

# APROXIMACIÓN JURÍDICA Y CRÍTICA AL PLAGIO EN EL ÁMBITO MUSICAL:

Concepto, criterios y aplicación

Trabajo Fin de Grado

Grado en Derecho  
Facultad de Derecho  
UPV/EHU

Año académico: 2020/2021

Trabajo realizado por: Lucía Crespo Amorós  
Trabajo dirigido por: Joseba Andoni Ezeiza Ramos



## Resumen

Mediante el presente trabajo se pretende arrojar cierta luz a un término difuso como lo es el plagio. Igualmente, se apuntarán algunos criterios de orden musical y lingüístico que pueden servir para establecer cuándo nos encontramos ante un caso de plagio. Finalmente, se aportarán algunos ejemplos recientes, que evidencian las dificultades en este ámbito. El trabajo se cierra con un modelo de informe de peritaje lingüístico y musical, aplicado a uno de los casos con más repercusión pública los últimos años.

**Palabras clave:** Propiedad Intelectual, Derechos de Autor, Plagio, Plagio musical, Plagio lingüístico.

## Laburpena

Aurrean dugun lanaren bitartez plagioa bezalako kontzeptu lausoa argitzea dugu xedea. Modu berean, epaitegiek erabilitako irizpideak aztertuz, plagio kasu baten aurrean noiz gauden jakitea da gure helburua. Bukatzeko, orain dela gutxiko ereduak aztertuko ditugu,; horien bidez, gai honek dituen zailtasun batzuk agerian utziko ditugu. Lan hau kasu nabarmendu baten informe perizial linguistiko-musikal baten bitartez itxiko dugu

**Hitz Gakoak:** Jabetza Intelektuala, egile-eskubideak, plagioa, plagio musikala, plagio linguistikoa.

## Abstract

The present study aims to throw some light on the field of plagiarism. To this end, we will first analyse various criteria adopted by the courts in order to understand this concept and be able to take it to the practice. Finally, we will finish with an music and linguistic survey model about one of the cases with most public impact,

**Key words:** Intellectual-property, copyright, plagiarism, music plagiarism, linguistic plagiarism.



<b>0.INTRODUCCIÓN</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO 1: PLAGIO Y DERECHO</b>	<b>8</b>
1.1 ¿Qué es el plagio?	8
1.1.1. Concepto	8
1.1.2 Criterios del plagio	9
1.1.3 Formas de plagio	11
1.1.4 Límites del plagio	13
1.1.6 La problemática del plagio artístico	15
1.1.5. El plagio involuntario. La criptomnesia.	17
1.2 El plagio y la Constitución	18
1.3 El plagio y el Derecho Civil	21
1.3.1. Cuestiones generales	21
1.3.2 Protección de las obras: depósito, registro y símbolos.	22
1.3.3 La acción de Cesación	23
1.3.4 Acción de indemnización	23
1.3.5 Arbitraje en materia de Propiedad Intelectual	23
1.3.6 Entidades de gestión	24
1.4. El plagio en el Derecho Penal	24
1.5 El plagio en el Derecho Internacional	27
1.5.1. El Convenio de Berna	27
1.5.2 Derecho de la Unión Europea	27
<b>CAPÍTULO 2: EL PLAGIO EN LA MÚSICA</b>	<b>29</b>
2.1.- La música en el derecho.	30
2.1.1.- La música y el derecho	30
2.1.2 El concepto de música en el Derecho: La obra musical.	31
2.1.3 La interpretación	32
2.2. Los criterios del plagio musical	34
2.2.1. Propiedades generales de la originalidad	34
2.2.2. Los elementos de una obra musical y la originalidad.	34
2.2.3. La originalidad en los arreglos	37
2.2.4.El criterio subjetivo	37
2.2.5.La protección de la idea	38
2.3. Criterios jurisprudenciales alternativos.	39
2.3.1. El test del oyente medio	39
2.3.2. El test de las abstracciones.	41
2.3.3 La doctrina de la copia mínima.	41
2.3.4. Bifurcated test o intristic and extrinsic test.	41
2.3.5. Striking similarity (similitud chocante).	42
2.4. Estilos de música y los límites con la originalidad	42
2.4.1. La música clásica	42
2.4.2. La música folclórica	42
2.4.3. Música ligera	43
2.4.4. El rap	44

2.5. La obra musical derivada	44
2.5.1. Samples o muestreos	44
2.5.2 mashups o popurrís	45
2.5.3. Cover o soundlike	46
<b>Capítulo 3: Aplicación práctica</b>	<b>48</b>
3.1. Shakira y el plagio	49
3.2. El caso de La Chica de Ayer	48
3.3. Posibles plagios de la música ligera	50
3.2.-El caso Aserejé y el peritaje en plagio lingüístico	50
<b>CAPÍTULO 4: CONCLUSIONES</b>	<b>54</b>
4.1.- Conclusiones sobre la regulación del plagio	54
4.1.2.La regulación del plagio en la música y las posibles soluciones	55
4.3.-La importancia de la regulación del plagio como la regulación del derecho a la creación artística	56
LEGISLACIÓN	58
JURISPRUDENCIA	58
BIBLIOGRAFÍA	59
WEBGRAFÍA	61
NORMAS	62

## 0.INTRODUCCIÓN

El derecho debe ajustarse a los cambios de la sociedad, debe ajustarse a las nuevas necesidades y conflictos que se crean; y no podemos negar que con la llegada de internet la industria musical ha dado una vuelta donde hay un gran vacío por rellenar en esta disciplina.

Con la nueva accesibilidad a las plataformas de *streaming* e incluso a los recursos de grabación, cualquier persona puede escuchar o incluso publicar un tema musical. Sin embargo, la accesibilidad de que cualquiera con unos mínimos conocimientos musicales y tecnológicos pueda publicar una canción hace que cientos de miles de artistas no posean las garantías jurídicas que respaldan a las grandes discográficas, las cuales, también tienen tendencia a caer en este problema. Todos hemos escuchado nombres como la SGAE, pero nadie sabe exactamente su función o qué es lo que protege. Todos, a su vez, hemos escuchado hablar sobre una figura, una conducta que parece condenada como a la peor traición de cualquier artista.

Hablamos de plagio, una de las problemáticas que más hemos oído hablar, pero de la que nadie sabe concretamente de qué trata, cuándo nos encontramos ante un plagio. “¿Si decidimos subir una versión de una canción estamos incurriendo en plagio? ¿Y si hago un “remix”? ¿Y si usamos estos acordes de una canción que tanto nos gustan?”

Son muchas las preguntas que nos pueden surgir a raíz de este término con origen en la Antigua Grecia. Como veremos durante todo el análisis, el plagio como tal ya es un término por lo menos farragoso, que se incrementa en una disciplina tan desconocida para muchos como el lenguaje musical, al que intentaremos dar cierta claridad.

Además de todo, mencionar algo que nos ha dejado claro el reciente confinamiento: La importancia de la cultura y el entretenimiento (donde la música juega un gran papel). Ámbitos tan relevantes en nuestro día a día que parecen estar olvidados por el derecho, casi parecen irrelevantes. Por eso, mediante el presente trabajo buscamos dar cierta luz al camino y proponer ciertas soluciones a casos como los de plagio.

Al fin y al cabo, todos en algún momento hemos escuchado una canción que nos recuerda a otra que hemos escuchado anteriormente, pensado, que puede ser una copia de la anterior. Mediante este trabajo intentamos responder jurídicamente a estas cuestiones.

Sin embargo, son varias las dificultades que se han creado a lo largo del proceso. Mientras se empezó la presente investigación con el ánimo de exclusivamente hablar del plagio en la música y trabajar varios casos curiosos, nos encontramos con que ni siquiera existía un consenso en la definición del término plagio. Es por ello que dedicamos todo el primer capítulo en su integridad a la búsqueda de una definición común capaz de englobar las diferentes ramas de derecho, autores y criterios. Para ello, no solo nos hemos valido de diferentes fuentes (jurisprudencia, doctrina...) sino que además hemos buscado en otras ramas del conocimiento como la psicología, lingüística o artes para poder obtener una respuesta a esta necesidad. Es por ello que el presente estudio no solo trata de explicar un fenómeno jurídico, sino que consiste en la búsqueda de la respuesta a la pregunta de qué es el plagio y cuál es su aplicación en la música, compilando así todo un proceso.

# CAPÍTULO 1: PLAGIO Y DERECHO

## 1.1 ¿Qué es el plagio?

### 1.1.1. Concepto

En este momento, a la hora de escuchar cualquier noticia o incluso en la calle, entendemos el plagio como copia. Un estudio realizado por Cristina Todolí Torro (2019) nos muestra cómo desde alumnos a profesores de derecho, pasando por gente sin conocimiento alguno en la materia, entiende el plagio tanto por copia como por apropiación de la autoría.

A pesar de ser un término conocido por todos, es cierto que no es un término del todo concreto, más bien, tenemos una idea vaga al respecto. La RAE define plagiar como “*Copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias*”, es decir, la RAE nos otorga la definición que todos a pie de calle conocemos, sin embargo ¿cuál es su definición jurídica? (Todolí, 2019)

A lo largo de nuestro ordenamiento, en ningún momento podemos encontrar definido el plagio y mucho menos se establece ningún criterio a la hora de calificar la figura. A lo largo de la normativa de propiedad intelectual, la cual es la que por excelencia protege los derechos sobre las obras del intelecto, en ningún momento hace referencia alguna al plagio. Aunque bien es cierto que en el ámbito penal se menciona como acto delictivo, por lo tanto, el plagio es un delito, pero no encontramos su definición (Todolí, 2019)

De esta manera, para que el estudio que estamos realizando en este momento podamos responder a la pregunta de “qué es el plagio”, a falta de definición legislativa, debemos acudir primero a la jurisprudencia y posteriormente a la doctrina.

*“La jurisprudencia del Tribunal Supremo recoge en sentencias como la del 29 de enero de 1995 y 26 de noviembre de 2003 supone plagio todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, presentándose como una actividad material mecanizada, poco intelectual y menos creativa, aunque aporte cierta manifestación de ingenio, constituyendo plagio no solo las situaciones en que se presenta una total identidad entre dos obras, sino también las encubiertas, que aparecen cuando se descubre la total similitud con una obra original, una vez que se le despoja de los ardidés que se le pusiera disfrazar.” (Margo, 2010, 51)*

Por lo tanto, de esta definición podemos reafirmarnos en la ya expuesta idea de que el plagio es copia, aunque dejar el plagio como mera copia podría quedarse demasiado escaso. Es por ello que ciertos autores defienden (y parece definición más completa) que el plagio puede darse de dos maneras. Primero, atribuyéndose la obra tal y como ha sido creada por el autor original pero también puede darse la situación de atribuirse la obra de otro no reproduciéndola idénticamente, sino imitándola (Gimbernat Ordeig, 1995,)

Según Bercovitz (2006) aunque el plagio no exista como infracción específica en el sistema civil, se trata de una conducta que mezcla la reproducción o transformación sin consentimiento, mezclándola junto a la negación del derecho de paternidad, por lo que sería un ilícito en materia de Derecho de Autor. De esta manera, podemos entender el acto de plagiar como una reproducción fraudulenta de la obra (Germán Mancebo, 2014)

Así pues, para encontrarnos ante un plagio podemos entender como necesarias ciertas circunstancias:

- Sobre la obra usurpada debe haber un sujeto con derechos de autor sobre ella, no sirviendo las obras de dominio público.
- Debe haber una utilización no consentida de la obra.
- Debe haber un cierto grado de semejanza entre ambas obras
- La obra plagiada deberá tener la protección suficiente derivada de la originalidad exigida, por lo que lo plagiado no podrán ser elementos de libre utilización (Sánchez Aristi, 2005, pág.327)

### 1.1.2 Criterios del plagio

Tras haber buscado una solución ante la falta de definición de plagio, queda sin responder todavía la cuestión sobre los criterios usados a la hora de calificar una conducta como plagio. Principalmente, intentaremos resolver la cuestión sobre “qué es lo sustancial de la obra” que como ahora veremos es donde se amparan la mayoría de los siguientes criterios. Qué es aquello que no puede ser copiado de ninguna manera. Debemos analizar detenidamente este concepto teniendo en cuenta en todo momento que el Derecho de la Propiedad intelectual no protege la idea sino la obra en sí. Obra que debe estar de cualquier forma plasmada, recogida, en un soporte (cd, libro...) una improvisación a menos que se grave o supuestos muy excepcionales no cabría dentro de esta protección (Bercovitz, 2006)

Por lo tanto, en el caso de encontrarnos con dos ideas que sean esencialmente iguales, pero estén plasmadas de forma diferente ¿cabría protección hacia esto?

La cuestión trata sobre si, por ejemplo, dos novelas donde la trama y su desarrollo sea prácticamente idéntico, pero al estar redactado por dos personas diferentes varíen en la redacción ¿Estamos ante un plagio?

En las sentencias TS de 28 de enero de 1995, 17 de octubre 1997, 23 de marzo de 1999, 23 de octubre de 2001 y 26 de noviembre de 2003 nos confirman que lo que protege el derecho de autor no son las ideas en relación con la obra sino la forma en la que aparecen recogidas en ella, la forma exacta en la que se plasma, ya que de lo contrario limitaría o anularía la posibilidad de que esta misma idea pueda manifestarse de otras formas posibles (Margo, 2010)

Esto mismo se repite en una sentencia del 21 de enero de 2009 de la Audiencia Provincial de 2009. Nos dice que por plagio se debe entender todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, presentándose más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual, menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio (Margo, 2010,52)

Un asunto de 1992 donde se discutía sobre dos christmas, discutido en la STS 1278/1992 de 28 de mayo, se resolvió como plagio. Estos dos Christmas no eran totalmente idénticos, sin embargo, sí era apreciable la existencia de “*una casi total coincidencia entre los temas, composición, ambientación, etc.*” (Germán Mancebo, 2014-2015). Por lo tanto, en este asunto no hay una reproducción idéntica, no hay una copia tal cual la obra.

Para poder dar un punto de vista más actual además de diverso, recurrimos a la STS 55/2020. Este supuesto trata de un profesor que después de dirigir un trabajo de doctorado a un alumno, el tutor usará una parte de la investigación del alumno para incluir a una suya sin citarle de ninguna forma. A lo largo de este caso hasta llegar al Tribunal Supremo, son discutidos diferentes puntos, desde el derecho de autoría del tutor por colaborar en el trabajo (el cual se niega rotundamente), hasta la originalidad necesaria de un texto para ser considerado plagio.

En este supuesto se discute tanto la autoría y paternidad como la vulneración del derecho de reproducción, por lo que, en resumidas cuentas, se trata de si estamos ante un caso de plagio o no. Además, indagando donde realmente nos interesa, el texto de la investigación en este caso se reproduce tal cual está escrito, es decir, sin ninguna variación, directamente “copiado”.

Anteriormente, el mismo supuesto previo a llegar al Tribunal Supremo, dictada la sentencia el 17 de mayo de 2017, por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.º) se argumenta que *“el plagio consiste en disfrazar como propio lo que es una obra ajena, (...) dando al texto de la obra copiada una forma diferente para hacerlo pasar como propio, (...) es congruente exigir a la obra copiada un cierto grado de originalidad porque será esta la que permitirá distinguir el plagio a la vista de la comparación de dos textos que no son idénticos. A pesar de la falta de identidad, si se comprueba que hay estructuras, o formas de decir, o correlación de ideas que se repiten en ambas obras, y siendo una de ellas cronológicamente anterior a la otra, se podrá concluir con la existencia de plagio.”*

Finalmente, y para resolver la pregunta de si un plagio es la copia tal cual, la sentencia en su fundamento jurídico segundo nos dice *“El plagio se verifica con la reproducción literal del texto”. “En definitiva el plagio se caracteriza: a) por ser una actividad mecanizada, escasamente intelectual y poco creativa; b) carecer de originalidad y de talento por quien la realiza; c) y referirse las coincidencias estructurales básicas y fundamentales, que resulten fácilmente apreciables. Queda excluida la confusión, y, por tanto, el plagio, en todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado.”*

Así pues, podemos entender el plagio como la reproducción exacta de una obra o parte de ella en otro trabajo, apropiándose así el segundo de la verdadera autoría. Aunque en el caso de que sustancialmente sean idénticos también hay tribunales que podrían considerarlo plagio. Así pues, habrá que atender caso por caso cuándo estamos ante un supuesto de plagio (Germán Mancebo, 2014-2015)

### 1.1.3 Formas de plagio

A la hora de determinar las formas en las que podemos ver el plagio, podemos diferenciar respecto a la clasificación según la manera en la que se plagia (reproduciendo tal cual o mediante el “disfraz”), lo que está altamente ligado con lo que según el autor Antonio Vega (2018) , es una noción amplia o restringida del plagio. También puede clasificarse el plagio según la disciplina o género en el que se plagia (científico, literario, publicitario...).

Cada género conlleva ciertas características propias, partiendo de que cada disciplina se plasma de una manera. Es una de las causas por las que cada caso de plagio deba ser analizado individualmente, ateniéndose a las características que lleva cada disciplina, entendiendo, que en una misma disciplina las obras acarrean ciertos rasgos comunes (Temiño Ceniceros, 2015)

Como forma de dar algunas pinceladas sobre otros géneros además del plagio musical, que es sobre lo que tratará principalmente esta investigación, podemos hablar por ejemplo del plagio literario. El plagio literario es uno de los más comunes, partiendo de que la mayoría de nuestro conocimiento se transmite y se ha transmitido por la escritura. Fue la primera modalidad en recibir protección desde el Derecho de Autor. Además, dentro de obra literaria podría entrar desde una novela a un folleto o cualquier escrito.

Según parece, la forma de identificar el plagio está basada en la manera de expresarse que tenemos cada individuo. La lingüística forense parte de que si bien es cierto que dos autores pueden coincidir en un mismo tema o unas mismas ideas o incluso algún elemento léxico-gramatical, es imposible que haya identidad total entre dos obras ya que cada uno trabajamos con nuestras expresiones y estilo. Algo importante que debemos subrayar es que si el plagio se da en la letra de una canción nos encontraríamos ante plagio literario.

La creación científica viene íntimamente ligada a la anterior, la literaria, sin embargo, según se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid el 11 de enero de 2007, se basa en la obtención de información, el descubrimiento de teorías, sistemas y métodos. Aunque ambas disciplinas se plasmen de la misma forma, mientras que en la obra literaria la técnica, el estilo y expresión son importantes, lo relevante en la obra científica es la información, el mensaje, aunque como veremos, la idea per se no protege la Propiedad Intelectual.

Aunque pueda entenderse como un escrito, dada su complejidad y habitualidad, debemos atenernos brevemente ante las obras periodísticas. Esta complejidad está basada en, por ejemplo, la importancia de la revista sobre la presentación del artículo u opinión personal del autor, por no decir que un artículo de una revista especializada puede ser toda una obra científica. Rasgos como fotografías o incluso la tipografía pueden ser elementos relevantes en esta modalidad de plagio. Junto al plagio periodístico encontramos el plagio publicitario, el cual también mezcla diferentes elementos en sus composiciones. Además de la complejidad, la relevancia de este procede de la competencia del mercado entre las compañías anunciantes.

Dejando de lado lo literario y escrito, tenemos como ámbito de plagio todo lo audiovisual. Las obras audiovisuales son pues aquellas expresadas mediante unión de imágenes (normalmente acompañadas de sonido, aunque no tiene por qué) con la finalidad de ser retransmitidas al público. Nos referimos desde obras cinematográficas a cualquier programa de televisión, desde la obra final a guiones, adaptaciones hasta la música creada especialmente para la obra.

La tremenda variedad sobre las composiciones y formas de componer una obra audiovisual es lo que concluye en que no haya unos criterios exactos a la hora de proteger ésta. Por otro lado, también existe discrepancia en torno a si una sola imagen congelada entraría dentro de esta categoría, debate que incrementa con el uso de materiales y plataformas multimedia. La protección de la obra radiofónica es muy similar.

Dejando de lado de nuevo esto, podemos encontrarnos también con otras categorías como obras plásticas, donde lo que se protege es la obra final en su conjunto. Con obras plásticas no solo nos referimos a pinturas, sino también a joyas, muebles y demás. Aunque la Propiedad Intelectual no proteja como tal el estilo, si es cierto si pudiera llevar a confusión del autor, podría llevarse el asunto mediante la Competencia Desleal. El análisis de estas obras entonces reside en sus elementos característicos como color, formas, diseño...

Cuando hablamos de obras arquitectónicas, de ingeniería y demás hablamos desde los planos a la ejecución final. Aunque sí sea mencionado en la normativa, donde realmente se ha desarrollado ésta modalidad de plagio es en su abundante jurisprudencia.

Finalmente, mencionar las páginas web y programas de ordenador, los cuales siguen siendo una novedad para el mundo jurídico.

#### 1.1.4 Límites del plagio

Para poder entender los criterios de plagio deberemos entrar también en sus límites, ya que no toda reproducción de un texto es considerada plagio. Como podemos observar a través de la doctrina y jurisprudencia existen varias circunstancias donde se da un uso legítimo de la obra, un límite. Por excelencia, el límite más reconocido es la cita, pero también existen límites de “conocimiento universal” o “culturales”.

La forma más común de hacer referencia a otra obra sin incurrir en un ilícito sobre los derechos de autor versa en la cita. “*La cita es la mención abreviada de una contribución dentro del texto.*” (Alonso-Arévalo, 2017) Por tanto, como aclaración, esto mismo se trata de una cita. A diferencia del plagio, la cita sí viene determinada en la Ley de Propiedad Intelectual, concretamente en el artículo 32. De todas formas, la cita debe conllevar ciertas características para ser válida: que haya sido sobre una obra divulgada con anterioridad, la fidelidad al texto original y su espíritu o pensamiento del autor; la indicación de la fuente, los fines educativos y científicos con finalmente la interpretación restrictiva de éstos (Margo, 2010)

La cita como límite es necesaria. Se entiende como una forma lícita de divulgar las ideas y los conocimientos. Mediante la cita nuestro conocimiento se enriquece ya que las citas sirven para fundamentar y elaborar obras de la misma disciplina. Si no existiera un límite como éste y hubiera algo así como un “derecho de Propiedad Intelectual absoluto” solo se conseguiría privatizar las ideas, y por tanto limitarlas (Margo, 2010)

Por otro lado, los otros tipos de límites vienen también resumidos en la antes trabajada STS 55/2020 *“Es cierto que no cualquier texto escrito goza por sí solo de originalidad, pues se exige un mínimo de creatividad intelectual, de la que carecen, por ejemplo, lo “que es común e integra el acervo cultural generalizado o (...) los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos” ( sentencia 12/1995, de 28 de enero); lo que “está anticipado y al alcance de todos”, por ser datos que constan “en registros fiscales, laborales, mercantiles o en las guías publicadas por Telefónica” ( sentencia 886/1997, 17 octubre); o un juego promocional de periódicos “concebido mediante la numeración de las publicaciones y un sorteo para la determinación del ganador del premio” ( sentencia 542/2004, de 24 de junio)”*.

Aun así, esta misma sentencia nos dice que no por ser conocimiento general no puede darse el plagio, ya que cuando la obra al ser redactada tiene cierta parte de originalidad ya puede estar respaldada por la normativa de Propiedad Intelectual.

Entendemos entonces el plagio como apropiación de algo identitario, el uso de todo aquello que es conocido científicamente por todos o parte de nuestra cultura general no es posible calificarla como plagio (Margo, 2010)

Puede ser interesante mencionar la sentencia Sentencia TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm.19/2010, también conocida como caso “Musicalya”. En este supuesto se demanda por plagio a Antena 3 en torno a una supuesta copia de un programa basado en “el juego de la oca”. Uno de los argumentos de los tribunales para desestimar el recurso éste se fundamenta en que lo sustancial de la obra no es algo original, sino que es algo conocido ya por todos, es decir, un juego de conocimiento popular.

Cuando hablamos de límites del plagio no podemos olvidarnos de la parodia. Es posible que la parodia pueda calificarse como plagio siempre que no se haga mención alguna al autor, es decir, que usurpe la condición. El caso más destacado es el de “Aserejé”, la conocida canción demandada por plagio (Temiño Cenicerros, 2015)

Finalmente, resaltar ciertas conductas ante todo curiosas. Más que como límite del plagio son denominadas “delimitación negativa”. La primera de las figuras sería la del “autoplagio”, donde un autor usa una parte de otra obra diferente donde él mismo es autor. Hoy por hoy, la conducta del autoplagio no puede perseguirse ni civil ni penalmente ya que tanto el posible infractor como el afectado son el mismo sujeto, situación diferente que puede darse cuando la obra plagiada haya sido creada por diferentes autores u haya sido cedida en derechos. De todos modos, seguiría sin ser perseguible por la vía del plagio (Vega Vega, 2018)

Podemos hablar a su vez de otros supuestos como el plagio inverso o escritores fantasma. No estamos hablando de supuestos que se ajusten estrictamente a la figura del plagio como tal, por tanto, no es posible que sean perseguibles mediante esta figura, aun así, supuestos de esta índole, cuanto menos curiosos, debemos mencionar. El plagio inverso consiste cuando el autor no solo no admite ser el autor de la obra, sino que usurpa la identidad de otro, probablemente con más prestigio lo que hará elevar en categoría su obra. Los escritores fantasmas es algo muy similar, donde una obra (normalmente bibliografía) es escrita por alguien que se dedique al mundo de la redacción, sin embargo, consta como autor una celebridad como actores o cantantes que no suelen dedicarse a ello.

#### 1.1.6 La problemática del plagio artístico

Ya que esta investigación pretende indagar en el plagio musical es conveniente llevar estos límites a un punto de vista más cercano al plagio artístico que al de plagio académico.

El plagio artístico es mucho más complejo que el plagio académico, teniendo en cuenta que una misma cultura y más aún un mismo género o corriente tiene unos rasgos comunes. A su vez, esto mismo sucede porque en el mundo artístico, por el simple hecho de aprender una disciplina se ha de copiar a autores anteriores. En el caso de que se penalizara que dos mismas obras tuvieran rasgos similares impediría que se crearan escuelas, géneros o corrientes (López Fernández, 2018)

El plagio en el mundo artístico también es más complicado por la propia cultura y pensamiento. Mientras que en el ámbito académico, como hemos visto, la cita es algo valioso que sirve para ampliar el conocimiento y fundamentarlo, en el mundo artístico la originalidad de las obras es algo realmentepreciado. Actualmente en el arte hay un deseo de la búsqueda de lo original, de lo novedoso, una búsqueda de ser diferente a los demás que hace ver el plagio como un completo atentado contra la Propiedad Intelectual y el valor individual.

Además, cuando hablamos de plagio en el mundo artístico se tienen en cuenta dos vertientes de la originalidad: la objetiva y la subjetiva. Mientras que la objetiva trata de tener ese aspecto novedoso, la subjetiva habla sobre que la obra es original en el caso de reflejar la personalidad del autor (Tamarit Sumalla et al., 2008)

Éstas diferencias se magnifican cuando tenemos en cuenta la poca información jurídica que tenemos respecto al plagio artístico, lo que puede provocar inseguridad. Mientras que en todas las sentencias vistas hasta el momento se hablaba de plagio literario y académico, donde es más sencillo el detectar el plagio, apenas podemos encontrar jurisprudencia respecto al plagio en temas como la pintura o la música (Germán Mancebo, 2014-2015,)

Así pues, la problemática del plagio se aborda de una manera un poco diferente cuando se trata de temas artísticos. Mientras que hemos visto como usualmente la jurisprudencia entiende el plagio como una reproducción casi exacta, es posible que esta tesis no satisfaga a ciertos autores. Aun así, este criterio de reproducción exacta es también el que más objetivo puede ser a la hora de ser juzgado, ya que no requiere un análisis en base a parámetros subjetivos como el reflejo de la personalidad del autor (Germán Mancebo, 2014-2015)

Respecto a los límites, debemos destacar que en obras pictóricas o musicales la cita como la conocemos no es posible. Sí existen sin embargo situaciones que pueden ser similares y también lícitas. En este caso suelen darse las “obras derivadas”. Aunque es cierto que en alguna canción es posible apreciar referencia a otra en la letra, eso constaría como un asunto más literario que musical.

Las obras derivadas vienen en el artículo 11 de la Ley de Propiedad Intelectual. Se entienden por obras derivadas, las traducciones y adaptaciones las revisiones, actualizaciones y anotaciones, los compendios o resúmenes, los arreglos musicales y otros. Son de originalidad relativa, por lo que para llevarlas a cabo es necesaria la autorización de los autores, claro está si no son obras de dominio público (Rogel Vide, 2008)- Un supuesto no contemplado estrictamente en la ley de obra derivada (pero sí común) es la adaptación cinematográfica de libros (Gimbernat Ordeig, 1995)

Por otro lado, la obra derivada sí puede incurrir en plagio. Por ejemplo, el supuesto que se da en la Sentencia del Tribunal Constitucional, donde se cuestiona si una traducción puede incurrir en plagio se resuelve afirmativamente. En el caso de que la traducción sea hecha sin la autorización del autor original y no se reconociera autoría original podría entenderse como usurpar la condición de autor de la obra y por tanto como plagio (Gimbernat Ordeig, 1995)

#### 1.1.5. El plagio involuntario. La criptomnesia.

La criptomnesia es un fenómeno más común en el ámbito musical, aunque puede darse en otros también. Fue Theodore Flournoy (1854 – 1921) quien denominó a este fenómeno la criptomnesia. El plagio mediante este fenómeno consiste cuando una persona reproduce una melodía pensando que es invención suya cuando realmente era una que ya había escuchado y permanecía en su conciencia. No recuerda dónde ni cómo los escuchó. Normalmente, una obra reproducida por criptomnesia puede tener parecidos importantes, pero al ser un simple recuerdo no es completamente igual. Es por eso que es más complicado de lo que aparenta que un caso de plagio haya sido causado por criptomnesia. Sin embargo, es una causa fácil de fingir y difícil de demostrar que no haya sido ésta la causa. Aunque en supuestos españoles no es tan común, si fue causa de absolución del famoso plagio de George Harrison, antiguo integrante de los Beatles (García Navas, 2015)

También es cierto que la criptomnesia no solo es algo involuntario, sino que totalmente inevitable. La única forma de evitar incurrir en criptomnesia sería mediante un aislamiento donde no se pueda percibir ninguna creación de otro (ni televisión, ni teatro, ni radio...).

Al igual que para detectar el plagio de una forma objetiva ya existen programas informáticos, la criptomnesia como algo totalmente subjetivo y de nuestra conciencia se detecta mediante un análisis interno (Barcat, 2008)

## 1.2 El plagio y la Constitución

Volviendo al caso “Musicalya” anteriormente mencionado, a principios del milenio la cadena Antena 3 es demandada por unos guionistas. Éstos defienden el haber sido plagiado un programa de televisión ideado por ellos. En la demanda éstos alegan la vulneración de uno de sus derechos fundamentales. Entienden el derecho de autor como un derecho fundamental teniendo en cuenta el artículo 20.1.b de la Constitución Española el cual dice:

*“1. Se reconocen y protegen los derechos:*

*b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. “*

Así pues, los actores alegan que de confirmarse el plagio se daría una vulneración de un derecho fundamental. Sin embargo, la demanda se desestimó, no solo por no aprobar esto, sino por resolver como que no hubiera lugar plagio alguno.<sup>1</sup> Entonces ¿En el caso de cometer plagio estaríamos yendo en contra de un derecho fundamental?

Existe cierta discrepancia respecto a la naturaleza del derecho de autor. Como hemos visto, la Constitución parece amparar el derecho a la creación artística y la propiedad intelectual dentro del título de sus derechos esencialmente fundamentales. Esta idea nos puede parecer de lo más razonable dado que puede ser una forma de protección de la cultura, haciendo la vulneración de ésta una problemática de interés público, como veremos que ocurre en el Derecho Penal.

En cambio, casi ningún jurista lo entiende de esta manera. Es predominante pues, la doctrina civilista defensora de que el derecho de autor deriva del derecho de la propiedad privada recogido en el artículo 33.1 CE., Por tanto, en la gran mayoría del mundo jurídico entiende el Derecho de Autor y la Propiedad intelectual como algo totalmente privado con un carácter únicamente patrimonial y económico (García Sanz, n.d.). Es decir, su único reflejo constitucional derivaría de un principio rector de la propiedad privada, pero nunca de un derecho fundamental.

Según los expertos, está claro que el Derecho de Autor y la Propiedad intelectual no es un Derecho Fundamental que se deba proteger como tal, de ahí que la Ley de Propiedad Intelectual no esté protegida mediante ley orgánica (García Sanz, n.d.)

---

<sup>1</sup> Sentencia TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm.19/2010.

De esta forma, habría que buscar a qué es lo que se refiere este artículo. Según parece, el artículo 20.1.b CE no habla de los derechos de autor como tal sino de la libre expresión artística, en concreto éste artículo recoge la “Libertad de Creación.” (García Sanz, n.d.)

Es entonces, cuando nos podemos preguntar si es la “libertad de creación” el motivo por el cual a la hora de clasificar algo como plagio la jurisprudencia pueda tener una tesis tan restrictiva, que su voluntad sea el proteger esta libertad de creación. Es a su vez lo que puede generar cierta incertidumbre sobre si el plagio, al ser una forma de vulneración de los autores, no afecta también a esa libertad de creación, ya que una creación está siendo atacada de cierta manera.

Sin embargo, es el propio congreso el que en su página web nos expone que “*Estas libertades están vinculadas con el derecho a la propiedad intelectual, desarrollado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 , de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual modificado recientemente por las Leyes 19 y 23/2006, y por la normativa que regula la propiedad industrial (la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas, y la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial). Con este derecho se requiere reconocer la libertad en este campo sin más límites que los impuestos por el ordenamiento, en particular en defensa de otros derechos fundamentales como pueda ser el derecho a la vida (art. 15 CE) o a la intimidad (art. 18.1)..*”<sup>2</sup>

Según nos exponen entonces, existe una posibilidad de creaciones casi infinita, la cual solo está limitada por lo que expresamente y estrictamente restrinja la ley, pudiendo casi confirmar la tesis de que de aquí derivan los criterios tan exigentes de los tribunales.

Por otro lado, no debemos olvidar que el plagio junto a otras formas de vulneración del Derecho de Autor está tipificado como delito en nuestro Código Penal, de forma que, aunque ciertos autores afirman lo contrario, este derecho de autor sí puede estar protegido mediante una ley orgánica.

Partiendo de una premisa totalmente diferente, parte de la doctrina asume que los derechos morales de los autores pueden proceder tanto del derecho a la integridad moral de la persona como del desarrollo de su personalidad, siendo derivados del derecho fundamental homónimo (Montesinos García, 2013)

---

<sup>2</sup> [https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis\\_pr.jsp?art=20&tipo=2](https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=20&tipo=2)

Aun así, por lo que parece a simple vista, la tendencia parece mucho mayor a llevar los casos de presunta copia por tribunales civiles y sobretodo mercantiles a llevar los asuntos por la vía penal y mucho menos mediante el recurso de amparo.

## 1.3 El plagio y el Derecho Civil

### 1.3.1. Cuestiones generales

Después de dar vueltas al plagio como vulneración del Derecho de Autor y la posición civilista que tienen los tribunales hacia éste, debemos resumir de una manera concisa y dar una definición a qué es ese Derecho de Autor, explicando posteriormente formas civiles de proteger este derecho.

En resumidas cuentas, según Díez-Picazo (2010) cabe entender la propiedad intelectual como el conjunto de Derechos que la ley confiere al autor sobre la obra producto de su inteligencia. Esta materia se regula en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Esta norma ha sufrido diferentes modificaciones desde su publicación, la última en 2019. La mayoría de estas modificaciones se ha dado a raíz de la normativa europea (Bercovitz, 2018)

Son dos los principios los cuales rigen la Propiedad Intelectual en temática de plagio. Primero, nos encontramos con el principio de “reducción de la protección”, donde nos aporta el mínimo necesario para que la nueva obra pueda ser una obra derivada y no plagiada. Por otro lado, nos encontramos con el principio de “principio de fungibilidad de la forma”, mediante el cual se protege la integridad de la obra (Galacho Abolafio, 2014)

Como hemos dicho anteriormente, el acto de plagiar puede verse como una conducta la cual vulnera tanto el derecho de reproducción como el de paternidad, ambos derechos civiles regulados en la LPI. A su vez, en el caso de que mediante el plagio se lleven ciertos cambios con ánimo de camuflar esta conducta, podemos apreciar un ilícito sobre el derecho de integridad de la obra, por no hablar de la vulneración sobre la explotación donde se haya mercantilizado o hecho cualquier uso lucrativo.

Son varias las diferencias principales para interponer acciones civiles en vez de penales, consistentes en, primero, que la acción civil no requiere culpa y tampoco perjuicio económico. No solicita la acción civil que la usurpación del derecho protegido sea o no sustancial, es decir, que derive en algún tipo de pérdida (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2018)

Resumimos brevemente en qué consisten los derechos que vulnera el plagio (paternidad y reproducción):

El Derecho moral de paternidad recogido a lo largo del artículo 14 LPI consiste en el derecho que tiene un autor con que se le vincule junto a una obra fruto de su ingenio. El Derecho de reproducción es uno de los Derechos Patrimoniales, regulado en el artículo 18 LPI, consiste en la mera producción de ejemplares de la obra, en temas artísticos puede tener ciertos problemas respecto al límite de derecho de transformación (altamente ligado con el plagio) y el derecho a copia privada.

El derecho de reproducción abarca lo relativo a la facultad para fijar una obra en el medio empleado para su comunicación (un CD por ejemplo). El derecho de transformación como límite del plagio está altamente ligado con los dos anteriores como con el derecho de integridad de la obra. Consiste en alterar la obra ya sea de forma fiel (adaptación) como simplemente coger varios elementos de ésta. A partir de la transformación se crean las obras derivadas de las que hablamos, para las cuales tiene que haber cierta originalidad e ingenio (Bercovitz Rodriguez-Cano, 2018).

### 1.3.2 Protección de las obras: depósito, registro y símbolos.

Antes de entrar en las acciones y protección en supuestos de plagio, es conveniente exponer primero brevemente ciertas formas de protección de las obras.

La primera de todas es el depósito. Hoy en día para que una obra goce de protección ya no es necesario que se deposite, sin embargo, sí lo fue durante años atrás. La presente figura consiste en entregar libros, folletos, grabaciones, mapas, videos y un largo etcétera a las oficinas de depósito que posteriormente entregarán estos ejemplares a la Biblioteca Nacional, Biblioteca Autónoma y otras de titularidad pública. Esta figura se fundamentaba en el interés cultural. Por un lado, se cultiva el patrimonio cultural y por otro se reconoce el derecho de autor haciendo posible la el acceso a la cultura de los ciudadanos.

Siguiendo con la protección, tenemos el Registro de la Propiedad Intelectual. Existen tanto Registros Territoriales por las comunidades autónomas como un Registro Central dependiente del Ministerio de Cultura (cuya función es la coordinación además de ciertos informes técnicos cuando se necesite). La inscripción es voluntaria y por tanto a instancia del interesado. La función del registro radica en dar publicidad y, por tanto, la inscripción nos otorga un medio más de prueba.

Por último, los símbolos indicadores de la reserva de derechos surgen tras la Convención Universal de Ginebra. Consisten en poner el símbolo © tras el nombre de la obra, autor y año. Tiene fines informativos y de publicidad, sin embargo, su utilidad y eficacia es escasa hoy en día (Rogel Vide, 2008)

### 1.3.3 La acción de Cesación

Tras darse un supuesto de plagio, el autor afectado posee la facultad para recurrir mediante esta acción, ya que como hemos visto el plagio puede incurrir en varios ilícitos civiles. El autor es, por tanto, quien ostenta la legitimación activa para esta acción.

La acción de cesación se contempla en el artículo 139 de la LPI.

La finalidad de esta acción consiste en el cese de la actividad ilícita, es decir, que se suspenda la explotación, retirando los ejemplares ilícitos, así como la posible destrucción y retirada de los instrumentos para la comunicación pública no autorizada (desde moldes hasta programas de ordenador). Ésta acción no afecta a los terceros que adquirieron el bien de forma lícita (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2018)

### 1.3.4 Acción de indemnización

La acción de indemnización es independiente a la acción de cese de la actividad ilícita. La indemnización de daños viene en el artículo 140 LPI. En esta acción la legitimación activa también la posee el autor presuntamente copiado.

Mediante esta acción se calcula la indemnización por daños y perjuicios mediante los criterios ya sean de las consecuencias económicas que haya sufrido la parte perjudicada como los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. Además, otra de las formas de calcular esto consiste en la remuneración que hubiera percibido el perjudicado en el caso de haber pedido el infractor la autorización pertinente. Junto a esto, se pueden calcular los daños morales incluso cuando no haya perjuicio económico. Ésta acción no debe interponerse contra un tercero de buena fe (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2018)

### 1.3.5 Arbitraje en materia de Propiedad Intelectual

Es cada vez más popular las formas alternativas de resolución de conflictos, principalmente en materia de Propiedad Intelectual lo es el arbitraje. Existen diferentes motivos para que este procedimiento sea cada vez más popular.

Una de las causas por las que es tan común llevar el proceso mediante arbitraje es que, mientras en los tribunales judiciales normalmente no se suele estar especializado en materia de propiedad intelectual, sí se puede acudir a un árbitro que lo esté. A su vez, la internacionalización de los bienes de propiedad intelectual y los problemas transfronterizos suele ser otra de las causas de elegir este procedimiento. La tercera causa es principalmente la agilidad con la que funcionan estos procedimientos en comparación con las jurisdicciones convencionales (Montesinos García, 2013) Finalmente, otra de las características por las que es popular usar esta vía es la posibilidad de llevar de forma secreta el arbitraje. De ésta forma, se preserva la imagen frente a la sociedad y el mercado (Germán Mancebo, 2014).

Los objetos de litigio que es posible llevar por la vía arbitral es algo también un poco ambiguo. En un principio, se entiende que problemáticas derivadas del Derecho de Reproducción es posible tramitarlas por ésta vía, por otro lado, también es cierto, que en materia de plagio el arbitraje no siempre suele ser una vía efectiva, ya lo más común es acudir a éste por acuerdo previo entre partes, mientras que el plagio es principalmente una problemática extracontractual. Además de ello, para que el arbitraje llegue a su fin es necesaria la colaboración entre ambas partes, que cuando se actúa de mala fe, como en el caso del plagio, no es posible. Obviamente, tampoco es posible cuando el supuesto entra dentro del tipo penal contra la propiedad intelectual (Montesinos García, 2013).

Quizás varias de las problemáticas del plagio podrían solucionarse mediante esta vía, ya que como hemos visto, varios de los problemas como la falta de especialización en la materia son la causa por la que el arbitraje puede ser más eficiente en materia de Propiedad Intelectual.

#### 1.3.6 Entidades de gestión

Las entidades de gestión consisten en entidades legalmente constituidas sin ánimo de lucro y autorizadas por la Administración cuyo fin es gestionar, en nombre propio o ajeno y por cuenta de autores y titulares de derecho, los derechos de propiedad intelectual. El ejemplo más común de estas entidades es la SGAE (Bercovitz Rodriguez-Cano, 2018).

Las entidades de gestión han sufrido diferentes modificaciones los últimos años por influencia europea.

#### 1.4. El plagio en el Derecho Penal

El plagio aparece como delito en el artículo 270 y ss. del Código Penal (en adelante CP) en los delitos contra la Propiedad Intelectual. El bien jurídico protegido en este caso entonces es el objeto de Propiedad Intelectual que regula el Derecho Civil (Tamarit Sumalla et al., 2008)

Antes de nada, es importante resaltar el principio de “*última ratio*”, es decir, que solamente se deberá acudir a la vía penal en los casos más graves (Germán Mancebo, 2014) A este principio, manuales como el de Ignacio Temiño (2015) lo denominan “principio de intervención mínima”, principio por el cual, solamente se interviene penalmente en los casos más graves, normalmente calificando la gravedad con el perjuicio económico causado, lo que puede dejar en situación de desamparo a autores menores o a aquellos donde no se ha plagiado la obra entera, sino que se ha dado un plagio parcial. Ahora pues, analizaremos punto por punto la calificación penal para saber en qué supuestos penales es considerado plagio. Aun así, ya que hemos dejado claro cuándo centraremos en los rasgos específicos del Código Penal, pudiendo subsidiariamente usar la vía civil mediante anteriormente explicada.

Respecto al tipo objetivo, habría que diferenciar el plagio con la reproducción, que aunque parte del mismo tipo penal no es el mismo supuesto, en el plagio hay una usurpación de la paternidad de la obra, la cual además que no tiene por qué ser completamente idéntica como en la reproducción.(Germán Mancebo, 2014) Algunos autores defienden la tesis de que el tipo penal no está correctamente redactado, debiendo modificar el término plagio (mucho más amplio) por el de transformación, para que no se de la mencionada confusión con la vulneración del derecho de reproducción. La diferencia entre la legislación civil y la penal en el uso del término plagio es una de las posibles causas de la intervención mínima por parte de los tribunales, la posibilidad de que actúen con miedo no habiendo unas pautas claras, creando por consecuencia unos criterios tan restrictivos. Para finalizar con el tipo objetivo, mencionar que nos encontramos ante un delito de actividad, no de resultado. Con la mera ejecución es suficiente independientemente de si el resultado concluye en la realización del delito o no.(Temiño, 2015).

Finalmente, aunque pueda ser una característica del tipo que a la hora de juzgar no sea determinante, mencionar el necesario “perjuicio de tercero”, donde el tercero, normalmente el consumidor de la obra plagiada, también se verá afectado de cierta manera al haber sido engañado. Para ello, la obra plagiada deberá haber sido reproducida, distribuida o comunicada públicamente (Temiño, 2015).

No se debe confundir el delito de plagio con el de falsificación, donde también tenemos una copia pero se mantiene la paternidad del autor. En el caso de falsificación estaríamos ante una estafa y por tanto el principal perjudicado o víctima sería el estafado, mientras que en el caso de plagio es el autor (Tamarit Sumalla et al., 2008).

Pasando entonces al tipo subjetivo, para poder encontrarnos en este supuesto es necesario que haya ánimo de lucro, que mediante el plagio se busque un beneficio económico directo. Existe entonces un tipo penal subjetivo doloso, para poder darse este tipo penal no es posible negligencia ni imprudencia, debe haber una voluntad (Germán Mancebo, 2014). Con la llegada de la piratería y todas las plataformas digitales, no son pocos los autores que defienden la tesis de no entender el ánimo de lucro como querer luego mercantilizar o hacer un uso económico, sino también el obtener una ventaja o ahorrarse el esfuerzo. Como ejemplo de esto puede ser la persona que usa el plagio musical para hacerse famosa sin recurrir a la monetización de su canción o en el caso de piratería quien accede a una plataforma de descarga o *streaming* mediante un método ilegal, no hay como tal un beneficio económico, pero sí existe ese beneficio a costa del esfuerzo ajeno (Temiño, 2015).

Aunque en los delitos contra la Propiedad Industrial del artículo 273 CP no mencionen como tal el plagio, hay quien sí considera que el plagio pueda llevar a este tipo penal. Puede suceder cuando, por ejemplo, un dibujo es tanto una creación artística como un signo registrado. Existe controversia sobre cómo deben imputarse estos delitos, si realmente caben dos tipos penales (de nuevo según criterios ambiguos como si la copia debe ser exacta o no). En el caso de que así fuera, la forma de imputarlos sería mediante el concurso ideal (Díaz y García Colledo, n.d.).

Además de todo esto, habría que mencionar que desde la reforma del 2003 estos delitos constan dentro de la lista de los delitos públicos, es decir, no es necesaria la denuncia por parte del perjudicado para que el delito sea perseguido. Es por esto que a partir de aquí la protección frente al plagio asume interés público, no solo privado, ya que parece de interés el proteger la cultura frente a estos ilícitos (Rodríguez Moro, 2011).

## 1.5 El plagio en el Derecho Internacional

### 1.5.1. El Convenio de Berna

Una de las problemáticas del plagio, como hemos visto cuando hablamos del arbitraje, es la internacionalidad de los conflictos. Al igual que, por ejemplo, otros tipos de propiedad de bienes materiales (una casa, un coche...) es mucho más sencillo determinar dónde y cómo se comete el ilícito o dónde resolverlo. Los temas de los bienes intelectuales parecen algo más complejos o por lo menos algo menos estudiados.

Hace ya más de cien años se firmó el convenio referente en materia de Propiedad intelectual, el Convenio de Berna, aunque no fue hasta la segunda Conferencia Internacional para la Protección de obras Literarias y Artísticas de septiembre de 1885 cuando participa España. Respecto al plagio musical, es en ese convenio cuando se prohíben adaptaciones, arreglos, modificaciones.. (Bartolomé, 2017).

El Convenio de Berna, cuya importancia reside sobretodo en la cantidad de Estados firmantes, se ha modificado hasta siete veces. Es en 1967 cuando mediante el Convenio de Estocolmo se crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la cual administra La Unión de Berna (los contratantes del convenio homónimo). Durante la Conferencia de Ginebra de 1996 se redactan los tratados relativos a ésta organización, donde no solo se reconocen los derechos morales de forma internacional (como el Derecho de Paternidad) y los derechos de exclusiva de reproducción (también relacionados con el plagio), sino que además acuerdan protección frente a medidas tecnológicas (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2018).

### 1.5.2 Derecho de la Unión Europea

Son muchas las Directivas aprobadas por la Unión Europea en materia de propiedad intelectual. Es constante su búsqueda de una armonización frente a estos derechos para poder unificar el mercado interior, lo cual también ha llevado a una amplia jurisprudencia respecto al tema (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2018).

Respecto al aspecto del plagio, debemos tener en cuenta la última directiva aprobada finalmente en 2019. Fue una Directiva polémica precisamente por sus criterios de *copyright*. Multitud de periódicos recogieron las campañas en contra de ésta normativa, hubo incluso quienes denominaron ésta directiva como "*censura instantánea*" (Méndez, 2019).

Lo que ocurre con las Directivas 2019/789 y sobretodo 2019/790 consiste en que los “prestadores de servicios para compartir contenido en línea” dejan de tener una responsabilidad limitada casi exenta para empezar a asumir cierta responsabilidad respecto a los contenidos que ofrecen en sus portales. De esta forma, si en plataformas como Youtube se cometiera un plagio la plataforma también se consideraría responsable. También en esta normativa hay ciertas excepciones, como cuando la plataforma es con fines educativos y sin ánimo de lucro (enciclopedias online) o de uso privado (una carpeta de Dropbox propia). De esta forma, la Unión Europea busca proteger los derechos de autores y editores (De Miguel Asensio, 2019).

Por lo que parece, esta directiva todavía no ha sido traspuesta en España ya que la última modificación de la normativa respecto a la Propiedad Intelectual traspone una Directiva dictada en 2014.

Por último, mencionar como curiosidad, los criterios de protección hacia el consumidor (normalmente en el Derecho europeo entendido como el vulnerable), o al autor a la hora de dictar sentencia frente a entes como las entidades de gestión. Esto ocurre en la Sentencia Padawan de 2010 donde trata los cánones debidos hacia las entidades de gestión. Mediante esta sentencia, ante la posible vulneración del derecho de reproducción, el Estado español interpuso una especie de compensación a base de sus presupuestos generales, lo cual, la Unión Europea volvió a resolver en contra mediante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2016.



## CAPÍTULO 2: EL PLAGIO EN EL ÁMBITO MUSICAL

### 2.1.- La música en el derecho.

#### 2.1.1.- La música y el derecho

A priori, la música y el derecho parecen mundos incompatibles. Asociamos el derecho a la solemnidad, a la formalidad y rigidez, mientras que la música, como a las artes en general, la asociamos con la creatividad, subjetividad, emoción y por tanto con la libertad. Aun pareciendo dos mundos totalmente diferentes tienen mucho más en común de lo que aparenta a simple vista. Para empezar, tanto el derecho como la música están presentes en todas las sociedades. Desde un punto de vista un poco antropológico, en todos los lugares y épocas han existido tanto normas que regulen la convivencia (aunque sea como el contenido mínimo del Derecho natural de la teoría de Hart) como una producción no aleatoria de sonidos que podemos referirnos como música (desde el cromañón que sopla la caracola, las partituras griegas o la actualidad). Son, por tanto, los dos, tanto el derecho como la música, una serie de costumbres, prácticas y ritos. Son parte del humano como ser social, parte de la inteligencia humana refinada, parte de nuestra cultura (Cabra Apalategui, 2019)

Así pues, tanto el derecho como la música se puede decir que van de la mano. Primero de todo por la función de divulgación de ideas que puede tener la música, las cuales pueden llevar a reflexión sobre temas jurídicos y derechos fundamentales (como puede ser una canción protesta). Por tanto, se debe tener en cuenta la facilidad de transmisión de éstas mediante las plataformas actuales, como la importancia de la música en redes sociales (Pérez Domínguez, 2019.) La música es una de las ilimitadas formas que posee el ser humano para comunicar tanto ideas, como sentimientos (Temiño, 2014)

Al hablar de la importancia de cómo la música y el derecho van de la mano (no solo la música sino cualquier expresión artística) debemos hablar de la regulación jurídica de la música, ya que a través de esta relación ha venido el paternalismo y censura, pero también el progreso moral y la libertad. Aunque también sea cierto que muchas veces las letras de las canciones suelen estar más asociadas con la literatura que la música como tal, dentro de la música existe un amplio campo para regular, desde los derechos patrimoniales (difusión, reproducción, distribución...) pasando por los límites de la libertad de creación, ambos campos donde puede afectar la regulación del plagio (Cabra Apalategui, 2019).

### 2.1.2 El concepto de música en el Derecho: La obra musical.

Antes de nada, para poder hablar sobre la protección de la música debemos responder a la cuestión de qué entiende por música el Derecho español. Debemos identificar el objeto sujeto a protección, en este caso la obra musical.

La LPI identifica el concepto de obra musical en su artículo 10.1.b haciendo referencia a las composiciones musicales lleven o no letra. Ante la escasa definición de obra musical debemos añadir la definición doctrinal la cual expresa que son creaciones que usan como medio los sonidos para la expresión de sus ideas. Esto puede hacerse mediante instrumentos, voces, elementos de la naturaleza, ruidos y un largo etc. Fue en 2004 cuando la Audiencia Provincial de Barcelona dictó que es posible proteger música basada en sonidos electrónicos siempre que el ordenador haya sido usado como instrumento y el compositor haya influido de manera decisiva, no habiéndose producido la composición de manera aleatoria.

Los tribunales también defienden otras características a la hora de proteger una composición musical, como, por ejemplo: no se exige que la composición haya sido mediante las reglas y estructuras tradicionales, ni tampoco un soporte concreto, pudiendo llegar a protegerse ciertas improvisaciones. Además, como analizaremos a continuación, la originalidad posee el papel fundamental (Ruipérez Azcárate, 2012). Por otro lado, para entender la creación musical como una disciplina artística debemos entender la obra musical como la estética de la armonía de sonidos y silencios (Vega, 2018). Otra definición posible es la que hace referencia a la obra musical como ordenación de sonidos con significado (Temiño, 2015).

A pesar de ello, esta definición tan amplia se debe a no poder proteger exclusivamente a criterios de gustos o a que atienda a las buenas costumbres, de forma que no sea posible reconocer como obra únicamente la que atienda al gusto del legislador o el juez del momento.

Esta definición tan amplia pues, sirve para que puedan ser protegidas una diversidad de obras y no queden en desamparo aquellas que puedan tener, por ejemplo, cierta connotación política. Por lo tanto, las obras se deberán proteger independientemente de si estéticamente son complacientes, la función que tengan las obras (entretener, criticar, expresar...) y con ello la complejidad por la que estén formadas (Sánchez Arísti, 2005).

Ante esta definición de obra musical que nos otorga el Derecho, surgen ciertas dudas. Bien es cierto que al ser un concepto tan amplio el de obra musical es adaptable a una gran cantidad de situaciones que pueden darse, deberíamos plantearnos sobre los límites de esa obra musical. Para poder expresar esta idea nos remitimos a cuando Yoko Ono presentó dentro de su disco "Fly" el tema *Toilet Thoughts*<sup>3</sup>, donde se reproduce el sonido de una cadena de retrete.

Dadas las características necesarias parece que esto podría entrar en los criterios reguladores de Propiedad Intelectual. Aunque también es cierto, que si a quién crea una obra de forma electrónica se le exige que no sea un sonido aleatorio sino "organizado" por el autor, deberíamos ver si la cadena del retrete es un sonido aleatorio o con una estructura organizada a voluntad de la autora.

Algo, que, aunque parezca no tener importancia puede ser curioso es, qué ocurre cuando se crea un sonido nuevo. No nos referimos a una obra con un sonido totalmente original, sino por ejemplo al sonido producido por un instrumento nuevo o como ocurre ahora con un programa de ordenador.

Así pues, recalcar la importancia que tiene la originalidad de una obra para poder gozar de protección, además de la importancia de la originalidad a la hora de calificar un plagio. A su vez, la abstracción del término originalidad es otra de las causas por la que es tan complicado determinar un plagio.

Otro de los problemas para abordar respecto al plagio en la música y en la Propiedad Intelectual de ésta, reside principalmente en que, mientras un libro una vez escrito y editado está listo para ser leído, sin embargo, la música cuenta con el factor de tener que ser interpretada, que normalmente no coincide con el compositor.

### 2.1.3 La interpretación

Una de las cuestiones que más controversia ha creado en este tema versa en que a diferencia de cualquier otra disciplina artística o científica, normalmente sólo tiene importancia el autor como tal, sin embargo, aquí también tenemos la interpretación del artista que cada vez puede ser diferente.

---

<sup>3</sup> Escuchar *Toilet thoughts* <https://www.youtube.com/watch?v=NPvQvHRUgyQ>

Es decir, en un libro tendríamos en cuenta solamente el autor de la obra, sin embargo, cuando en la música nos referimos al artista, no tiene por qué ser el autor, también puede ser el intérprete. Esta interpretación es importante si tenemos en cuenta que la obra musical está preparada para ser transmitida por la escucha, la partitura es una mera forma de transcribir el mensaje.

Ante esta problemática, el ordenamiento español dota de cierta protección al intérprete, aunque como autor se proteja al compositor. Es decir, en el caso de protección frente al plagio el dañado sería el compositor más que el intérprete.

El tema de la interpretación en el ámbito musical va mucho más allá, teniendo en cuenta que los intérpretes muchas veces hacen ciertos cambios sobre la obra. Hay quienes modifican el tono para poder adaptarlo mejor a su voz. También está quien añade ciertas modificaciones para adornar la obra o incluso usar diferentes medios e instrumentalización. Así pues, es difusa la línea entre mera interpretación y arreglos, lo cual, está ligada a la problemática del plagio partiendo de que la obra derivada puede estar protegida frente a ésta por su carácter de originalidad, pero la interpretación no.

En este punto también es realmente importante destacar, de nuevo, el problema de que la partitura como tal es una forma de transcripción de la música, que viene ser el modo mediante el cual quienes analizan el caso el plagio lo hace. Sin embargo, estamos ante el caso de que esa música está preparada para ser interpretada y pueden darse dos supuestos. Por un lado, que a la hora de interpretarse las dos obras suenen totalmente diferentes o por el contrario, que aunque ante la partitura parezcan diferentes al ser escuchado suene muy similar, como ocurre en el supuesto de “me gustas tú” que analizaremos más adelante.

A la hora de los cambios que se hacen a la hora de la interpretación, como matices, fraseos o digitación, son denominados “ediciones críticas”. Los cambios realizados en esta situación suelen referirse como derivados “sui generis”, ya que aporta novedades expresivas y literarias a la hora de anotar los fraseos y matices. Esta edición crítica puede estar protegida por la Propiedad Intelectual en materia de propiedad del editor más que de autor (Sánchez Arísti, 2005, 377)

## 2.2. Los criterios del plagio musical

### 2.2.1. Propiedades generales de la originalidad

Principalmente, el trabajo de composición no puede consistir en aplicar ciertas reglas parte de la rutina musical. Debe conllevar cierta creación artística. No es posible calificar como creación la transcripción de una obra o la adaptación (Ruipérez Azcárate, 2012).

También es cierto, primero, que el recurso de cambiar de tonalidad una obra o adaptarla a la hora de transcribirla suele ser una de las maneras de camuflar el plagio, ya el cambio de tonalidad suele conllevar un cambio de “color” en la obra, un mecanismo de darle un toque diferente. Por otra parte, también debemos tener en cuenta que en el caso de que esa adaptación sí conlleve cierto grado de creatividad y esfuerzo puede ser considerada como obra derivada, como podría ser el caso de una obra ligera (como se denomina a la música popular como el Pop, Rock...) llevada al ámbito clásico o lírico (Sánchez Arísti, 2005).

Tampoco podemos caer en denominar plagio cualquier similitud derivada del género y cultura que rodea la obra musical. Es casi imposible crear algo totalmente nuevo que no tenga ningún tipo de inspiración en obras anteriores. Es por ello que en este ámbito tiene importancia, la que hemos denominado anteriormente, la originalidad subjetiva. No solo se examina si objetivamente es una creación nueva, cosa que cada género musical al tener ciertas normas sería complicado examinarlo por sí solo, sino si la composición lleva consigo ciertos rasgos de la personalidad del autor. De todas formas, la cuestión sobre si los arreglos deben tener protección de obra derivada es una de las mayores discusiones en esta temática, donde no hay una única posición (Grillo Bartolomé, 2017).

### 2.2.2. Los elementos de una obra musical y la originalidad.

A la hora de analizar si una obra musical es constituyente de plagio o no, es necesario examinar los diferentes elementos que pueden darse en una obra musical y que se analizarán individualmente a la hora de determinar el plagio.

#### **A) Melodía**

La melodía es definida por el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid en la sentencia del 13 de enero de 2010 como “*la sucesión organizada de notas de tono y su duración específica, enlazadas en el tiempo*” (Ruipérez Azcárate, 2012, pág 93).

La melodía tiende a ser el elemento más significativo de la obra y por tanto no solo el primero por el que detectar la similitud, sino el elemento principal que tienen en cuenta los tribunales. Parte de la doctrina defiende que ésta es el elemento que otorga la originalidad y por tanto el plagio, ya que la armonía o el ritmo por sí solos no pueden contar con originalidad suficiente, a diferencia de la melodía.

Sin embargo, esta corriente doctrinal como jurisprudencial puede caer en un simplismo que llegue a desproteger las obras. Por un lado, el plagio de la melodía es detectable frente a cualquier oyente sin necesidad de conocimientos musicales, pero en el caso de que se modifique con intención de camuflar la copia (como ocurre en el plagio) éste oyente medio ya no sería tan capaz de detectar el plagio, para lo que sería necesario contar con el resto de elementos. Además de que (Sánchez Arísti, 2005). Respecto al test de oyente medio hablaremos en uno de los próximos apartados.

## **B) Armonía**

La armonía consiste, según la Real Academia Española, en “la unión y combinación de sonidos simultáneos y diferentes, pero acordes.”, siendo pues “el arte de formar y enlazar acordes” (Ruipérez Azcárate, 2012). A su vez, la Real Academia Española define acorde como “conjunto de tres o más sonidos diferentes combinados armónicamente.”

Aunque no se trate de un supuesto español, es cierto que “el caso *Creep*” ha tenido mucha relevancia en el panorama internacional. La banda británica Radiohead demandó a la estadounidense Lana del Rey por plagio del famoso tema británico *Creep*<sup>4</sup> mediante su tema *Get free*<sup>5</sup>. Realmente, esta demanda se basa en los acordes usados por la estadounidense que vienen a ser los mismos que los del tema *Creep* y que son tan característicos del tema. Lana del Rey alegó ofrecer el 40% de los derechos de su tema, sin embargo, Radiohead lo rechazó interponiendo la demanda por plagio en la que solicitaba el total de las ganancias de la estadounidense por el tema (AFP, 2018). Por lo que se sabe, el asunto se resolvió mediante un acuerdo del que no se ha dado información, aunque por lo que parece es el equipo de Lana del Rey el que mantiene sus derechos sobre el tema *Get Free* (Bravo, 2020).

Es este supuesto, el que nos puede llevar a pensar si el uso de una secuencia de cuatro acordes debe estar protegido por el derecho.

---

<sup>4</sup> Escuchar *Creep*: <https://www.youtube.com/watch?v=XFkzRNyyqfk>

<sup>5</sup> Escuchar *Get Free*: <https://www.youtube.com/watch?v=axRMZqUNVEw>

En el caso de que esto sea así muchísimos temas de pop y música ligera en general incurrirían en plagio, ya que se basan en una secuencia de los mismos cuatro acordes. De todas formas, es cierto que la secuencia de los cuatro acordes usadas en el tema de “Creep” es realmente característica y cualquier otra obra que los use puede recordarnos al tema de Radiohead.

### **C) Ritmo**

Entiende el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de nuevo en la sentencia publicada por el caso “Aserejé”, la distribución del material sonoro en el tiempo.

Aunque un ritmo sí puede tener cierta originalidad, no suele darse una protección por sí sola, principalmente, de nuevo, porque es común que en un mismo género se repita un mismo patrón rítmico.

### **D) Letra**

Dado que la forma de detectar el plagio es mediante la lectura de un texto y no de una partitura ni un análisis sonoro, detectar el plagio en la letra es la forma más simple de hacerlo. Sin embargo, la letra suele relacionarse con el plagio lingüístico más que el musical per se. No solo eso, sino que la letra por sí sola puede tener la capacidad suficiente como para considerarse obra protegible de forma independiente. Es de esta forma, una de las maneras más sencillas de detectar el plagio, ya que como analizamos en el primer capítulo, el plagio lingüístico suele ser más sencillo de detectar que el plagio musical, además de que existen un mayor número de maneras y criterios a la hora de detectarlo.

### **E) Instrumentalización y orquestación de la obra**

Aunque en un principio ésta no sea una de las características principales a la hora de determinar la originalidad de una obra, sí suele ser útil a la hora de analizar el plagio en las obras derivadas, ya que analizando ésta puede saberse si estamos ante un simple arreglo o no.

La importancia de la instrumentación versa sobre la diferencia en una obra creada para piano que, por ejemplo, otra creada para clarinete. No solo esto, sino que además, la sensación sonora que se produce entre los diferentes instrumentos también conlleva una intencionalidad estética.

Los matices creados por cada instrumento podrían determinar el plagio en el momento que buscan un efecto determinado. Es el efecto determinado lo que puede llegar a ser incluso sustancial de la obra por determinar la personalidad del autor (Galacho Abofallo, 2014).

### 2.2.3. La originalidad en los arreglos

Los arreglos musicales vienen en el ordenamiento jurídico español como una de las obras derivadas. Para poder considerarse algo como obra derivada y gozar de la protección frente al plagio es cierto que debe gozar de cierta originalidad, al igual que cualquier obra. Sin embargo, la cuestión sobre la originalidad en los arreglos musicales es algo que ha sido motivo de discusión.

No fue en tribunales españoles sino en los estadounidenses donde se discutió sobre la originalidad de éstos. Resulta, que hay quienes defienden que los arreglos musicales no pueden gozar de originalidad, sino éstos un simple acompañamiento a lo verdaderamente protegible. No trata la cuestión sobre si la melodía es lo único protegible sino más bien, al igual que como ha ocurrido con la música electrónica, si el acompañamiento es un trabajo creativo o un simple trabajo mecanizado, regido por unas reglas basadas en la armonía antes expuesta. Si los arreglos, hechos por especialistas en la materia, son verdaderamente algo creativo o el acompañamiento es algo mecanizado y estructurado.

Finalmente, el tribunal decide qué se deberá analizar caso por caso, no siendo posible una posible solución ante todos los casos, donde habrá algunos más mecánicos.

Realmente, pensar que los arreglos son algo puramente mecánico es desconocer realmente el mundo armónico. Ante una misma melodía pueden darse diferentes arreglos, que puede ser que cambien totalmente la obra o solo ligeramente. Aun así, sí es cierto, que el hecho de transportar una obra a otro tono sí puede ser algo totalmente mecanizado, aunque éste último que va tan ligado a la posterior interpretación más que a la obra en sí.

La SGAE en sus estatutos declara a la hora de recoger arreglos protegerlos de la manera denominada "obras de pequeño derecho".

### 2.2.4. El criterio subjetivo

Aunque no hayamos podido identificar en las sentencias que se haga referencia a éste criterio subjetivo, es necesario mencionar esta figura dada su importancia.

El criterio subjetivo trata sobre la personalidad del autor. Como vimos en el primer capítulo al hablar del plagio artístico, podemos encontrarnos con dos vertientes de la originalidad. Por un lado, la más objetiva donde se hace un análisis preciso de si es obra idéntica o no, por el otro subjetiva, si se refleja la personalidad del autor o no.

El autor Galacho Abolfalio nos explica cómo detectar esa personalidad del autor. Según dice, cada autor a la hora de componer su obra busca ciertos elementos y usa unos recursos para poder transmitir correctamente una sensación sonora. Mediante la elección de diferentes recursos antes contemplados (armonía, melodía...) y la combinación de los mismos busca conseguir cierto efecto estético.

A todo esto, para poder acercarnos al estilo del autor, debemos tener en cuenta los diferentes patrones a modo de recurso que se darán en la mayoría de sus obras, como parte de su técnica compositiva y sus gustos. Sin embargo, estas coincidencias y patrones suelen ser muy similares siempre en la música ligera como el pop, por lo que al carecer de originalidad también supone una problemática su protección (Galacho Abolfalio, 2014).

#### 2.2.5. La protección de la idea

Fue en Estados Unidos, concretamente en el caso Erickson V. Blake, donde se plantea esta idea. El supuesto versa sobre dos autores donde crean una obra musical en base al número pi, haciendo principalmente una asignación entre notas y números. Sin embargo, el asunto se zanja mediante la absolución del demandado. La premisa del tribunal a la hora de juzgar consiste en que no es posible proteger el método mediante el que se ha efectuado, sino la obra como tal, la cual, sufría de diferencias como que mientras una era toda una sinfonía la otra era un canon (Galacho Abolfalio, 2014).

### 2.3. Criterios jurisprudenciales alternativos.

Mientras que en el primer capítulo vimos los criterios usados por los tribunales españoles a la hora de calificar el plagio, procedemos a exponer otros criterios usados (normalmente en Estados Unidos) a la hora de determinar el plagio musical.

Estos criterios suelen usarse sobre todo como complemento del análisis exhaustivo previo de todos los elementos que configuran la obra. Suele recurrirse a estos criterios jurisprudenciales sobre todo cuando aún el análisis muestre que son obras con diferencias, el resultado final nos hace derivar en un recuerdo hacia la obra original (Galacho Abolaño, 2014).

La mayoría de estos criterios jurisprudenciales están basados en el sistema estadounidense donde por su tradición de producción musical son mucho más comunes los casos de plagio, para los que además es común el uso del jurado (Temño, 2015).

#### 2.3.1. El test del oyente medio

Es en el asunto donde una cadena llamada ADN es acusada por plagio de la famosa canción *Me gustas tú*<sup>6</sup> de Manu Chao, donde se habla del test del oyente medio. Dejando de lado las cuestiones más procesales como la legitimación para interponer la demanda, en este caso se tratan varias cuestiones sobre la prueba.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 21 de junio de 2011, como perito se presentan varios expertos en materia musical. Son éstos los que hacen un análisis objetivo sobre la melodía, armonía, ritmo, tonalidad, carácter y tímbrica además de la letra. Ante un análisis tan exhaustivo, la parte demandada se respalda en la jurisprudencia del TS (que hemos analizado en el primer capítulo) donde dice que para darse plagio debe ser una copia idéntica. Finalmente, el tribunal resuelve que, aun siendo similares, al no ser todos los elementos de obra idénticos no incurre en plagio. La parte actora, a modo de defensa hace alusión al conocido “test del oyente medio”. Este test consiste en que, una obra aun no siendo totalmente idéntica causada por un cambio de tono (como ocurre en este caso) o algún otro elemento concreto, se puede entender como plagio si un oyente medio a la hora de escuchar ambas es capaz de percibir ese parecido sustancial, aun notando también ciertos cambios que pueden darse a la hora de querer “disfrazar” el plagio.

---

<sup>6</sup> Escuchar *Me gustas tú*: <https://www.youtube.com/watch?v=rs6Y4kZ8qtw>  
Ver anuncio ADN: <https://www.youtube.com/watch?v=JNb7spTNxSs>

Es lo que defiende la parte actora, tanto el spot publicitario como la canción *me gustas tú*, a la hora de ser analizadas exhaustivamente pueden darse diferencias, sin embargo, a la hora de escuchar el spot, según el perito de la parte actora, es imposible no relacionarlo con la canción. Pese a esto, para poder darse adecuadamente este test del oyente medio le son exigidos ciertos requisitos, sobre todo respecto al estudio de esos oyentes, ya que este recurso de test de oyente medio puede caer en demasiada subjetividad y aleatoriedad.

Quizás una de las soluciones frente a este supuesto hubiera sido demandar el plagio presentando la letra como independiente, centrándose en la letra como independiente y dejando de lado el análisis de la estructura musical y la sensación sonora. Habiendo llevado el supuesto mediante el plagio lingüístico el resultado seguramente hubiera sido más favorecedor para el actor, ya que es en esta parte de la canción donde es más fácil detectar el parecido.

Sin embargo, centrándonos en el supuesto, debemos recordar, que la música como disciplina artística es la que nos transmite ideas mediante los sonidos, por tanto, se perciben mediante la escucha. A la hora de la escucha de dos obras con cierto parecido, en nuestro cerebro se perciben las mismas sensaciones sonoras, por lo que cuando dos obras incurren en plagio, normalmente percibimos la misma sensación sonora. El problema ocurre cuando dos obras que solamente incurren en un plagio parcial o en alguno de los elementos, nuestro oído por sí solo no es capaz de generar esa sensación sonora plagiaria, como ocurre en la publicidad subliminal (Grillo Bartolomé, 2017, pág 190).

En litigios estadounidenses, donde por su cultura de producción musical controversias de este estilo son mucho más comunes, sí se ha aplicado este test del oyente medio. A este tipo de prueba también se le ha denominado “test del observador ordinario” o “test de la audiencia”. Se entiende como una solución realista a la hora de detectar la semejanza sustancial, aunque también sea necesario el análisis pericial que aporte qué características son originales y cuales pueden incurrir en plagio. Sin embargo, como aspecto general de la obra, el test del oyente medio puede dar resultados positivos. Además, el informe pericial también puede ser criticado partiendo de que el perito seleccionado para hacer el análisis no sea conocedor del estilo o género de la obra ante la que nos encontremos, como se ha dado en varias situaciones (Sánchez Aristi, 2005, págs.343-344).

No en la música, sino en las obras plásticas, donde podemos encontrar una sentencia que hace alusión a un criterio muy similar a este del oyente medio.

En la sentencia del Juzgado De lo Mercantil num. 1 de Alicante de 17 de junio de 2011, a la hora de pronunciarse sobre la manera de analizar el plagio nos habla de comparar la sensación o efecto a considerar es la global, la de todos los elementos de la obra en su conjunto y no una comparación de los elementos individualmente analizados. Nos habla la sentencia sobre la sensación e impacto visual que genera la combinación de todos los elementos unidos en la obra (Temiño, 2015).

### 2.3.2. El test de las abstracciones.

El test de las abstracciones consiste, en resumidas cuentas, en hacer un análisis de la obra buscando cuales son las figuras que derivan de la cultura popular y estilo; y cuales derivan de la expresión propia del autor. Mediante esta prueba se deberá determinar el qué de la obra compone su identidad sustancial. El test debe hacerse de forma continua, comenzando con una idea general y posteriormente detallando cada vez más para llegar a una idea concreta y compleja. A algo similar alude la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 5 marzo de 2004, donde hace referencia a un análisis gradual de las aportaciones que en el conjunto dan lugar a la obra nueva (Galacho, 2014).

### 2.3.3 La doctrina de la copia mínima.

Realmente este es un criterio donde no se ha establecido un consenso como tal. Según esta doctrina, el juez deberá basarse en la cantidad e importancia de lo copiado. Por lo que da a entender, según este criterio cualquier mínima copia ya puede ser ilícita, aunque sea en su respectivo grado. De todas formas, la importancia de los extractos puede variar tanto según la obra que difícilmente se podrá establecer un criterio común (Galacho, 2014) Frente a esta doctrina, analógicamente podríamos referirnos al plagio académico, donde el umbral de similitud para poder considerarse plagio versa en el 35%. De esta manera, aunque sea en el ámbito de la letra donde tienen en común el área lingüística podría ser una de las soluciones.

### 2.3.4. Bifurcated test o *intristic and extrinsic test*.

Consiste en un criterio muy similar al del oyente medio, con la diferencia de que se realiza en dos pasos distintos. Primero, se debe comprobar si se ha copiado de otra obra, una vez analizado esto se debe calificar si se ha realizado una apropiación indebida o no. Mediante este test se permite analizar la obra de diferentes modos y para diferentes propósitos.

El test, tras las modificaciones en diferentes casos, viene a ser una mezcla entre primero el análisis pericial del experto y posteriormente el test del oyente. Sin embargo, el test hace referencia a una copia general, no a una donde se trabaje con las aportaciones expresiones concretas del autor demandante, y son objeto de protección (Galacho,2014). Esta doctrina parece lo adecuada para el plagio en el ámbito más puro de la música (melodía, armonía. etc...), sin embargo, el área lingüística posee de métodos con mayor objetividad como los antes citados (*softwares*, peritos...) pudiendo prescindir de la opinión subjetiva del jurado.

#### 2.3.5. *Striking similarity* (similitud chocante).

Es otro de los criterios adoptados por los tribunales estadounidenses, de nuevo, desde la perspectiva de una persona media. Lo característico de éste criterio es que lo que se busca no es calificar si el parecido es tan sorprendente que sea imposible el que sea una obra independiente. La doctrina es aplicada en contextos donde se encuentre sin probar el indispensable previo acceso del demandado a la obra del demandante (Temiño, 2015).

### 2.4. Estilos de música y los límites con la originalidad

#### 2.4.1. La música clásica

Es en la música clásica donde se encuentran los primeros casos registrados de plagio. Sin embargo, hoy en día es mucho menos común encontrarnos con un caso de plagio en este entorno. Para poder solventar las referencias a otras obras, como una especie de cita, la música clásica cuenta con las denominadas “variaciones” y las “ediciones críticas” (Temiño, 2015). Dada la complejidad que desprende la creación de una obra de este género, tanto la protección de la obra como consecuentemente, la calificación de plagio, debería ser mucho más sencilla (Ruipérez Azcárate, 2012).

#### 2.4.2. La música folclórica

A modo de curiosidad, al igual que en el primer capítulo analizamos cómo Antena3 no incurrió en plagio al basarse en un juego de dominio público (el juego de la Oca), lo mismo ocurre con la música. Es conocido el caso de Shakira con su conocida canción *Waka Waka*, donde tras haber sido acusada de plagio por Wilfrido Vargas afirmando que era una copia de su tema “El negro no puede”, en ningún momento llegó a términos judiciales, ya que ambas partían de una canción tradicional camerunesa denominada *Zangalewa*, siendo este entonces un *sample* lícito (Villarino, 2019).

Por otro lado, sí es cierto que los arreglos derivados de esta música popular entendida como música tradicional y de dominio público sí pueden ser protegidos. Es decir, los arreglos de una canción tradicional pueden ser susceptibles de protección. Por tanto, mientras una canción tradicional al ser de dominio público no puede protegerse como obra original, los arreglos derivados del intelecto del músico sí.

Junto a esto, no podemos pretender entender como antónimos la Propiedad Intelectual y la cultura popular, debiendo reconocer los derechos de autores que pertenecen a géneros típicos de la cultura popular. Estamos hablando pues de autores de géneros como el flamenco, donde la complejidad de sus obras las dota de gran originalidad, usando al mismo tiempo recursos de la cultura popular que caracterizan el estilo (Temiño, 2015)

En el caso de las letras, debemos tener en cuenta el idioma de origen. Una traducción sin mencionar el autor original o la obra original podría derivar en plagio. Aun así, volvemos a recordar que las letras tradicionales no pueden ser protegidas de estas acciones ya que son también parte de dominio público.

#### 2.4.3. Música ligera

La música ligera hace referencia hacia la música que usa unas estructuras básicas con finalidad de consumirse rápido. Se trata de toda la música que asociamos con música moderna (pop, rock, rap...) las cuales tiene unas estructuras muy generales que normalmente se repiten. La problemática respecto a estos géneros consiste en que al repetirse constantemente las mismas estructuras son más difíciles de encontrar los elementos que definen la original en una obra musical (Ruipérez Azcárate, 2012). Todo esto lo encontramos ya que según ciertos estudios sociológicos, la similitud entre obras concluye en la facilidad de comprensión y apego hacia los temas musicales (Temiño, 2015).

Es aquí de donde deriva el mayor número de casos de plagio musical que llega a los tribunales. Son varias las causas de las que deriva este fenómeno además de los patrones propios del género. La primera de ellas consiste en las modas, no solo el género de por sí ya es limitado, sino que en cada momento se vuelven populares ciertos recursos, tendencias que los que muchísimos autores los acaban usando como fórmula para un mayor éxito. Junto a esto, la relevancia económica de dichas obras, ya que el noventa por ciento de los ingresos por explotación de obras musicales deriva de este género (Temiño, 2015).

Respecto a la parte más lingüística, mencionar también que no solo los patrones musicales se repiten, sino que las letras de la música pop también suelen acarrear ciertos patrones y temáticas comunes. Según el autor Gómez Capuz (2004) en su estudio sobre letras pop, estas gozan de poca protección y estudio dado su sentido banal además de poco interés literario per sé. El sector donde podría tener interés las letras pop es más en un ámbito sociológico donde se analicen las masas de cada época que en uno como el jurídico o el lingüístico.

#### 2.4.4. El rap

Solamente dar unas pinceladas y aclarar que en el caso del rap en concreto, al ser una música monotonal (con un único tono, sin variación o complejidad melódica) el plagio en este género suele tener que juzgarse por la vía del plagio literario, ya que es en la letra donde realmente deberá residir el problema (Temiño, 2015).

#### 2.5. La obra musical derivada

Como ya hemos visto, la obra derivada puede verse de diferentes maneras, empezando por los arreglos musicales los cuales ya hemos tratado. Además de esto, podemos encontrar la obra derivada en el momento en el que un autor decide trasladar una obra a otro género, lo cual, suele poder justificarse a través de la “parodia” (Temiño, 2015).

Son cada vez más frecuentes los casos donde diferentes intérpretes suben versiones nuevas y *samples* sobre obras conocidas y no tan conocidas. Por ello, es importante investigar qué ocurre con estas obras y si pueden incurrir en plagio o no.

Las variaciones no aparecen, como tal, recogidas en la LPI, sin embargo, podrían entender como *“composiciones que resultan a partir de los desarrollos a que es sometido un tema musical preexistente, de manera tal que tras realizarse una exposición inicial del tema básico éste se va sucesivamente repitiendo con un revestimiento expresivo en cada ocasión.”* (Sánchez Arísti, 2005, pág. 380).

##### 2.5.1. Samples o muestreos

Los *samples* son cada vez más comunes, a medida que la música electrónica domina el terreno musical esta técnica adquiere importancia, por eso es necesario explicar qué ocurre con esta técnica.

El *sampling* consiste en una serie de sonidos grabados son registrados digitalmente, de forma que podrán usarse en posteriores grabaciones. Así pues, el *sampling* consiste en tomar una muestra que podrá ser usada posteriormente (Sánchez Aristi, 2005). Es por esta muestra que la traducción al español es “muestreo”, aunque usualmente se use el anglicismo. *Sampling* puede ser cuando por ejemplo en algunas obras se usa el sonido de lluvia, campanas o un cristal rompiéndose. Mediante esta técnica nos referimos a sonidos extraídos de grabaciones anteriores usadas para nuevas canciones. El sonido puede ser cogido en crudo, tal cual o puede estar modificado mediante procesos de síntesis y efectos. Con *sample* también puede hacer referencia a una frase o una secuencia (Smith, 2020)

Algo que hace destacar a los *samples* respecto al tema del plagio es que normalmente mediante esta técnica se busca que el oyente haga la referencia con la obra original. Es por esto, que cuando escuchamos un tema el cual usa este recurso podemos pensar que es idéntico o casi idéntico a otro, pudiendo pensar incluso que esta nueva incurre en plagio. Un ejemplo muy típico de un *sample* es el que usa Madonna en su canción *Hung Up*<sup>7</sup>, para la cual usa el inicio de *Gimme! Gimme! Gimme!*<sup>8</sup> de Abba. Incluso en la canción de Madonna cuando se escucha un reloj al principio también podría considerarse un *sample*.

En principio entendemos que mediante ésta técnica es posible crear obras con la originalidad suficiente como para denominarlas obras derivadas. El problema reside en cuando, al igual que en cualquier obra derivada, no se solicitan los permisos necesarios para llevarlo a cabo. En otros países se ha llevado a la discusión de si los muestreos son parte del uso legítimo “*fair use*” o por el contrario son una vulneración de la propiedad intelectual, lo que se ha resuelto de la segunda forma. Es por ello que se le aplican las normas de la obra derivada (Sánchez Aristi, 2005) Mencionar finalmente que las letras también pueden ser objeto de *sampling*.

#### 2.5.2 mashups o popurrís

El popurrí consiste en la unión de diferentes canciones mediante *samples* de éstas, para las cuales no solo se hacen los ajustes necesarios, sino que también se crean transiciones idóneas. El problema de los popurrís reside en su poca originalidad y por tanto es casi imposible que sean protegibles por la Propiedad Intelectual (Sánchez Aristi, 2005)

---

<sup>7</sup> Escuchar *Hung up*: <https://www.youtube.com/watch?v=EDwb9jOVRtU>

<sup>8</sup> Escuchar *Gimme! Gimme! Gimme!* <https://www.youtube.com/watch?v=XEjLoHdbVeE>

### 2.5.3. Cover o soundlike

Se trata de nuevas versiones de artistas diferentes al autor sobre obras que tienen derechos de propiedad intelectual. Es decir, un artista, normalmente de menos prestigio que el original, interpreta una versión de una obra de cierta fama. En España, esta figura la protegen las entidades de gestión, las cuales suelen entender como una reproducción lícita siempre que entre dentro de las facultades que otorga este derecho.

Para esto la entidad de gestión suele entregar una licencia. Normalmente, esta figura no suele acarrear problemas, pues como hemos dicho, suelen ser artistas de menor importancia al original los que suelen interpretar este tipo de versiones, por lo que al no acarrear perjuicio económico no suelen perseguirse salvo excepciones.

De todas formas, en países como Estados Unidos, para poder zanjar solución a esto se han creado las licencias "*compulsory license*" mediante la cual quien quiera que vaya a versionar una obra solo deberá comunicarlo y pagar una tasa ya fijada (Sánchez Arísti, 2005) El problema de estos viene sobre todo cuando son publicados en internet de forma monetizada.



## Capítulo 3: Aplicación práctica

A lo largo de este capítulo trataremos de analizar los casos más resaltados de plagio en el ámbito musical. A través de éste capítulo buscaremos información sobre los diferentes supuestos con el fin de obtener ciertas respuestas tras lo aprendido anteriormente. Algunos de estos casos ya han sido juzgados por tribunales, otros, sin embargo, son meras presunciones y rumores que nunca llegaron a la vía judicial, pero que, sin embargo, dada su trascendencia en nuestra cultura pop podría ser también interesante mencionar.

### 3.2. El caso de *La Chica de Ayer*

Hemos seleccionado uno de los posibles casos más conocidos. Aunque nunca se ha llevado a la vía judicial, fueron muchos los rumores sobre la canción pop de los ochenta por excelencia, *La Chica de ayer*.<sup>9</sup> Interpretada por Nacha Pop y escrita por Antonio Vega fue acusada de plagio. Concretamente, desde que un periodista lo expuso, constantemente ha sido comparada esta canción con la de *La caza del bisonte* de Piero.<sup>10</sup> (Landeira, 2019).

Para ello, usaremos las técnicas analizadas a lo largo de todo el trabajo. Antes de nada, comparar la letra, la cual, claramente no tiene nada que ver, exceptuando posibles referencias como “la luz de la fogata nos alumbrará” con “la luz de la mañana entra en la habitación”.

Respecto a la melodía, armonía y ritmo, son ambas muy similares. Las dos usan tanto el mismo patrón rítmico como armónico, siendo el problema que ambos patrones son los típicos usados en la música pop. Ahí, como a lo largo de todo el trabajo hemos visto, es casi imposible analizar el plagio dado la poca originalidad de las obras de música ligera.

La melodía es también muy similar, donde simplemente cambian ciertas notas, lo cual también podría haberse hecho perfectamente para camuflar el plagio. La única de las características que podría ser la que dota la obra de originalidad como tal, al cambiar ciertas notas sería imposible calificarlo como plagio después de los criterios usados por los tribunales españoles, donde se pide una exactitud.

Por eso, en el caso de que quisiéramos defender que la famosa pieza ochentera se trata de plagio, deberíamos usar como prueba los diferentes métodos anteriormente vistos.

---

<sup>9</sup> Escuchar *La chica de ayer*: <https://www.youtube.com/watch?v=2pRmTJjBr6c>

<sup>10</sup> Escuchar *La caza del bisonte*: <https://www.youtube.com/watch?v=qWIB3b2hj5g>

Si bien es cierto que el hacer un análisis sobre las obras anteriores de los autores para ver sus características subjetivas habría que buscar detalles muy pequeños pero característicos (ya que ambos autores usan recursos típicos del pop), mediante el test del oyente medio podría fácilmente ser dictada como plagio, ya que la sensación sonora a la hora de escuchar las dos obras al mismo tiempo es muy similar. Sin embargo, el grupo madrileño se excusó diciendo que era imposible que conocieran la canción del pequeño autor argentino dado que salió poco antes de componer la obra.

### 3.1. Shakira y el plagio

Son muchas las veces que se ha acusado a la cantante colombiana de plagio. Uno de los casos más recientes y la vez destacables en esta materia es el caso de *La Bicicleta*. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid del catorce de mayo de 2019 es una de las sentencias más clarificadoras en esta materia. Es por eso, que en el caso de querer informarse respecto a esta materia es quizás la sentencia más clara de todas. En ella se mencionan las características trabajadas a lo largo de todo el estudio a lo largo de la búsqueda de los criterios de plagio.

En la presente sentencia se analiza punto por punto todos los requisitos exigidos para que una obra musical incurra en plagio para nuestros tribunales. Es por tanto una sentencia de gran interés en la materia. Sin embargo, su utilidad a la hora de establecer unas directrices concretas es casi nula ya que como explica en la sentencia, el parecido entre la canción del demandante es mínimo, casi inexistente, por tanto, el supuesto no tiene tanto que analizar.

Añadir que al igual que explicamos en el caso *waka waka*, a lo largo del trabajo hemos podido observar que es un recurso muy común de la cantante el usar diferentes *samples* en sus canciones. Es interesante ver el trabajo de ésta cantante ya que varias de sus canciones nos pueden servir de guía al explicar lo expuesto al terminar el segundo capítulo.

La mayoría de sus grandes éxitos han sido acusados de plagio. Por ejemplo *Hips Don't lie*<sup>11</sup> que fue acusado de usar una trompeta de *Amores como el nuestro* de Jerry Rivera<sup>12</sup>. También *Loca* ha sido acusada de plagio ante los tribunales estadounidenses, precisamente por haber recurrido a esta técnica. Sin embargo, nunca ha sido condenada por esto, ya que argumentaba el uso lícito de estos temas musicales (Villarino, 2019)

---

<sup>11</sup> Escuchar *Hips don't lie*: <https://www.youtube.com/watch?v=DUT5rEU6pgM>

<sup>12</sup> Escuchar *Amores como el nuestro*: <https://www.youtube.com/watch?v=M85l1qW8x18>

### 3.3. Otros posibles plagios en la música ligera

A lo largo del estudio son muchas las canciones que se nos han aparecido como presuntos plagios. Al no poder hacer un análisis de todas las canciones encontradas, mediante esta tabla añadimos una lista de ciertas canciones que al escuchar una detrás de otra se percibe muy fácilmente la similitud.

<b>Original</b>	<b>Plagio</b>
<i>You Can't Catch Me</i> de Chuck Berry	<i>Come Together</i> de The Beatles.
<i>That Was my Veil</i> de PJ Harvey	<i>Te necesito</i> de Amaral
<i>Somehow, Someday</i> de Ryan Adams.	<i>Loco de atar</i> de Mikel Erentxun
<i>Don't Worry Baby</i> de The Beach Boys	<i>Dejad que las niñas se acerquen a mí</i> de Hombres G
<i>Ob-La-Di, Ob-La-Da</i> de The Beatles	<i>Why Don't You Get a Job</i> de The Offspring
<i>Pure</i> de The Lightning Seeds	<i>Uno más uno son siete</i> de Mikel Erentxun/Fran Perea para la sintonía de Los Serrano
<i>At the zoo</i> de Simon and Garfunkel	<i>Marta tiene un marcapasos</i> de Hombres G
<i>Si tú te vas</i> de Platero y tu	<i>Volver a disfrutar</i> de El canto del loco
<i>Mierda de ciudad</i> de Kortatu	<i>Sargento Bonilla</i> de Ska-P
<i>A painting of our love</i> de Rick Adam Wakeman	<i>Y ¿si fuera ella?</i> de Alejandro Sanz
<i>I'll stand by you</i> de The Pretenders	<i>Estoy aquí</i> de Shakira

### 3.2.-El caso Aserejé y el peritaje en plagio lingüístico

Al igual que el de Manu Chao, el caso *Aserejé* ha sido quizás el caso más resaltado en esta materia. Se trata de la famosa canción interpretada por las Ketchup, donde el estribillo hace alusión a una famosa canción americana denominada *Rapper's delight*. Este caso se juzga mediante la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 13 de enero de 2010.

El demandante dice haber vulnerado los dos derechos que hemos mencionado durante todo el trabajo: el de reproducción y el de transformación de la obra. De esta manera, a lo largo del proceso se discute sobre si esta canción trata de una obra paródica.

Antes de nada, parece necesario explicar el contexto de las dos canciones. *Rapper's Delight*.<sup>13</sup> fue una de las canciones más icónicas entre la década de los setenta y ochenta. La importancia de esta canción reside en que gracias a la mezcla del hip hop con el disco-funk convirtieron el rap en un género conocido mundialmente. Años más tarde, las Ketchup cogen este tema y lo españolizan. Para ello no solo usan recursos del flamenco como sus ritmos y voces, sino que pretenden cantar el estribillo de la canción como cualquier español: mediante un inglés inventado.<sup>14</sup>

Así pues, la sentencia se vuelca en dos criterios. Primero, la sentencia analiza todo lo relativo a la música. El tribunal llega a la conclusión de que son tantas las modificaciones que se hacen para adaptar al género "flamenco-pop" que puede considerarse con la originalidad suficiente para ser una obra independiente. El segundo criterio entra a analizar la letra de la canción.

Antes de nada, no podemos olvidar que cuando hablamos de la música rap, explicamos cómo a causa de que la melodía de las canciones tenga dificultades para ser original, la controversia frente a obras de este género (como *Rapper 's delight*) debe analizarse sobre la letra. Respecto a donde realmente versa el asunto, el estribillo, se hace otro tipo de análisis más similar al análisis de plagio literario. Para poder entender el asunto, hay que saber que el estribillo de *Aserejé* hace alusión a la letra de *Rapper 's delight* cantada por alguien que no sabe inglés, imitando la fonética y españolizándola. La canción española lo que hace es imitar la fonética inglesa, como si el protagonista de la historia que nos narra la letra estuviera cantando la canción americana. Es algo así como una cita. Por ello se hace un análisis sobre la fonética usada, que acaba entendiéndose como parodia, por lo tanto, un uso lícito de la obra original. Finalmente, el autor de *Aserejé* queda absuelto por uso lícito o *fair use*.

Para entender bien lo que ocurre nos debemos remitir a la letra de *Aserejé* la cual dice:

*Y donde más no cabe un alma allí mete a darse caña*

*Poseído por el ritmo ragatanga*

*Y el DJ que lo conoce toca el himno de las 12*

*Para Diego la canción más deseada*

*Y la baila y la goza y la canta*

*Y aserejé-ja-dejé*

*De jebe tu de jebere seibiunouva majavi an de bugui an de güididípi...*

---

<sup>13</sup> Escuchar: *Rapper 's Delight*: <https://www.youtube.com/watch?v=mcCK99wHrk0>

<sup>14</sup> Escuchar: *Aserejé*: <https://www.youtube.com/watch?v=arZZw8NyPq8>

Cabe mencionar antes de terminar, todo el mundo detrás de la Lingüística Forense. Es a partir de *Aserejé* cuando comienza a investigarse pericialmente las letras de las canciones. Son diversas las técnicas desarrolladas los últimos años para la detección de plagio en textos, que nuestro ámbito afecta a la letra de las canciones. Las nuevas tecnologías permiten crear *softwares* mediante los cuales es posible la detección del texto copiado.

Para los informes periciales no solo se tiene en cuenta cuando nos encontremos ante una reproducción exacta, sino que en otros casos tiene sobre todo en cuenta las faltas gramaticales y ortográficas, además de expresiones, estilo y forma del texto. Al fin y al cabo, al igual que en la música, se entiende que a la hora de comunicarnos dejamos ciertos rasgos que nos identifican. Por eso, la lingüística forense se define como el análisis de materiales a diferentes niveles (fonológico-fonético, sintáctico, morfo-sintáctico, léxico-semántico, pragmático-discursivo...) (Valero- Garcés, 2018)

Finalmente, hacer alusión a lo mencionado respecto a la necesidad de cierto consenso internacional. En este supuesto, algo que para el demandante de origen americano claramente era plagio, en España se calificó como parodia. Puede ser que una de las causas de esta controversia derive de las diferencias culturales que ya de por sí se pueden apreciar en los estilos de la canción. Mientras que en España puede ser algo divertido, una canción con fines humorísticos, puede que en Estados Unidos sea un ejemplo muy claro de plagio.

Es por todo esto que, junto a este Trabajo de Fin de Grado se añade un anexo con un informe pericial modelo, en el que se presenta un análisis de este caso. Mediante el informe presentado, hacemos una especie de dictamen hipotético mediante el cual analizar el caso no solo con mayor profundidad sino también mediante la forma correspondiente. Para ello, nos hemos valido de los datos expresados en la sentencia y la ***Norma UNE 197001:2019 sobre Criterios generales para la elaboración de informes y dictámenes periciales.***



## CAPÍTULO 4: CONCLUSIONES

### 4.1.- Conclusiones sobre la regulación del plagio

Como hemos podido observar a lo largo de toda la investigación, el plagio es todo un desconocido para nuestro ordenamiento. Aun siendo un término que todos conocemos, no paramos de repetir que es una situación no regulada.

El plagio, término con connotación tan negativa en el mundo intelectual, en realidad no es nada en el mundo jurídico, más aún, teniendo en cuenta la opinión de autores afirmando que la redacción de “plagio” en el Código Penal no es más que una confusión. Solamente podemos ampararnos en la vulneración de la reproducción, paternidad e integridad de la obra. Quizás de esta manera tan amplia y sin regulación exacta lo que se pretende es ofrecer mayores posibilidades a la hora de calificación.

Aunque poseamos cierta jurisprudencia al respecto, en realidad no siguen ningún criterio claro que nos sirva de guía, ya que como hemos visto, hay quienes defienden que nos encontramos ante plagio en supuestos donde es un calco, mientras que otros optan por cierta transformación a modo de disfraz.

Por un lado, es cierto que esta forma de calificar como plagio únicamente lo que es un calco es probablemente la solución más garantista jurídicamente, no dejando la condena a la simple sensación sonora del juez o varios ciudadanos. De esta última manera, podríamos estar condenando a inocentes por una simple sensación de parecido. Por otro lado, como hemos visto, que únicamente se califique como plagio el calco y no cuando haya cierta transformación fraudulenta deja en situación de indefensión casos como los de Manu Chao, donde claramente se hace un uso ilícito de su obra sin reconocer.

Debemos tener en cuenta los intentos de la Unión Europea a la hora de plantear soluciones al respecto. Aunque tales directivas no determinen el plagio como tal, sí lo hacen sobre los usos lícitos o formas de evitar la vulneración de derechos de autor en la era digital, algo a lo que buscábamos respuesta en la presente investigación. De todas formas, todos estos intentos son nulos si se quedan en directivas sin transponer.

#### 4.2. La regulación del plagio en la música y las posibles soluciones

Como hemos podido comprobar durante toda la investigación, el poder calificar como plagio en la música es mucho más complicado de determinar que en otras disciplinas.

La dificultad comienza desde el momento donde la escala cromática (es decir, la escala con todas las posibles notas) es solamente de doce, por lo que todas las creaciones musicales están integradas por un máximo de doce notas. Esto limita en exceso la posibilidad de creación, pero sobre todo aumenta notablemente las probabilidades de coincidencias. Por tanto, cuando no solo coincide la melodía sino también su acompañamiento armónico es cuando de verdad debemos dudar de su coincidencia (a no ser que la melodía se trate de un calco). No solo esto, sino que, a diferencia de otras obras, no hay un patrón uniforme de factores a considerar a la hora de calificar esta forma de plagiar.

Es por ello que es tan necesario el análisis conjunto de la obra, ya que es la forma de ver realmente si se busca algo idéntico o no. Por otro lado, es el conjunto de todos los elementos que analizamos en el segundo capítulo, lo que crea el estilo del autor, el ámbito subjetivo del plagio artístico (Galacho Abolafio, 2014). La importancia de la sensación sonora va más allá de un simple criterio, ya que si tenemos en cuenta que la intención del autor es transmitir un mensaje mediante la escucha, esa sensación sonora no solamente será ese mensaje sino que será la que refleje la personalidad del autor.

A modo personal, quizás los criterios usados por los tribunales españoles donde se hace un análisis exhaustivo de la obra, deja todavía mucho que desear. El que se deje de lado como opción la sensación sonora de la obra en su conjunto es una de las debilidades de nuestros tribunales. Dejan de lado lo que hace característico a la obra y se centran en los recursos usados para ello, como si de un texto analizaran palabra por palabra en vez del texto en su conjunto.

Como hemos podido observar, la detección de plagio lingüístico va más allá, buscando similitudes en la forma, expresiones o incluso faltas. No es solo que sea un análisis más exhaustivo, sino que tiene en cuenta más aspectos y no simplemente el calco de un recurso, que como hemos visto, son los diferentes recursos ya existentes los cuales se usan para crear obras totalmente nuevas.

Quizás usar los diferentes criterios de los tribunales estadounidenses junto con algunas de las herramientas usadas en el plagio lingüístico: el test del oyente medio, la comparación entre otras obras del mismo autor, o softwares comparativos... pueden ser un plus más que necesarios.

Probablemente, ante el desconocimiento de los tribunales ante estos recursos una solución sería regularlos a modo de prueba en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Enjuiciamiento Criminal. Además, los posibles recursos extrajudiciales como mediación o arbitraje parecen soluciones muy convenientes en estas cuestiones.

#### 4.3.-La importancia de la regulación del plagio como la regulación del derecho a la creación artística

Para terminar con las conclusiones, la regulación del plagio trasciende mucho más allá de la indemnización tras la calificación. No son pocos los supuestos de plagio, más allá del plagio musical, los delitos por Propiedad Intelectual deben de ser cada vez más comunes.

Como hemos podido observar, existe todo un vacío en un mundo tan importante para nosotros como la cultura. Como vimos al comienzo del segundo capítulo, la música forma parte de nuestra cultura, siendo esta una de las formas de expresión y comunicación más allá de la lengua. La cultura es la cual nos hace desarrollarnos como sociedad, la que nos permite desarrollar y expresar nuestras ideas.

Dejar en indefensión a pequeños artistas y dejando la disciplina en manos del Derecho Civil de corte totalmente liberal lo único que hace es una privatización y mercantilización de las artes. Esta mercantilización (aunque por un lado necesaria para que el artista tenga qué comer) lo único que acarrea es la producción en masa de música popular fácil de escuchar y vender (como la música ligera) junto con un posible olvido de autores más pequeños los cuales no pueden invertir en la búsqueda de nuevos recursos que colaboren con el progreso de ésta disciplina. Tampoco podemos dejar de lado que si se protegieran demasiado las obras, podría incurrir en la privatización del uso de recursos artísticos y académicos, pudiendo ser inaccesibles para muchos.

Con las nuevas plataformas como Youtube o Spotify, donde la música está al alcance y a la venta de todos, sin una protección frente a estas empresas podemos encontrarnos en un futuro con la piratería, la censura, la privatización de los recursos y un posible gran etcétera.

En el momento en que se tenga cierto interés en regular las artes, como mínimo, traerá cierta seguridad a la hora de poder emprender y entrar en el mercado musical a artistas pequeños, sin tener el miedo a ese mundo de entidades de gestión y demandas de plagio de lo que apenas hay información por falta de interés.

Quizás entendiendo la cultura, desde Derechos Fundamentales como la educación o el libre desarrollo de la personalidad, o incluso desde la libre creación artística en vez de desde el derecho a la propiedad, pueda ser protegido este bien como de interés público y no como algo ajeno al interés del Estado. Como ya hemos dicho, es la UE la que ha intentado poner solución a estos supuestos, pero de nada sirve si no se aplican sus intenciones en los países miembro.

Aunque entendemos que mediante estas conclusiones no se plantean alternativas concretas, entendemos que es conveniente abrir un debate al respecto, ya que, en el sistema actual, son más los problemas que las soluciones. Esperemos que este trabajo pueda servir de base para futuros estudios, o que, al menos, abra las puertas a un debate honesto y crítico sobre los límites de la originalidad y la autoría en el ámbito de la cultura y el arte, y las formas de proteger aquellos derechos que consideremos legítimos en un mundo cada vez más complejo y global, en el que, por otra parte, las tecnologías digitales parecen haber emergido con fuerza para complicar aún más las reglas del juego, hasta ahora, mal que bien, delimitadas y, en gran parte, conocidas y controladas.

## REFERENCIAS

### LEGISLACIÓN

Constitución Española

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Directiva (UE) 2019/789: normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión.

Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

### JURISPRUDENCIA

#### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Sentencia Tribunal de Justicia (sala tercera) de 21 de octubre de 2010 (Caso Padawan)

Sentencia Tribunal de Justicia (sala cuarta) de 9 de junio de 2016

#### **Tribunal Supremo**

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 19/2010 de 10 febrero

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil ) Sentencia num. 55/2020 del 16 de enero de 2020

#### **Audiencia Provincial**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección décimo-quinta. Sentencia num 274/2011 del 21 de junio de 2011 (Caso Manu Chao)

#### **Juzgado de lo mercantil**

Juzgado de lo Mercantil N°6 de Madrid, Sentencia del 13 de Enero de 2010 (Caso Aserejé)

Juzgado de lo Mercantil N° 12 de Madrid, Sentencia de 14 de mayo de 2019 (Caso La Bicicleta)

## BIBLIOGRAFÍA

- AFP (2018, enero 9). Radiohead demanda a Lana del Rey por el supuesto plagio de "Creep". *El País*.
- Alonso-Arévalo, J (2017). ¿Qué es el plagio y cómo detectarlo? *Desiderata*, (6), 27-30.
- Barcat, J. A (2008, febrero). Criptomnesia. *Medicina (Buenos Aires, Argentina)*, 68(1), 101-103.
- Bartolomé, F. G (2017). *Historia, evolución y otras cuestiones sobre plagio musical* (Trabajo fin de Máster), Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, España.
- Bercovitz, R (2006). *Manual de Propiedad Intelectual*. Tirant lo blanch.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R (2018). *Manual Propiedad Intelectual*. Tirant lo blanch, Valencia (España).
- Bravo, E (2020, enero 10). Cuando te enteras de que tu canción favorita es un plagio: la
- Cabra Apalategui, J. M (2019). Denotación y evolución: para una melografía jurídica. *Anamorphosis: Revista internacional de Direito e Literatura*, 5(1), 15-36.historia detrás de 15 grandes casos. *Icon, El País*.
- De Miguel Asensio, P. A (2019, junio 30). Mercado digital y Propiedad Intelectual: Las Directivas 2019/789 y 2019/790. *La Ley Unión Europea*, (71), 1-16.
- Díaz y García colledo, M (n.d.). Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la plicación práctica en España. *Derecho Penal y Criminología*, 30(88), 83-134.
- Díez-Picazo, L (2005). *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos.
- Galacho Abolafio, A. F (2014). *La obra derivada: entre el plagio y los derechos de autor*. Aranzadi.
- García Navas, E (2015, agosto 17). Criptomnesia, la enfermedad que nos convierte en plagiarios. *BBC Mundo*.

García Sanz, R. M (n.d.). La posible modificación del artículo 20.1.b) Una propuesta a la crisis de derecho de autor. *Darecom*.

Germán Mancebo, I (2014). La relevancia jurídico-penal del plagio y la falsificación de la obra pictórica. *RIIPAC: Revista sobre patrimonio cultural: regulación, Propiedad Intelectual e Industrial*, 5(5), 1-36.

Germán Mancebo, I (2014-2015). La relevancia jurídico penal del Plagio y la Falsificación de Obra Pictórica. *RIIPAC: Revista sobre Patrimonio Cultural*, (5-6), 3-37.

Gimbernat Ordeig, E (1995). Sobre el concepto de "plagio" en los delitos contra la propiedad intelectual (comentario a la STC 40/1994, de 15 de febrero). *Derecho Privado y Constitución*, (6), 213-218.

Grillo Bartolomé, F (2017, enero 18). Historia, evolución y otras cuestiones sobre el plagio musical. *Trabajo Fin de Máster, Universidad de Alcalá*.

GÓMEZ CAPUZ, J (2004) La poética del pop: recursos retóricos en las letras del pop español. *Anales de Literatura Española*, (17), 49-72

Landeira, L (2019, mayo 12). 'Chica de ayer': la historia de un plagio que Antonio Vega se llevó a la tumba. *El País*.

López Fernández, E (2018, Marzo). El plagio desde las artes y la cultura de la copia. *El Genio Maligno: revista de humanidades y ciencias sociales*, (22).

Margo, V (2010). *Tratado práctico de Propiedad Intelectual*. el Derecho.

Margo servet, V (n.d.). *Tratado práctico de Propiedad Intelectual*. El Derecho.

Méndez, M. Á (2019, marzo 26). Internet acaba de cambiar para siempre: qué ocurrirá ahora tras la nueva ley de 'copyright'. *El Confidencial*.  
[https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2019-03-26/ley-copyright-internet-bruselas-ue-articulo15-articulo17\\_1902634/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2019-03-26/ley-copyright-internet-bruselas-ue-articulo15-articulo17_1902634/)

Montesinos García, A (2013). El arbitraje en materia de propiedad intelectual. *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, (1), 1-45.

- Pérez Domínguez, F (2019). Derechos y canciones fundamentales. Una aproximación musical al estudio de los derechos fundamentales. *Docencia y Derecho*, (13), 1-17
- Quintero Olivares, G (2008). *Comentarios al Código Penal (tomo II)*. Aranzadi.
- Rodríguez Moro, L (2011). Los delitos relativos a la propiedad intelectual como delitos públicos. *Revista Aranzadi de Derecho Penal*, (25), 1-23.
- Rogel Vide, C (2008). *Manual de Derecho de Autor*. Reus.
- Ruipérez Azcárate, C (2012). *Las obras del espíritu y su originalidad*. Editorial Reus, Madrid (España).
- Sánchez Aristi, R (2005). *La propiedad Intelectual sobre las obras musicales*. Editorial Comares (Granada, España).
- Smith, M (2020 (Buenos Aires, Argentina), noviembre). DemoSampler. El muestreo aplicado a la construcción de nuevas significaciones. *Jornadas de reflexión académica en diseño y comunicación*, 44, 100-111.
- Tamarit Sumalla, J. M., Morales Prats, F., Quintero Olivares, G., & García Albero, R (2008). *Comentarios al Código Penal (tomo II)*. Editorial Aranzadi.
- Temño Cenicerros, I (2015). *El plagio en el Derecho de Autor*. Editorial Aranzadi.
- Todolí, C (2019). *Plagio académico*. Editorial Aranzadi.
- Vega Vega, J. A (2018). *El plagio como infracción de derechos de autor*. Reus.
- Villarino, L (2019, junio 6). Los problemas de Shakira con la Justicia. *La Vanguardia*.

## WEBGRAFÍA

Página web del Congreso de los Diputados:

[https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis\\_pr.jsp?art=20&tipo=2](https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=20&tipo=2)

Análisis Rapper's Delight:

<https://musicandrock.com/canciones/analisis-rappers-delight-sugarhill-gang/>

## NORMAS

Norma UNE 197001:2019 "Criterios generales para la elaboración de informes y dictámenes periciales.

