serán reconocidas como objeto de protección. (énfasis añadido)

Cabe precisar que esta constituye la absolución de una consulta y no un pronunciamiento firme dentro de un proceso, por lo cual si bien constituye una postura oficial, no vincula a la institución (correo electrónico enviado por la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia con fecha 23 de octubre de 2013).

notas musicales que cuentan con un número reducido de intervalos de separación⁴⁶. Por tanto, el número combinaciones a realizar es limitado. Más aun, no se debe olvidar aquellas sucesiones de notas pertenecientes al dominio público que utiliza casi toda la música popular. Estas sucesiones son llamadas escalas y pueden ser mayores o menores⁴⁷ respecto de cualquier nota musical. También existen otras escalas comunes conocidas como modos (dorio, frigio, lidio etc.)⁴⁸.

Asimismo, dentro de los distintos géneros musicales se encuentran formas particulares de desarrollar las melodías. Basta escuchar alguna canción de *blues*, *reggae*, *country*, huaino o música criolla —entre otras— y se podrá apreciar una forma característica de inflexiones melódicas en la voz o instrumentos.

También resulta relevante tener en cuenta que, debido a la masificación en la producción de obras en la industria de la música, el uso de las melodías ha llevado a que se hayan utilizado infinidad de combinaciones de notas. La música popular industrializada normalmente cuenta con un cantante (o un grupo de ellos) que vocaliza melodías pegadizas, por lo cual será inevitable que pueda haber coincidencias. Para el análisis de canciones pop o de *rock* comercial, considero que se tiene que tomar en cuenta la cantidad de coincidencias melódicas y si es que estas residen sobre algún elemento distintivo de la melodía, como podrían ser ciertos fragmentos de coros pegadizos. El aspecto melódico de una obra musical también puede ser analizado teniendo en consideración cómo la secuencia de notas musicales de la melodía elegida es asociada con las palabras que constituyen la letra de la canción.

Por último, debo decir que la melodía aislada como sucesión de notas es una definición meramente teórica, ya que esta siempre incluye a un elemento rítmico —el tiempo de entre una nota y otra— y un aspecto tímbrico —las posibilidades de los instrumentos musicales elegidos— que se utilice para transmitir la melodía. Por tanto, estos elementos también tendrán que tomarse en cuenta al analizarse la melodía de una canción.

3.2.2. Originalidad en la estructura armónica.

Según lo establecido por la Sala, cuando un autor busca proteger su armonización, estaría pretendiendo que se le reconozca como titular de derechos exclusivos sobre los acordes.

Considero errónea dicha postura, pues si un compositor buscara proteger el aspecto armónico de su creación, difícilmente tendría intenciones de obtener derechos sobre los acordes. El músico normalmente sabe —más que nosotros los abogados— que dichos recursos son de libre uso y disposición. Lo que sí podría pretender válidamente un compositor es que se proteja la particular elección, disposición y ejecución de los acordes, así como las ornamentaciones de sonidos simultáneos (por ejemplo, segundas voces).

Al respecto, resulta relevante mencionar la obra de estilo minimalista *Harmonielehre* («tratado de armonía») del compositor estadounidense John Adams⁴⁹, pues en esta se utiliza

46 Un intervalo marca la separación entre una nota y otra, y varía según las notas se van acercando o alejando en altura. Cabe precisar que la distancia de un tono es la que se encuentra entre cada una de las notas blancas de un piano. Por ejemplo, entre las notas do y re.

47 Las escalas mayores tienen un carácter fuerte, alegre y agradable, mientras que las menores un carácter triste y con complejidad emocional (Powell, 2012, p. 141).

48 Los modos son un repertorio de escalas de notas distribuidas de forma particular, las cuales fueron desarrolladas en la Grecia clásica, los cuales tomaban sus nombres principalmente a partir de los lugares en donde se habían popularizado (Powell, 2012, p. 165).

49 En el siguiente enlace podemos escuchar la obra del compositor estadounidense John Adams interpretada por la Sinfónica de San Francisco y dirigida por Edo de Waart. En el fragmento del primer minuto con treinta segundos

una infinidad de sucesiones, formas y combinaciones distintas de acordes compuestos por notas ejecutadas a la vez. Es así que se percibe un ambiente muy tenso y recargado en los momentos más álgidos gracias a la gran creatividad armónica que se puede percibir en el compositor —énfasis en el fragmento del primer minuto con treinta segundos (1:30) hasta inicios del segundo (2:02)—⁵⁰.

De acuerdo a los criterios de la Sala, solo es protegible la línea melódica; no obstante, en dicho aspecto la obra de Adams no resalta, ya que, en muchos momentos, la melodía se constituye por una sola nota repetida y en otros, incluso, no es posible distinguir la presencia melódica frente a la insistente pulsación simultánea de los acordes. Así, por más que el impacto emocional o sugestivo en el oyente provenga de superposición de notas, mediante el criterio del predominio melódico esta obra goza de nula o, en el mejor de los casos, escasa originalidad y, por ende, de una muy sesgada protección.

En un sentido similar, conviene mencionar la obra *Atmósferas* del compositor rumano Gyorgy Ligeti⁵¹, pues a lo largo de la composición se puede encontrar una masa sonora que va cambiando de textura progresivamente. Aquí se genera una armonía que cambia constantemente y fluye en un contexto en el que la pulsación está expresamente borrada (Malinverni, 2012, p. 7). Al escuchar esta obra, realmente es imposible percibir una melodía mediante el oído, ya que solo se percibe un conglomerado indivisible de sonidos —ello se manifiesta claramente a partir del primer minuto con cuarenta y siete segundos hasta que la explosión cierra en el segundo minuto con treinta (1:47 a 2:30)—. Esta forma de expresión tan particular incluso fue utilizada por el famoso cineasta estadounidense Stanley Kubrick en sincronización con su filme *Odisea en el espacio*.

El recurso de la masa sonora y la imposibilidad de encontrar la melodía también se encuentra en una de las piezas interpretadas por la Sinfónica Nacional del Perú, el *Treno para las víctimas de Hiroshima* de uno de los compositores vivos más importantes de nuestra época, Krzysztof Penderecki⁵².

En estas obras, ¿dónde se encuentra la melodía?, si, como he observado, es realmente imposible determinarla o desligarla del aspecto armónico ¿Acaso el renombrado cineasta estadounidense Stanley Kubrick podría haber usado la composición de Ligeti en su película sin retribuirlo de algún modo o sin siquiera pedirle permiso? Cuando el doctor *honoris causa* por la PUCP Krzysztof Penderecki vino a visitarnos al Perú, ¿habríamos sido capaces de decirle que en nuestro país su más galardonada composición es cualquier cosa menos una obra protegida al carecer de melodía? Lamentablemente, en tal predicamento nos pone el criterio de la relevancia melódica.

(1:30) hasta inicios del segundo minuto podemos percibir una superposición de varios acordes que forman una amalgama compleja (Adams, J. y E. de Waart [dir.] [mangott]. (2011, febrero 9). John Adams, Harmonielehre, Part 1, Barnett Newman [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=nFj9NSH6x90>).

50 En su investigación sobre la obra de Adams, Johnson (1993) hace un pormenorizado análisis de las complejas estructuras armónicas que se presentan y de cómo estas se van sucediendo y transformando (pp. 117 - 156).

51 En el siguiente enlace, podemos escuchar la obra de Ligeti interpretada por la Orquesta Filarmónica de Viena, dirigida por Claudio Abbado (Ligeti, G y C. Abbado [dir.] [Didier Guigue]. (2012, marzo 7). Ligeti – Atmosphères [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=JWlwCRIVh7M>).

52 En el siguiente enlace podemos escuchar la obra del compositor polaco (Penderecki, K. [ZarazaDoomhammer]. (2012, febrero 7). Krzysztof Penderecki - Threnody to the victims of Hiroshima [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=GOnCSX8rVW0>). Cabe precisar que esta obra fue interpretada en el Gran Teatro por la Sinfónica Nacional bajo la batuta del propio Krzysztof Penderecki el día 24 de octubre de 2014. Además, el renombrado compositor tuvo una recargada agenda en nuestro país al ser invitado a varias entrevistas y eventos, entre los cuales destaca el nombramiento de doctor *honoris causa* de la PUCP.

La audición de obras como *Harmonielehre* de John Adams, *Atmosferas* de Ligeti y *Treno para las víctimas de Hiroshima* de Krzysztof Penderecki nos permiten apreciar que puede existir una fuerte creatividad en la elaboración de la estructura armónica, pero con lo expuesto de ningún modo quiero decir que siempre el aspecto armónico de una composición deberá ser protegible. Es más, en la mayor parte de las piezas musicales se utilizan los mismos recursos armónicos.

En la teoría musical existen diversas formas y órdenes para secuenciar los acordes conforme a las reglas básicas de la armonía. Así, la sucesión que se haga de los mismos se desenvuelve de manera lógica de modo tal que brinde una sensación de coherencia. Ya sea por mero empirismo o por conocimiento técnico, en los diversos géneros populares normalmente se utilizan las mismas secuencias básicas de acordes para acompañar las melodías que interpretarán los cantantes.

Lo antes expuesto se puede ejemplificar perfectamente con el video musical del tema 4 *Chords* (4 acordes) realizado por la banda cómica Axis of Awesome. A lo largo de este tema se ejecuta repetidamente una progresión básica de cuatro acordes (guitarra y piano) mientras los miembros del grupo cantan fragmentos distintivos de cuarenta y siete temas conocidos de pop y rock comercial compuestos o popularizados por artistas como The Beatles, Elton John, Bob Marley, Red Hot Chili Peppers, The Offspring, Lady Gaga, Rihanna, Beyonce e, incluso, el tenor Andrea Bocelli.⁵³

Considero que sobre disposiciones armónicas tan básicas como los cuatro acordes, ningún músico puede obtener derechos de exclusiva, pues forman parte de la teoría armónica, y su apropiación constituiría una enorme traba para el desarrollo de otras obras ligeras que, aun usando esa misma progresión, logran recaudar mucho dinero por su popularidad. De modo que, para que el aspecto armónico de una composición cuente con originalidad tiene que existir una construcción armónica muy particular o mostrarse en conjunción con diversos elementos rítmicos y tímbricos en una organización distintiva.

Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe precisar que el elemento armónico aislado de una composición constituye una representación teórica, puesto que los acordes se manifiestan dentro de un espacio temporal, son ejecutados de una forma particular (aspectos rítmicos) y en el rango de posibilidades que brinda una paleta de sonidos de instrumentos musicales determinados (timbre).

3.2.3. Originalidad en la estructura rítmica.

Para la Sala, la protección de la rítmica significaría el otorgamiento de derechos de exclusiva sobre los indicadores de compás, como por ejemplo el 3/4 (conocido delimitador del vals). Creo que esa consideración es errónea, pues si un compositor buscara proteger el aspecto rítmico de su creación, evidentemente no tendría esa intención. Lo que sí podría pretender es que se le otorgue una protección sobre la particular elección, disposición y combinación de los recursos rítmicos en su composición.

Para ilustrar mejor ello, cabe mencionar la controversial obra del compositor ruso Igor Stravinski, denominada *La consagración de la primavera*^{54 55}. Según el director de orquesta Tilson

53 En el enlace del video musical de su canal de YouTube, la banda Axis of Awesome interpreta parte de cuarenta y siete conocidos temas (The Axis of Awesome [The Axis of Awesome]. (2011, julio 20). 4 Chords Music Videos [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=oOIdewpCfZQ>).

54 En el siguiente enlace se puede escuchar un fragmento de la obra de Stravinski y visualizar parte de la coreografía del maestro ruso Vaslav Nijiski interpretada por la bailarina Marie Claude Pietragalla. Énfasis a partir del minuto dos con dieciocho segundos (2:18). <http://www.youtube.com/watch?v=lsQuifngD4fE>. Consultado en línea el 25 de octubre de 2013.

55 Cabe señalar que la obra fue interpretada en nuestro país por la Orquesta Sinfónica Nacional el 11 de diciembre de 2013.

Thomas, en esta obra la melodía, con la cual inicia la obra, ha sido tomada de un libro de canciones folclóricas rusas (Kennard, 2006). No obstante, de acuerdo a lo señalado por el reconocido director y compositor francés Pierre Boulez, Stravinski dispuso en su obra una estructura rítmica determinada en función a la elección de los más diversos elementos rítmicos (compases compuestos, ritmos aditivos, polirritmias, entre otros recursos), lo cual tuvo como consecuencia el resultado final tan particular^{56 57}.

Analizando *La consagración de la primavera* bajo la óptica de los criterios de la Sala, puedo decir que la obra de Stravinski no cuenta en muchas de sus secciones con una línea melódica, original debido a que este aspecto proviene de melodías del folclore ruso. Pero de acuerdo con los especialistas, la originalidad —hecho que incluso es perceptible por medio de la audición⁵⁸—, reside en la cambiante y poco convencional estructura rítmica de la obra. Sin embargo, la Sala desestima este aspecto al señalar que el ritmo es mero acompañamiento y que la melodía es la creación formal.

En esa misma línea, resulta importante mencionar *lonización* del compositor francés Edgar Várese⁵⁹, pues dicha pieza está compuesta únicamente para instrumentos de percusión de tono indeterminado, con lo cual, evidentemente, carece de una melodía⁶⁰. Aquí, la falta de idoneidad de los criterios establecidos por la Sala se hace evidente, pues careciendo el tema de una línea melódica dejaría de ser considerado una obra y, por tanto, no sería protegible en el ámbito de los derechos de autor. ¿Qué sucedería entonces si alguien decidiera añadir una melodía a *lonización* y presentar la pieza como si fuera suya sin dar ningún crédito a Várese? Lamento decirle al ya difunto maestro que su composición más representativa podría ser utilizada de cualquier forma sin problemas, porque su trabajo no cuenta con elementos sobre los cuales pueda tener un derecho de exclusiva según nuestra jurisprudencia.

Pero no solo en obras académicas se puede apreciar originalidad rítmica. En el tema *Bongo Song*⁶¹ del grupo danés de música electrónica Safri Duo casi todo el primer minuto de

56 El compositor y director de orquesta Pierre Boulez señaló que: «[d]igamos aquí que ésta novedad es sobre un plano único, el del ritmo, pero es justamente esta restricción la que representa una suma de invención y una calidad en el descubrimiento fuertemente envidiables» (Boulez, 2006, p. 41).

57 El compositor nacional Charles Loli Antequera expuso que Stravinski ha elegido «ritmos aditivos» —aquellos que no respetan la simetría del tiempo convencional en el cual se encuentran—. Asimismo, se presentan «compases compuestos», los cuales cuentan con varios tiempos en distintas secciones del compás. Por último, encuentra también varias «polirritmias», que consisten en la superposición simultánea de dos o más tiempos. La información de este párrafo ha sido tomada de una conversación con el compositor y teórico musical peruano Charles Loli Antequera, quien expuso su opinión sobre la obra *La consagración de la primavera* de Stravinski, tras una audición, lectura y análisis de la partitura. Cabe precisar que Charles Loli es un investigador, compositor y analista que recientemente ha presentado en la Universidad Nacional de Ingeniería un nuevo sistema microtonal tomando diecisiete sonidos por octava (ya no doce como el sistema imperante). La entrevista fue realizada el 12 de julio de 2012.

58 A partir del minuto dos con dieciocho segundos (2:18) del video en YouTube se puede percibir la contundencia rítmica.

59 En el siguiente enlace se puede escuchar un fragmento de la obra de la composición de Varese. Podemos hacer un énfasis de la complejidad rítmica en el intervalo comprendido entre el primer minuto con cincuenta y siete segundos y el minuto dos con treinta y ocho segundos (1:57 a 2:38) (ver Varese, E. [HairFarmer]. (2006, agosto 31). Edgar Varese - Ionisation [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=a9mg4KHqRPw>).

60 Este trabajo constituye una combinación de sonidos peculiar debido al restringido uso de elementos musicales realizado por el compositor. Así, «lonización parece adelantar algunos efectos de la música electrónica y renuncia a la melodía y armonía. En su lugar sus preocupaciones manifiestas son el ritmo y el timbre» (Rye, 2008, p. 726). Aterrizando en el plano técnico, esa preocupación rítmica de Várese, se pueden encontrar varias «polirritmias» y cambios de tiempo. En una sección incluso se pueden apreciar tiempos sucesivos de 3/4, 5/4, 3/4, 5/4, 3/4, 5/8 y 4/4 (Slonimsky, s/f, p. 7).

61 En el siguiente enlace se puede escuchar el tema de Safri Duo. Desde el inicio hasta el segundo cuarenta y seis

audición nos muestra un patrón rítmico con un instrumento percutado sobre el cual progresivamente se van añadiendo otras texturas rítmicas, de modo que el tema resalta por la contundencia y particularidad de los diversos golpes organizados por la percusión. De manera similar, en el tema *Falling High* del mismo dúo⁶², la base rítmica es generada por un bucle de aliento humano al que se le van añadiendo distintas estructuras de percusión.

No obstante, con ello no quiero decir que siempre el aspecto rítmico de una composición será protegible. Es más, en la mayor parte de temas musicales se utilizan los mismos patrones rítmicos básicos y de modo repetitivo a largo de cada pieza. El elemento rítmico de una composición engloba todos los aspectos temporales de la misma, y en la música popular se pone en evidencia principalmente a través de los patrones rítmicos que ejecutan los instrumentos de percusión. Normalmente, en la mayor parte de géneros musicales se utilizan los mismos patrones de manera repetitiva.

Así, se puede ver en diversos vales cómo las melodías y la estructura armónica se desenvuelven en indicadores de tres pulsaciones por compás (3/4). En los temas de *rock* comercial, usualmente el ritmo es marcado por una constante de cuatro golpes por compás (4/4) con las distintas ornamentaciones que puede brindar un instrumento de percusión como la batería. En los temas de salsa se utiliza una célula rítmica constituida por la superposición de un tiempo de cuatro pulsaciones por compás (4/4) junto con el contratiempo realizado por la clave⁶³. Asimismo, en las fiestas, habremos podido escuchar el popular «pum ta pum ta» —con timbres de bombo y tarola sintéticos— de infinidad de piezas de *reggaetón*.

Considero que ninguna de las formas rítmicas antes mencionadas podría ser apropiada de manera exclusiva, pues son recursos expresivos musicales básicos pertenecientes al dominio público. No obstante, soy de la opinión de que sí podría recaer una protección sobre el desarrollo rítmico de una composición si este cuenta con una secuencia particular de sonidos percutados que van evolucionando de manera distintiva o particular (como en *Bongo Song*) o cuando los sonidos percutados se desarrollan en una secuencia cambiante de tiempos superpuestos elegida particularmente por el compositor (como en *La consagración de la primavera* e *Ionización*).

Corresponde aquí también mencionar que el aspecto rítmico de una composición proviene de una disección teórica, ya que los sonidos percutados que establecen dicho aspecto se manifiestan a partir del elemento tímbrico de los instrumentos musicales elegidos por el compositor; como pueden ser la batería, el timbal, el cajón, los bongos, etc.

3.2.4. Originalidad en el uso del timbre o color.

El timbre se manifiesta en cualquiera de los aspectos antes mencionados (aspecto melódico, armónico y rítmico), pues representa la particular sonoridad de cada uno de los instrumentos musicales. A pesar de ello, en los diversos pronunciamientos de Indecopi se omite mencionarlo.

(0:46) del video solo se escuchan elementos rítmicos ejecutados por instrumentos de percusión. A partir del segundo cuarenta y siete (0:47) entra la armonía con acordes de sintetizador. A partir del primer minuto se escucha una melodía reiterativa de sintetizador (ver Safri Duo [seriousrecordsuk]. (2010, abril 1). Safri Duo Played-A-Live The Bongo Song [Archivo de video]. Recuperado de http://www.youtube.com/watch?v=7gYVDVOGt_g).

62 En el siguiente enlace se puede escuchar el tema de Safri Duo. Desde el inicio hasta el segundo cuarenta y cinco (0:45) del video solo se escuchan elementos rítmicos ejecutados por la voz humana e instrumentos de percusión. A partir del segundo cuarenta y seis (0:46) entra la armonía con acordes de sintetizador. Desde el primer minuto se escucha una melodía reiterativa de sintetizador. (Ver Safri Duo [aacdarsenal]. (2007, julio 28). Safri Duo Falling High [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=INMxIyYV5aU>).

63 La clave es un instrumento constituido por dos palos cortos de madera.

Considero que incluso en un elemento omnipresente como el timbre puede manifestarse la impronta del autor:

Así, por ejemplo, en el *ballet Daphnis y Cloe* del compositor impresionista francés Maurice Ravel⁶⁴ se evidencia el minucioso uso de los timbres de cada uno de los instrumentos de la orquesta. La cambiante combinación de esos timbres dibuja todo un paisaje sonoro muy complejo que va más allá de la melodía. Pongámonos en el supuesto hipotético de que las melodías del *Amanecer* de *Daphnis y Cloe* hayan sido tomadas de la obra de otro compositor (con el consentimiento del mismo), por ejemplo de una pieza para violín solo. En ese caso, todo el desarrollo tímbrico, fruto de la minuciosidad creativa de Ravel, no sería protegible y se consideraría un mero acompañamiento de la melodía.

Otra obra que nos permite ilustrar la relevancia distintiva del aspecto tímbrico es la tercera de las *Cinco piezas para orquesta* («Farben» o «Colores») del compositor austriaco Arnold Schoenberg⁶⁵, pues en esta composición las notas permanecen prácticamente constantes durante todo el desarrollo, pero son modificadas en el timbre e intensidad de los instrumentos de la paleta orquestal. Así, los instrumentos van interviniendo de manera minuciosamente planificada en lo que la obra se va desarrollando⁶⁶. En «Colores», la elección del timbre determina la originalidad de la obra, aunque, según los criterios establecidos por la Sala, no sería protegible, por tanto, no habría inconveniente en que, por ejemplo, alguien utilizara la composición de Schoenberg como «acompañamiento» de alguna de sus melodías.

Sin embargo, con lo expuesto no pretendo que se proteja de manera aislada cualquier selección de sonoridades y articulaciones de instrumentos. Normalmente, en los géneros comerciales las instrumentaciones son muy básicas y pueden constituirse en combinaciones dentro de las posibilidades tímbricas de la voz humana, una guitarra, un bajo, una batería y un teclado. Incluso en géneros como el rap las posibilidades pueden llegar a reducirse a la voz humana interpretando palabras con diversas inflexiones rítmicas carentes de melodía acompañadas por un patrón rítmico básico establecido por una caja de ritmos. Usos del timbre como los mencionados no podrían tener una protección particular. Soy de la opinión de que el aspecto tímbrico de una composición será protegible cuando se manifieste como una elección que brinde un resultado sustancialmente distinto del que tendría un trabajo sonoro si es que la elección tímbrica hubiese sido más limitada.

Por ejemplo, la tercera pieza («Colores») de *Cinco piezas para orquesta* de Schoenberg no sería capaz de dar esa sensación de un ligero movimiento oscilante (como de aguas calmas) si es que fuera interpretada solo por un piano. Ello en la medida en que dicha impresión es brindada por la constante alternación de los colores instrumentales. Sin la elección de los colores

64 Maurice Ravel es uno de los más grandes representantes del impresionismo francés y suele ser más conocido por su famoso Bolero, el cual recientemente ha caído al dominio público. En el siguiente enlace podemos escuchar un fragmento del Amanecer de Ravel interpretado por la Sinfónica de Montreal y dirigida por Charles Dutoit. El preciso momento en el cual se aprecia el amanecer se presenta desde el segundo treinta (0:30) hasta el primer minuto (1:00) (ver L'Orchestre Symphonique de Montreal [Gilda Tabarez]. (2010, febrero 8). Lever du jour - Daybreak - Daphnis et Chloé by Ravel [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=2uDiT3uBDQU>).

65 En el siguiente enlace podemos escuchar un fragmento de «Colores» de Schoenberg interpretado por la sinfónica de la ciudad de Birmingham y dirigida por Sir Simon Rattle: (Ver Schoenberg, A. y S. Rattle [dir] [Leo Mariller]. (2011, octubre 27). Arnold Schoenberg, 5 Orchesterstücke op. 16, III. [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=OceD--RLXy>).

66 De acuerdo con lo señalado por el director de orquesta británico Sir Simon Rattle, Schoenberg intentaba demostrar la posibilidad de reflejar la técnica de la pintura tomando un único acorde que se desarrolla no cambiando de notas, sino cambiando de orquestación, es decir, haciendo mezclas con la paleta de timbres instrumentales (Rattle, 2005, minuto 25 de videograbación).

realizada por Schoenberg, la pieza se limitaría a la pulsación constante de un solo acorde y, por lo tanto, difícilmente estaría de acuerdo en otorgarle protección.

Sin perjuicio de lo expuesto, considero relevante reiterar que el timbre no se manifiesta por sí solo, sino a través de un desarrollo armónico, rítmico o melódico determinado.

3.2.4.1. Una consideración particular sobre la música electrónica y el timbre.

En la música electrónica, el compositor realiza su trabajo sirviéndose de sonidos que no provienen de instrumentos acústicos sino de aparatos electrónicos que manipulan aspectos físicos de la onda. En ese sentido, en principio cuentan con la misma protección sobre sus obras que la que pueden tener los compositores convencionales. Sin embargo, cabe precisar que estos últimos normalmente realizan sus creaciones a partir del timbre predeterminado de los instrumentos acústicos, mientras que el compositor de música electrónica puede tener un control total sobre la cualidad tímbrica del sonido a través de la síntesis.

Teniendo en cuenta que en la música electrónica el compositor es capaz también de controlar el timbre diseñando sus sonidos, cabe preguntarse si corresponde otorgar derechos respecto de la síntesis particular de un solo timbre. Trataré de plasmar este cuestionamiento desde el ámbito práctico. En la actualidad, los instrumentos de música electrónica más importantes son los sintetizadores, que están diseñados para producir sonidos generados artificialmente a través de las más diversas formas de manipulación de ondas. Con estos dispositivos uno puede o bien crear, a su gusto y criterio, un sonido o hacer uso de los denominados *patches*, que no son más que los sonidos particulares diseñados por el fabricante.

Al comprar uno de estos dispositivos, naturalmente uno tendrá derecho a utilizar los *patches* o, en todo caso, crear sus propios sonidos a partir de las posibilidades que ofrece el instrumento. No obstante, ¿qué pasa si como empresa quiero proteger que mis usuarios no graben nota por nota los sonidos de los *patches* predeterminados en una librería de *sampler*⁶⁷ para venderlos y que otras personas puedan ejecutarlos a través de su computador sin necesidad de comprar el instrumento? De otro lado, ¿qué pasa si creo mis propios *patches* y quiero que se protejan para poder venderlos?

Soy de la opinión de que un timbre particular no puede ser protegido como una obra, ya que constituye la creación de un recurso sonoro que si bien puede requerir esfuerzo, técnica y conocimiento, no tiene la suficiente altura creativa ni es susceptible de llevar la impronta de la personalidad de un autor. Otorgar protección sobre un elemento tan básico sería equivalente al otorgamiento de protección, por ejemplo, sobre una tonalidad particular de color azul. En el ámbito musical, este hecho se asemejaría a otorgar protección de derechos de autor al creador de un particular instrumento, como en su momento fue el violín *stradivari*⁶⁸ que se considera que tiene una sonoridad muy particular.

Aceptar un hecho como el mencionado nos llevaría a un curioso supuesto, en el cual el diseñador de esa sonoridad (ya sea el fabricante u otro usuario) sería una especie de coautor de la obra que incluya una ejecución del instrumento. Sin perjuicio de lo expuesto, considero que sí nos podríamos encontrar ante una creación original en el caso de una particular combinación de los diversos timbres electrónicos diseñados por un compositor a lo largo de una

67 Un *sampler* no es más que una grabadora que permite fijar sonidos, organizarlos y reproducirlos de manera inmediata por medio de los botones de un controlador que suele ser un teclado como el de un piano.

68 Violines atribuidos al luter cremonés (Italia) Antonio Stradivarius, los cuales son considerados los mejores del mundo a pesar de datar del S. XVIII.

obra. De acuerdo con lo señalado —y para pesar de las grandes marcas de sintetizadores como Yamaha, Korg, Roland, etc—, considero que la solución para esos problemas no se encuentra en la disciplina de los derechos de autor:

3.2.5. Víctimas directas de la desprotección de los elementos extramelódicos de la composición: las obras musicales derivadas.

En el ámbito musical, las obras derivadas son muy comunes y, generalmente, se componen tomando partes identificables de la obra primigenia sobre las cuales se harán las diversas variaciones. La derivación en el ámbito musical puede presentarse cuando el compositor modifica la obra originaria y le añade su toque personal alterando los diversos aspectos de la composición.

Constituyen una obra derivada los arreglos musicales conocidos como orquestación. Este trabajo consiste en encajar las distintas notas musicales elegidas por el compositor originario en los timbres de instrumentos distintos a los inicialmente seleccionados, tomando en cuenta el registro particular de cada uno de ellos. En las orquestaciones, la alteración se realiza fundamentalmente sobre el color o timbre elegido por el compositor de la obra primigenia, porque los demás elementos ya han sido seleccionados por el compositor originario. Por ejemplo, el compositor impresionista francés Claude Debussy hace un famoso arreglo para orquesta de la *Gymnopedie N° 1* de su compatriota Erik Satie, que fue pensada por el compositor originario solo para ser ejecutada en el piano^{69 70}.

En nuestro país, se puede mencionar como obra derivada del folclore la «variación» del compositor puneño Edgar Valcárcel⁷¹ denominada *Coral*. En este tema se altera la melodía principal del huaino *Ojos azules*⁷². En un inicio, se aprecia una introducción rodeada de disonancias que luego da paso a la conocida melodía que, en este caso, es interpretada por una flauta traversa. No obstante, junto con esta melodía aparecen otros vientos en contrapunto que enriquecen el discurso. Dentro del aspecto armónico principal, se puede apreciar una ornamentación de arpeggios de piano que le otorgan a la melodía un desarrollo más pausado, meditativo y solemne que lo hace distinto al de la versión tradicional del huaino, que es más festivo e, incluso, bailable⁷³.

69 En el siguiente enlace podemos escuchar un fragmento de orquestación de Debussy respecto de la *Gymnopedie N° 1* de Satie. Esta fue interpretada por la Orchestre des Concerts du Conservatoire y dirigida por Louis Auriacombe (ver Auriacombe, L. [dir] [Logansaan]. (2012, octubre 28). Erik Satie ~ Once Upon A Time In Paris [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=tmNYhXIXIcc>).

70 Tanto Satie como Debussy son compositores modernos de la corriente impresionista francesa. Satie es muy conocido por sus *Gymnopedias*, mientras que Debussy suele ser recordado por su famoso «Claro de Luna» de la *Suite Bergamasque*.

71 Edgar Valcárcel es un compositor peruano ampliamente reconocido en el ámbito académico de nuestro país, así como en el extranjero. Se le conoce como pionero de la vanguardia dentro de la llamada Generación del 50. Una de sus obras más reconocidas es el *Canto coral a Túpac Amará*, en el que hace gala de su amplio conocimiento sobre música electrónica y concreta.

72 En el siguiente enlace podemos escuchar un fragmento de *Coral* de Edgar Valcárcel interpretado por el Quinteto Elegguá. En el intervalo desde el primer minuto con veinte segundos hasta el minuto con cincuenta (1:20 al 1:50) podemos escuchar la melodía principal del huaino *Ojos azules* (ver Quinteto Elegguá [a20008137]. (2011, septiembre 14). Edgar Valcárcel – Coral y Sikuri I. [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=DAbZxViBUjg>).

73 En el siguiente fragmento podemos escuchar el huaino *Ojos azules* interpretado por el conjunto Los Uros (ver Los Uros [Miguel Palomino]. (2010, abril 29). Ojos azules: huaino peruano [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=ScLd6bQ50Wc>).

De acuerdo los incisos d y e del artículo 6 de la LDA⁷⁴, son protegibles las obras derivadas consideradas como arreglos musicales y las demás transformaciones de otras obras artísticas o del folclore. En ese sentido, de acuerdo con lo señalado en nuestra norma, un arreglo y una variación de una obra musical constituirían una obra protegible. Sin embargo, corresponde analizar las implicancias de la aplicación de los criterios de originalidad establecidos por la Sala.

En las obras derivadas musicales, generalmente no se hacen muchas adaptaciones sobre la melodía, ya que es justamente este elemento el que, en la mayoría de los casos, permite reconocer a la obra originaria. Por tanto, las modificaciones realizadas en esta clase de obras reside, en mayor medida, en los demás elementos de la música: la armonía⁷⁵, la rítmica o el timbre. No obstante, si la protección de la música reside actualmente en la melodía y solo se reconocen como obras aquellas piezas que cuenten con una línea melódica original, entonces ¿de qué modo podrían protegerse las obras musicales derivadas si sobre los aspectos que se realiza el trabajo creativo no cabe protección alguna?

Como se ve, el criterio de la relevancia melódica nos ha traído cierta contradicción con respecto de una norma de rango legal como la LDA, pues limita la protección de varios tipos de obras originarias. Ello se torna evidente con respecto de las obras musicales derivadas como las variaciones, que modifican aspectos extra melódicos. También se aprecia el problema señalado frente a las orquestaciones, ya que estas modifican el plano tímbrico, aspecto que ni siquiera ha sido considerado por la Sala como base del análisis musical.

De acuerdo con ello, si dentro de la evaluación de la originalidad no se incluye la elección del timbre, estaría estableciéndose, mediante resolución administrativa, una restricción a la protección —establecida por Ley— de los arreglos musicales y en particular de la orquestación⁷⁶.

Asimismo, afirmar que la protección reside únicamente en la melodía es negar la existencia de protección de la mayoría de obras musicales derivadas, ya que, como se ha dicho previamente, la obra derivada generalmente hace transformaciones sobre la armonización, rítmica y timbre. Ello, en la medida en que se busca no alterar en demasía la célula melódica, para que, de este modo, se permita al oyente identificar que se han hecho variaciones sobre una obra famosa previa. Es así que este criterio, además de inadecuado, resulta ilegal al contradecir el artículo 6, inciso d de la LDA.

74 «LDA

Artículo 6.- Sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre la obra originaria y de la correspondiente autorización, son también objeto de protección como obras derivadas siempre que revistan características de originalidad: (...)

d) Los arreglos musicales.

e) Las demás transformaciones de una obra literaria o artística o de expresiones del folclore».

75 En el caso *Tempo Music, Inc. vs. Famous Music Corporation*, la corte estadounidense señaló: «Harmony is a derivative creation almost by definition. [...] While we agree that melody generally implies a limited range of chords which can accompany it, a composer may exercise creativity in selecting among these chords. As Strayhorn's expert notes, the choice of chords includes "the mood, feel and sound of a piece"». Traducción libre: «La armonía es una creación derivada casi por definición. [...] Si bien la melodía puede admitir generalmente un rango limitado de acordes que la puedan acompañar; un compositor puede ejercer creatividad en la selección de los acordes. Como los expertos de Strayhorn señalan, la elección de los acordes incluye "la sensación, el sentimiento y sonoridad de una pieza"».

76 Como bien señala Bercovitz «cabe considerar como creación protegible (aunque se trate de una obra derivada) la instrumentación u orquestación (arreglos musicales: art. 11,4 LPI)» (Bercovitz, 1997, p. 168).

3.3. Apreciación de la obra musical como un todo desde una óptica técnica.

La originalidad de una obra musical puede resaltar en el aspecto melódico, armónico, rítmico y tímbrico; no obstante, normalmente se manifiesta a través de la combinación de los mismos. La disgregación de una obra puede ayudarnos a comprender con mayor facilidad sus características, pero esta metodología no debería ser determinante para encontrar su originalidad.

Una melodía necesariamente cuenta con un elemento rítmico constituido por la duración de cada una de las notas dispuestas y los silencios que las separan. Asimismo, esta melodía siempre se manifestará a través del timbre de un instrumento determinado, de lo contrario no se podría oírla. Del mismo modo, la armonía cuenta con una rítmica y timbre particulares, la rítmica es impensable sin las acentuaciones dadas por los timbres de los instrumentos y, por supuesto, el timbre no puede existir si no es a través de una muestra melódica, armónica o rítmica.

Un compositor, ya sea de música académica o popular, plasma la originalidad de su trabajo combinando diversas melodías, armonías, ritmos y timbres para obtener un conglomerado sonoro particular. Es en ese sentido que Bercovitz (1997) señala que «lo esencial está en considerar o no original el efecto musical del conjunto producido por todos los elementos que inciden sobre la composición» (p. 168). Asimismo, Sánchez Aristi (2004) señala que la originalidad musical «(...) puede detectarse en cualquiera de los aspectos expresivos de la obra o en la comparación inseparable de algunos de ellos» (pp. 256 - 260). Ello se condice con lo señalado en la jurisprudencia estadounidense en la medida en que en esta se establece que la obra musical tiene que ser vista como la suma de todos sus elementos (Dworkin, 1962, pp. 78 y 79)⁷⁷.

Conforme a lo antes señalado, comparto la postura de que la obra musical debe ser vista como una unidad, y de acuerdo con esa perspectiva considero que al analizar la originalidad de una obra musical lo que se debe reivindicar es la elección voluntaria de cualquiera de los elementos sonoros presentes, porque estos elementos toman distinción y un significado expresivo particular a partir de la especial disposición que el compositor establece⁷⁸.

Así las cosas, un compositor podría no tener un derecho de exclusiva sobre la melodía, armonía, ritmo o timbres aislados, sino sobre la elección de estos elementos a lo largo de la composición. Para ilustrar ello, se podría tomar como ejemplo el *riff* de la introducción del tema de la banda inglesa de *hard rock* Deep Purple *Smoke on the Water*⁷⁹. En ese supuesto, no es que ningún otro músico esté impedido de usar la misma secuencia de acordes (armonía), sino que la prohibición debería recaer sobre un uso de esa secuencia tal y como lo dispuso la banda inglesa en su canción⁸⁰.

77 En el caso *Shapiro, Bernstein & Co. vs. Jerry Vogel Music Co.*, se señaló que la obra tenía que ser vista como la suma de todos sus elementos.

78 Esa perspectiva es congruente con el significado mismo de composición musical en el sentido de que alude a la elección de elementos sonoros en virtud de una decisión humana orientada a generar un producto asimilable a través del sentido auditivo.

79 En el siguiente enlace de YouTube podemos escuchar cómo inicia el ostinato de guitarra eléctrica del tema *Smoke on the Water* de Deep Purple (ver Deep Purple [Ian Locke]. (2009, julio 10). Deep Purple *Smoke on the Water* [Archivo de video]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=zUwElt9ez7M>).

80 Si otra persona dispone la ejecución de la mencionada sucesión de acordes del mismo modo (bicordios de intervalo de quinta) en los mismos precisos momentos y con la misma duración (rítmica), así como haciendo uso del mismo timbre de guitarra eléctrica distorsionada; ya podemos decir que tenemos los elementos suficientes para pensar que se trata del uso de una frase distintiva de una obra que merece protección.

3.3.1. Consideración especial sobre el ostinato o riff.

El analizar la obra como una unidad y reivindicar la elección particular de los elementos sonoros permite una mejor visión de qué es lo que se debe proteger en una obra musical. Una perspectiva como la mencionada nos permite reivindicar derechos sobre cierto fragmento distintivo en una canción, el cual se manifiesta a partir de una mezcla de elementos musicales que pueden ser o no melódicos: el llamado *riff* u ostinato.

El ostinato es una frase musical definida que se repite de manera insistente en una pieza. Cuenta con una relevancia rítmica, armónica o melódica dependiendo de la instrumentación y la forma en la que se ejecute. Se puede presentar como una secuencia particular de acordes de guitarra, una frase del bajo, una melodía, un patrón rítmico de percusión aislado o en una combinación de los mismos.

En la música popular, el ostinato ha llegado a ser utilizado en infinidad de temas bastante conocidos. Suele ser un elemento distintivo de las composiciones al punto de que uno llega a reconocer un tema y al intérprete o compositor con solo oír el ostinato. Ejemplos de ostinato en el *rock* son las secuencias de acordes de los *riffs* de guitarra en *Smoke on the Water* de Depp Purple, *Iron Man* de Black Sabbath⁸¹. En la música pop, se puede mencionar el inicio de bajo sintetizado en el *Gangnam Style*⁸² del cantautor coreano PSY y en *Like a Virgin* de la cantante Madonna⁸³. Asimismo, la fama del difunto Rey del Pop, Michael Jackson, tiene una deuda con los particulares ostinatos de temas como *Thriller*⁸⁴, *Smooth Criminal*⁸⁵ y *Billy Jean*⁸⁶ que le compuso el productor y arreglista Quincy Jones.

Siendo el ostinato un elemento tan importante en la música popular merece la pena preguntarse cómo se protege. Primero que nada, cabe mencionar que *ostinatos* como las secuencias de acordes de los famosos *riffs* de guitarra pueden quedar fuera del alcance de los derechos de autor con el criterio actual de la relevancia melódica, puesto que en gran parte de los casos conforman una célula armónica y rítmica de las canciones.

A nuestro entender, estos elementos sí deben ser protegibles, ya que son fruto de una elección particular y pueden dotar de una fuerte distinción a un tema, lo cual constituye una muestra de la personalidad del autor. Sin embargo, no es que se deba proteger siempre una secuencia de acordes⁸⁷, sino que es posible proteger la secuencia de acordes ejecutada con una rítmica particular de modo tal que sea capaz de otorgar una distinción a la pieza.

81 A partir del segundo veintiocho del vídeo de YouTube (0:28) podemos escuchar el famoso ostinato de *Iron Man* interpretada por la banda de *heavy metal* Black Sabbath (ver Black Sabbath [Black Sabbath]. (2014, octubre, 20). Black Sabbath "Iron Man" [Archivo de vídeo]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=5s7_WbIR79E).

82 Desde el inicio del vídeo de YouTube podemos escuchar el ostinato del tema *Gangnam style* de PSY (ver PSY [officialpsy]. (2012, julio 15). PSY - GANGNAM STYLE (강남스타일) M/V [Archivo de vídeo]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=9bZkp7q19f0>).

83 A partir del segundo quince (0:15) se escucha el ostinato en sintetizador del tema *Like a Virgin* de Madonna (ver Madonna [madonna]. (2009, octubre 26). Madonna, Like a Virgin (video) [Archivo de vídeo]. Recuperado de http://www.youtube.com/watch?v=s_rX_WL100).

84 Desde el inicio del vídeo de YouTube podemos escuchar el ostinato del tema *Thriller* de Michael Jackson (ver Michael Jackson [michaeljacksonVEVO]. (2009, octubre, 3). Michael Jackson - Thriller (Shortened Version) [Archivo de vídeo] Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=4V90AmXnguw>).

85 A partir del segundo catorce (0:14) del vídeo de YouTube podemos escuchar el ostinato del tema *Smooth Criminal* de Michael Jackson (ver Michael Jackson [michaeljacksonVEVO]. (2009, octubre 2). Michael Jackson - Smooth Criminal (Shortened Version) [Archivo de vídeo]. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=sFVENQBc-F8>).

86 A partir del segundo cuatro (0:04) del vídeo de YouTube podemos escuchar el ostinato del tema *Smooth Criminal* de Michael Jackson (ver Michael Jackson [michaeljacksonVEVO]. (2009, octubre 2). Michael Jackson - Billie Jean (Official Video) [Archivo de vídeo]. Recuperado de http://www.youtube.com/watch?v=Zi_XLOBDo_Y).

87 Como mencionamos en el apartado 3.2.2. («Originalidad en la estructura armónica»), existen ciertas reglas de la armonía que normalmente se siguen en los temas populares.

4. Conclusiones

- (1) El criterio de originalidad subjetiva (de la impronta de la personalidad del autor) que siguen nuestros tribunales es el más acorde con la naturaleza de los derechos de autor
- (2) La metodología utilizada por los órganos resolutivos nacionales para el estudio de las obras musicales parte de una consideración poco técnica de la teoría musical. Ello ha tenido como consecuencia el entendimiento inadecuado de los conceptos de melodía, armonía y ritmo, e, incluso, la omisión de un elemento tan relevante como es el timbre o color.
- (3) Considero necesario que se incluya expresamente en la LDA una definición de obra musical amplia, a fin de que los órganos resolutivos cuenten con un concepto determinado y no tengan que recurrir a la consulta de diccionarios.
- (4) Los criterios específicos que se han venido aplicando en los casos de infracciones sobre trabajos sonoros no son idóneos para poder determinar cuándo una obra musical es original y, en consecuencia, protegible, ya que limitan la protección de una obra musical solamente al aspecto melódico a pesar de que existen muchas composiciones musicales que manifiestan su originalidad en los otros elementos (estructura armónica, estructura rítmica y timbre o color).
- (5) La limitación de la protección de obras musicales al aspecto melódico resulta ilegal e incluso inconstitucional, ya que:
 - (a) Establece una restricción a la protección de varias clases de obras musicales a través de una resolución administrativa, cuando la norma de rango legal (LDA) expresamente establece una protección general de las obras musicales originarias y derivadas.
 - (b) Establece a través de resolución administrativa una inobservancia a la protección de los arreglos musicales expresamente establecida en la norma legal (LDA).
 - (c) Limita la protección de ciertas obras y sus autores, así como una particular forma de expresión, aun cuando el derecho de autor y el disfrute sobre sus obras está consagrado como derecho constitucional.
- (6) La originalidad de la obra musical puede manifestarse a través de cualquiera de los elementos que la conforman o de la unión indivisible de estos, no obstante:
 - a. En la estructura melódica, la originalidad se manifestará en el particular orden y distanciamiento de las notas musicales en una o, de ser el caso, varias líneas melódicas entrecruzadas. No se pueden reivindicar derechos sobre los elementos propios de las escalas, inflexiones, cadencias u otros recursos melódicos propios del dominio público musical.
 - b. En la estructura armónica, la originalidad se manifestará en la particular secuencia, selección y superposición de los acordes utilizados y las ornamentaciones armónicas de las melodías (Como los bicordios). No se pueden reivindicar derechos sobre los acordes en sí, las progresiones armónicas básicas u otros recursos armónicos del dominio público musical.

- c. En la estructura rítmica, la originalidad se manifestará sobre la secuencia, selección, superposición de tiempos y la aceleración. No se pueden reivindicar derechos sobre los tiempos en sí, los patrones rítmicos genéricos u otros recursos rítmicos del dominio público musical.
 - d. Respecto del color; la originalidad se manifestará en la particular combinación de los diversos colores de la paleta orquestal a lo largo de la obra siempre que se pueda verificar una incidencia relevante en la impresión final de la misma. No se podrán reivindicar derechos sobre las formaciones básicas de conjuntos musicales o sobre la síntesis de un color particular a través de aparatos electrónicos.
- (7) Si bien la originalidad se puede manifestar en cualquiera de los aspectos, el criterio más adecuado para evaluar la originalidad de las obras musicales reside en la apreciación de la obra como una unidad fruto de la elección particular de los más variados elementos sonoros a criterio del compositor.
- (8) El ostinato es un elemento con relevancia principalmente armónica o rítmica que resulta sustancial en infinidad de obras musicales, al punto de permitir el reconocimiento de las mismas. No obstante, la desprotección de los elementos extramelódicos que orienta a nuestros órganos resolutivos evita que se puedan reivindicar adecuadamente derechos sobre dichos elementos.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (2007). *Antes de que nos ataquen de nuevo: la defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*. Barcelona: Península.
- Antequera Parilli, R. (1996). *El nuevo derecho de autor en el Perú*. Lima: Editorial Monterrico S.A.
- Apel, W. (1969). *Harvard Dictionary of Music*. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press.
- Bercovitz, R. (1997). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Editorial Técno.
- Boulez, P. (1967). Stravinsky demeure. En *Musique Russe 1^o Volume*. Traducción de Andrés Edgardo y Garis Greenway. Paris: Presses Universitaires de France, Collection "Bibliothèque Internationales de Musicologie"
- Burkhart, C. (1974). Schoenberg's Farben: An Analysis of Op. 16, No. 3. *Perspectives of New Music*. 12(1/2).
- Dworkin, A. T. (1962). «Originality in the law of copyright». *Boston University School of Law*, en ASCAP, «Copyright law Symposium N° 11». New York and London: Columbia University Press.
- Espín Alba, I. (2014). Nuevas formas de producción y de acceso al conocimiento: Políticas legislativas. Sobre la necesidad de volver a los principios rectores del Derecho de Autor. En I. Espín Alba (*Coordinadora*) - Propiedad Intelectual en el Siglo XXI: Nuevos continentes y su incidencia en el Derecho de Autor. Madrid: Reus.
- Gartner Valencia, M.L. (1989). *El artista de la música en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana
- Hitsquad Music Software (Versión) [*Software de computación*]. Recuperado de <http://www.hitsquad.com/DAW-Software/>
- Johnson, T. A. (1993). Harmonic Vocabulary in the Music of John Adams: A Hierarchical Approach. *Journal of Music Theory*. 37(1).
- Kaplen, B y R. S. Jr. Brown (1945). *Cases on Copyright unfair competition and other topics bearing on the protection literary, musical and artistic works*. New York: The Foundation Press.
- Kennard, T.D (director) (2006). *Keeping Score: Revolutions in Music - Stravinsky's Rite of Spring*. [videogración] Estados Unidos: San Francisco Symphony.
- La Rue, J. (1998). *Análisis del estilo musical*. Cooper City: Spanpress.
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

- Mcdonald, C. (octubre, 2000). Exploring Modal Subversions in Alternative Music. *Popular Music*. 19(3).
- Malinverni, B. (2012). György Ligeti: Madrigalismo y micropolifonía en *Lux æterna*. *Artes Musicales*. Recuperado de http://www.artesmusicales.org/web/images/IMG/descargas/12/433/433-7-Art2-ESPACIO_JOVEN_Lux_aeterna.pdf
- Maravi, A. (2010). *Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el derecho de autor - Cuaderno de Trabajo N° 16*. Lima: Departamento Académico de Derecho PUCP.
- Maravi, A. (2011). *Las creaciones gastronómicas como objeto de protección por el derecho de autor: posibilidades y conveniencia siguiendo el enfoque de la propiedad intelectual y la competencia desleal*. [Tesis de Maestría]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Martín, J. (2012). Gyorgy Ligeti: Atmospheres. *Taller sonoro*. Recuperado de <http://www.taller-sonoro.com/anterioresES/03/analisis.htm>
- Marzetti, M. (2013). Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina: estableciendo el necesario balance entre derechos de propiedad intelectual y dominio público. Recuperado de http://works.bepress.com/maximiliano_marzetti/40
- Metzger, R. (1987). Name that tune: A Proposal for an Intrinsic Test of Musical Plagiarism. *Loyola Marymount University and Loyola Law School*. 5 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 61.
- Mims, C. (29 de enero de 2013). Psy's 'Gangnam Style' has earned \$8 million in advertising revenue (corrected). *Quartz*. Recuperado de <http://qz.com/46313/google-psy-earned-8-million-on-gangnam-style-on-youtube-alone/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1980). *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- Pahlen, K. (1956). *Qué es la música*. Buenos Aires: Editorial Columba.
- Pérez Arroyo, R. (2011). *Music in the Age of the Pyramids* [grabación de audio]. Madrid: Centro de Estudios Egipcios.
- Powell, J. (2012). *Así es la música*. Barcelona: Antoni Bosch.
- Pizarro Moreno, E. (2012). *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Real Márquez, M. (2001). *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*. Recuperado de http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf.
- Rattle, S. (Director) (2005). *Leaving Home: Orchestral Music in the 20th Century, Vol. 3 - Colour* [videograbación]. Arthaus Musik.
- Roca, D. y E. Molina (2006). *Vademecum musical*. Madrid: Enclave Creativa Ediciones
- Román Pérez de, R. (2003). *Obras Musicales, Compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*. Segunda edición. Madrid: Editorial Reus
- Rye, M. (2008). *1001 discos de música clásica que hay que escuchar antes de morir*. Barcelona: Grijalbo.

- Salvat, J. (1986). *Enciclopedia Salvat de los grandes compositores*. Pamplona: Ediciones Salvat.
- Sanchez Aristi, R. (2005). *Propiedad intelectual sobre las obras musicales*. Segunda edición. Granada: Editorial Comares.
- Slonimsky N. (s/f). *Full Score of Ionization of E. Várese*. Toronto: Musical Publishing Corp.
- Slotnick, B. I. y J.A. Piskora. (2009). Expert Evidence in Music-Related Copyright Disputes. *Intellectual Property Litigation*. 21(1).
- Standler, R. B. (2013). *Music copyright in the USA*. Massachusetts. Recuperado de < <http://www.rbs2.com/copyrm.pdf> >
- Susaeta, P. y P.Trinidad. (2005). *El negocio de la música, guía Práctica sobre el torno profesional y legal del músico*. Madrid: Fundación Autor.
- Traut, D (enero, 2005). 'Simply Irresistible': Recurring Accent Patterns as Hooks in Mainstream 1980s Music. *Popular Music*. 24 (1).

COMENTARIOS

Raúl Solórzano Solórzano

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Se nos ha solicitado comentar el artículo del señor Álvaro Ocampo Grey titulado *¿Sin melodía no hay obra! Dime, ¿qué se siente no tener derechos de autor sobre tu composición musical?* Sin duda estamos frente a un trabajo riguroso que aborda una discusión de actualidad y relevancia.

Ante la carencia de una definición de originalidad de obra musical en nuestra legislación sobre derecho de autor (Decreto Legislativo N° 822), el señor Ocampo analiza las decisiones del Indecopi sobre la materia. En primer lugar, revisa los criterios señalados en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 286-1998/TPI-INDECOPI, tratando de vincular sus alcances con las obras musicales. Luego, da cuenta de las distintas posiciones existentes sobre la originalidad de una obra musical, diferenciando el criterio restringido a melodía del criterio amplio que incluye a los demás elementos. Sobre los casos analizados, el autor comenta los más relevantes: Lucchetti vs. Molitalia, Wika Discos vs. Directv, Raúl Denegri vs. José Zelada y Estanis Mogollón y Leslie Patten vs. Unique.

La parte principal de la investigación se encuentra en la tercera sección, en donde el autor argumenta que la limitación de la protección de obras musicales al aspecto melódico resultaría ilegal. En tal sentido, el señor Ocampo propone que la originalidad de las obras musicales pueda constatarse en cualquiera de los siguientes elementos: estructura melódica, estructura armónica, estructura rítmica y color.

Existen dos puntos sobre los cuales recomiendo al autor extenderse un poco más a fin de brindar mayor claridad al lector:

- (1) Apreciación de la obra musical como un todo desde una óptica técnica. Se indica que el criterio más adecuado para evaluar la originalidad de las obras musicales está en la apreciación de la obra como una unidad. Esto podría entenderse, de modo equivocado, como que todo análisis debe recaer en el íntegro de la obra musical, es decir, en toda su duración.
- (2) Ostinato o *riff*. Al haberse trabajado este punto en un acápite distinto a la estructura melódica, estructura armónica, estructura rítmica y color, no queda muy claro cómo puede protegerse por el derecho de autor.

Finalmente, sugiero comentar brevemente algunos recientes proyectos mediante los cuales se utiliza un *software* especial que ayuda a la creación de ciertos elementos de composiciones musicales.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/raul-solorzano-solorzano/>

RESPUESTA DEL AUTOR

En primer lugar, recibo gratamente los acertados comentarios del profesor Raúl Solórzano. Vale la pena mencionar que no hay quien conozca más de cerca esta investigación que él, pues tuve la suerte de contar con su esmerada labor de asesor en la tesis de licenciatura que motivó el presente artículo. Sobre la primera recomendación, el acápite 3.3. «Apreciación de la obra musical como un todo desde una óptica técnica» del artículo gira en torno a que la disección de la obra musical en sus diversos aspectos (melodía, armonía, ritmo y timbre o color) es principalmente teórica, pues la originalidad debe analizarse de la unión de todos ellos. Para sustentar dicho argumento, presento el refuerzo de autores como Bercovitz, Sánchez Aristi y Dworkin, quienes guardan la misma postura. En ese contexto, considero que del contenido del texto se desprende que la referencia a la totalidad de la obra versa específicamente sobre la unión de los diversos elementos musicales. No obstante, como bien señala el profesor Solórzano, nada obsta a que del título del acápite o una lectura breve del contenido el lector puede incurrir en el error de que me refiero a la unidad en un sentido de extensión de la obra.

Por tales motivos, en los presentes comentarios refuerzo y aclaro que el acápite antes mencionado no busca que se analice toda la obra en su extensión para encontrar la originalidad, pues este requisito puede encontrarse en cualquier sección de la obra y podrían haber secciones muy simples o de dominio público que no podrían ser consideradas originales dentro de la misma. Por poner un ejemplo, si la introducción al piano de una balada únicamente consigna cuatro compases con los acordes de do, sol, la menor y fa en figuras redondas y un indicador de compás de 4/4, esa sección introductoria no sería original por ser una progresión usual de cuatro acordes (parte del dominio público), sin mayor relevancia rítmica, melódica ni tímbrica. Sin embargo, si luego de esa introducción se presenta una melodía cantada particular, una sección de cuerdas en una armonía determinada o contrapunto, y una orquestación, esa sección siguiente sí podría ser considerada original en función de la combinación de los diversos aspectos de la música (melodía, armonía, ritmo y timbre).

En consecuencia, estoy de acuerdo con que una obra puede estar constituida de secciones originales y no originales, pues lo que se busca con la argumentación planteada en esa parte del artículo es que la obra musical sea analizada como la unión de cada uno de sus elementos o aspectos (melodía, armonía, ritmo y timbre), ya que ello llevará a que puedan aceptarse combinaciones originales en una obra. Del mismo modo, en la pintura no se podría proteger solo el delineado, el sombreado o el coloreado, sino la unión de todos estos aspectos que generaron el resultado final que es el cuadro.

Sobre la segunda recomendación, el acápite 3.3.1. «Consideración especial sobre el ostinato o *riff*», efectivamente no fue presentado dentro de los acápites 3.2.1. «Originalidad en la estructura melódica», 3.2.2. «Originalidad en la estructura armónica», 3.2.3 «Originalidad en la estructura rítmica» ni 3.2.4. «Originalidad en el uso del timbre o color». La consideración sobre el *riff* u ostinato fue deliberadamente colocada como parte del subcapítulo 3.3. «Apreciación de la obra musical como un todo desde una óptica técnica» justamente debido a que el *riff* u ostinato suele ser una parte de la obra musical que presenta su originalidad en la combina-

ción de los diversos elementos musicales. Por ejemplo, en el caso del *riff* del tema *Smoke on the Water* de Deep Purple nos encontramos frente a una frase constituida de una secuencia de acordes (aspecto armónico), expresados dentro de un ritmo particular. En ese sentido, la originalidad del *riff* u ostinato no podría ser adecuadamente evaluada si se consideran los aspectos musicales de manera aislada. Por esa razón, no incluyo el análisis del *riff* en la evaluación de los elementos de manera aislada (acápites mencionados en la recomendación), pues, a mi parecer, la originalidad de *riffs* como el fragmento compuesto por Deep Purple solo podría ser considerada del análisis de la unidad resultante de los diversos aspectos musicales (en particular, armonía y ritmo).

Finalmente, sobre la última recomendación, en efecto, concuerdo con el profesor Solórzano en que resulta pertinente y relevante el análisis de la composición asistida por computadora. En particular, esa consideración fue incluida en la tesis de la licenciatura que motivó el presente artículo en el subcapítulo I.1. «La obra musical creada por una persona natural, dentro del subtema», I.1.2. «Trabajos sonoros determinados por *software* y/o computador». En la medida en que el presente trabajo versa únicamente sobre el requisito específico de originalidad y el mencionado tema tiene una mayor incidencia sobre el requisito de protección referido a la creación realizada por una persona natural, decidí no incluir el tema referido, tomando en cuenta la extensión solicitada para la presentación de la presente investigación.

En particular, considero pertinente que a mayor abundamiento se consulte la tesis mencionada. En dicha investigación, se expone la experiencia del compositor e ingeniero David Cope, de la Universidad de California en Santa Cruz, quien, falto de inspiración para componer una ópera que le habían encargado, decidió crear programas de computadora que trabajen por él: EMI y Emily Howell. En el caso de EMI, las composiciones se crean sobre la base de las partituras de obras previas, por lo que considero que no estamos frente a la intervención humana para la creación de las nuevas composiciones, la ordenación de los elementos los haría únicamente la computadora. Distinto sería cuando el propio compositor introduce en el programa sus propias creaciones, pues ahí el ser humano voluntariamente le brinda órdenes al *software* sobre los elementos musicales con los que tendrá que componerse el nuevo tema (el caso de Emily Howell).

Por otro lado, en la tesis se profundizó sobre el caso de la computadora denominada *lamus*, la cual fue desarrollada por un grupo de investigadores españoles de la Universidad de Málaga. Sin embargo, en este supuesto la computadora no se alimenta de las composiciones de otros autores, sino que trabaja con algoritmos basados en patrones biológico-evolutivos en los cuales las notas compiten entre ellas y es la más adecuada la que triunfa.

Conforme a los argumentos que antes se expresaron en la tesis referenciada, soy de la opinión de que los temas musicales generados por *lamus* no cuentan con el requisito de la intervención humana y, por ende, no son protegibles en nuestro ordenamiento. Ello en tanto los trabajos del mencionado computador son realizados de manera masiva y automática por la computadora sin que medie un aporte humano relevante al proceso creativo.

Finalmente vale la pena comentar que la empresa Sony ha anunciado que a principios de 2017 publicará un disco con una canción generada por inteligencia artificial. Según las noticias sobre el suceso, la canción se generaría sobre la base de composiciones anteriormente creadas por The Beatles. Al respecto, considero que nos encontraríamos ante un supuesto similar al de la música generada por el *software* EMI; por tanto, al no haber intervención humana para la creación del nuevo tema musical, la canción no sería protegible. Sin embargo, habría que esperar a conocer más detalles de la producción, pues de encontrarse una intervención

humana relevante en la creación, que vaya más allá de la programación del *software*, se podría considerar el trabajo como protegible.

Sin más que agregar; agradezco los atinados comentarios del profesor Raúl Solórzano, pues ayudan a complementar y esclarecer las diversas aristas que abarca la presente investigación respecto de la originalidad de las obras musicales.