

**CECILIA O'NEILL DE LA FUENTE**

EDITORA

# **EL DERECHO VA AL CINE**

**Intersecciones entre la visión artística y la  
visión jurídica de los problemas sociales**



**UNIVERSIDAD  
DEL PACÍFICO**

## Por favor, ¡déjennos crear! *Be Kind, Rewind* como una parábola sobre el futuro de la creatividad

Miguel Morachimo

Nada es original. Roba de cualquier sitio que te inspire o que alimente tu imaginación. Devora películas antiguas y modernas, música, libros, cuadros, fotografías, poemas, sueños, conversaciones aleatorias, arquitectura, puentes, señales de la calle, árboles, nubes, cuerpos de agua, luces y sombras. Roba solo cosas que le hablen directamente a tu alma. Si haces eso, tu trabajo (y tus robos) serán auténticos. La autenticidad es muy valiosa, la originalidad no existe. Y no te molestes en disimular tus robos –si te apetece, celébralos–. En cualquier caso, recuerda siempre lo que dijo Jean-Luc Godard: «Lo importante no es de dónde sacas las cosas, es a dónde las llevas».

Jim Jarmusch

El presente artículo explora la situación legal de las remezclas y nuevas formas de creación audiovisual a propósito de la película *Be Kind, Rewind* (Gondry, 2008) desde la perspectiva de las normas sobre derechos de autor. En la película, los protagonistas se embarcan en la tarea de recrear sus películas favoritas con una videocámara casera y materiales muy limitados. Ante el increíble éxito que sus disparatadas versiones llegan a tener, terminan siendo demandados por infracción a los derechos de autor y sus películas son destruidas.

Por las consideraciones expuestas a continuación, sostengo que los nuevos géneros de creación audiovisual, como el *remix* o el *collage*, que retan el concepto mismo de obra derivada, deben ser incorporados como una excepción al derecho de autor cuando carecen de finalidad comercial por su importancia para la cultura creativa de la sociedad. Como lo ilustra la trama de la película, la tecnología ha abaratado las herramientas de creación y producción audiovisual al punto que cualquier adolescente con acceso a una computadora y a internet puede crear una obra audiovisual y alcanzar relativa notoriedad pública. En este escenario, la rigidez de las normas sobre derechos de autor está convirtiendo en usos ilícitos una serie de nuevas expresiones de la creatividad que no atentan contra la explotación patrimonial de la obra original ni le generan perjuicios a su autor. Considero que la incorporación como una excepción al régimen de derechos de autor de las remezclas y *mash-ups* resulta coherente en la perspectiva de la legislación sobre derechos de autor, que debe buscar un equilibrio entre la compensación por el uso de obras protegidas, por un lado, y el acceso a la información y el conocimiento de la sociedad, por otro.

Este artículo está dividido en cuatro partes. La primera presenta el argumento de la película *Be Kind, Rewind* e incide en los aspectos de la trama que motivan el artículo. A continuación, se describe en forma muy sucinta el sistema de derechos

de autor y se intentan exorcizar algunos de sus mitos. La tercera parte discute desde la perspectiva legal la utilización de la palabra «piratería», demostrando que su uso es más publicitario e interesado dada su ausencia de definición legal. Finalmente, el cuarto apartado intenta demostrar que existen nuevas formas de creación audiovisual que no deben ser llamadas «piratería», sino que necesitan ser incluidas dentro del régimen de usos permitidos, debido a su importancia para la sociedad.

## 1. «Por Favor, Rebobinar»

*Be Kind, Rewind* es una declaración de amor a la ficción como experiencia colectiva y a la cultura de lo *amateur*. Pocos directores contemporáneos como el francés Michel Gondry tienen la capacidad de hacer cine hablando del cine con tanta elasticidad formal y frescura. En el panorama de sus trabajos anteriores (por ejemplo, *Eterno resplandor de una mente sin recuerdos*, *La ciencia del sueño*), *Be Kind, Rewind* podría aparecer como una de sus películas más tradicionales, dada su cronología lineal y su carencia de grandes elipsis o efectos especiales. Sin embargo, hay en la película una metatextualidad muy elaborada que a veces nos hace pensar que vemos una película sobre cómo se hace otra. Por momentos, parece que lo que vemos es una parodia de otra película, anterior, que nos suena de algún sitio y que nos es tan conocida porque es, en parte, nuestra propia historia como admiradores de las buenas historias.

En los barrios de la ciudad de Passaic, Nueva Jersey, hay un viejo edificio que alberga una tienda de alquiler de videos llamada «Por Favor, Rebobinar». En una sociedad arrasada por las megatiendas comerciales y la cultura de masas, este pequeño negocio sobrevive románticamente gracias a un puñado de socios que acuden a alquilar alguno de sus pocos títulos a razón de un dólar por día. El dueño de la tienda es el viejo Mr. Fletcher, un afroamericano que creció con el jazz de los suburbios, los trenes y la segregación racial. Además de la crisis financiera que afronta su negocio, Mr. Fletcher también tiene encima al gobierno local, que ha declarado el edificio donde vive como inhabitable y pretende demolerlo. A cargo del negocio encontramos al joven Mike, un chico que Mr. Fletcher crió como su propio hijo y que creció escuchando sus historias sobre viejos músicos de jazz. Los acompaña Jerry, el problemático vecino que vive en una casa rodante y que cree que la planta de electricidad de la cuadra está afectando la actividad cerebral del vecindario.

Cierto día, Mr. Fletcher tiene que salir de viaje y decide dejar a cargo del negocio a Mike. Esa misma noche, Mike y Jerry fracasan en su intento de sabotear la planta de electricidad. Producto de la descarga eléctrica recibida, Jerry queda magnetizado. Pero no lo descubre hasta que comprueban que todas las cintas de video de la tienda que tocó se han borrado. Ante la insistencia de una cliente frecuente, Mike y Jerry deciden grabar su propia versión de *Ghostbusters* sobre la cinta borrada para tratar de engañarla y evitar que los acuse con Mr. Fletcher. Su versión de *Ghostbusters*, de solo veinte minutos, realizada con una cámara casera, tres personas en la biblioteca pública y sin ningún tipo de edición, termina agradando a una pandilla de matones que los obligan a hacer más películas. En

cuestión de días, sus películas empiezan a despertar el interés de todos y hay incluso quienes vienen de otras ciudades para hacerse socios de la tienda y alquilar las películas hechas a pedido, que ellos pasan a llamar *swedes* o ‘suecadas’<sup>1</sup>.

Ante la creciente demanda, descubren que involucrando a sus propios clientes en el proceso de filmación de la películas pueden ahorrar tiempo y, además, se aseguran los ingresos por su alquiler. De esa forma, todo el pueblo, incluido el propio Mr. Fletcher, empieza a participar de las suecadas. Lo que empezó como una idea alocada de Jerry y Mike para salir de un aprieto, ahora parece ser el negocio que les permitirá hacer las refacciones necesarias al edificio y evitar su demolición.

Entonces, aparecen en escena los abogados. Vienen enviados por la industria cinematográfica para comunicar el inicio de una demanda por infracción a los derechos de autor. Los protagonistas se apuran en explicar que lo único que hacen es alquilar las películas que ellos mismos protagonizan y que son sus versiones las que la gente quiere ver, no las películas reconocidas. Sin embargo, en una clásica defensa legal, los abogados les informan que no tienen autorización para grabar sus propias versiones de esas películas, mucho menos para prestarlas al público, y que las mismas han sido grabadas en cintas de video que son propiedad de los estudios cinematográficos. Por los daños causados, calculan que deberán pagar tres mil millones de dólares y/o cumplir 63 mil años de prisión antes de que puedan volver a abrir la tienda. Finalmente, en cumplimiento de una orden judicial, proceden a la destrucción de las cintas de video frente al desconcierto del vecindario.



Figura 1. La aplanadora de las discográficas destruye las películas caseras (*Be Kind, Rewind*).

Esta es una película sobre un negocio en extinción, como los videoclubes de barrio. Al mismo tiempo, es una película sobre otro fenómeno muy antiguo que subyace a la moda reciente de creación audiovisual casera: la idea de la cultura popular como patrimonio colectivo. Por un lado, Mr. Fletcher y su negocio repre-

1 En la película, Jerry intenta explicarle a un cliente que las películas que ellos alquilan no pueden ser entregadas inmediatamente. Le dice que tienen que ser enviadas desde un país lejano como Suecia (*Sweden*), por lo que no pueden alquilarlas inmediatamente. Por eso, al proceso de elaboración de la película lo denominan *sweding*.

sentan el paradigma de un modelo de negocio que el mercado y la tecnología se llevaron de encuentro. De otro lado, Mike y Jerry representan a la generación que viene: una de consumidores, que creció junto a la cultura audiovisual y para la cual los contenidos culturales no solo son un pasatiempo sino también una parte integrante de su vida.

Mike y Jerry son la metáfora de una de las caras del adolescente moderno. En sus inicios, la tecnología amenazó con convertirnos a todos en una sociedad perfectamente homogénea y sin identidad, dedicada a consumir frenéticamente productos culturales enlatados. Entonces, las pequeñas tiendas de video perdían el juego frente a las grandes cadenas de alquiler de películas con mayor inventario pero menos títulos. Esta misma tecnología, sin embargo, está empezando a devolverle al hombre aquella individualidad que le quitó durante las décadas anteriores. Gracias a las herramientas tecnológicas disponibles, cualquier persona con acceso a internet y a una computadora muy básica es capaz de generar productos audiovisuales.

## **2. El derecho de autor es un sistema dinámico (y, a veces, antojadizo)**

La creación de los derechos de autor como derecho de propiedad es posterior a la creación de la propiedad privada entendida en el sentido clásico. Se podría decir, por tanto, que en la historia del conocimiento esos derechos representan un periodo relativamente corto, a lo largo del cual han sufrido varios cambios. El estatuto de la Reina Ana de Inglaterra, de 1710, que contenía las primeras normas sobre derechos de autor, únicamente contemplaba la protección legal para los libros y por un periodo de catorce años desde la fecha de su impresión, solo ampliable por catorce años más. Desde esta norma hasta las que inspiran la versión vigente en Perú, el «Decreto Legislativo N° 822. Ley de derechos de autor» (Poder Ejecutivo 1996), el sistema ha sufrido no pocos cambios para incluir nuevos tipos de obras protegidas y ampliar el plazo de protección. Las normas sobre derechos de autor no son estables en el tiempo y ello es positivo para la sociedad, ya que pueden adaptarse a los nuevos escenarios culturales y económicos.

Los derechos de autor son una forma de propiedad, pero una forma más bien atípica. No son propiedad en el sentido en que un automóvil o un predio lo son. En cambio, son propiedad en el sentido en que lo es un parque. Se adjudica el uso y explotación en régimen de exclusividad a determinado individuo, pero sus normas incluyen una serie de excepciones y matices que toman en cuenta también determinado aprovechamiento colectivo del bien. Los derechos de autor son un sistema de propiedad en el que excepciones similares a las del derecho de servidumbre o la prescripción adquisitiva de dominio son más frecuentes que en otros tipos de propiedad. Desde su creación, los derechos de autor como un sistema de propiedad incluían un valor importantísimo que hoy debe recuperarse: el de lograr un balance entre la justa compensación a los artistas y creadores por su trabajo creativo y el, también importante, derecho de las personas para acceder al conocimiento y la cultura (Lessig 2004: 172).

Las normas sobre derechos de autor tienen una razón de ser. Las obras protegidas por los derechos de autor son, en sentido estricto, una forma de información. Son información como también lo son los reportes del clima o el resultado de un partido de fútbol. En la teoría económica, la información es considerada un «bien público» porque carece de consumo rival y posee altos costos de exclusión.

Idealmente, los bienes públicos no pueden ser generados por el mercado (como el aire o la seguridad pública), porque en un mercado en competencia el precio de venta tiende a reflejar su costo marginal. Y, dado que el costo marginal de un bien público es cercano a cero, nadie tendría incentivos para producir algo y venderlo por un precio cercano a cero. Por eso, con la finalidad de brindar esos incentivos para la creación y posibilitar que dichos bienes sean creados por el mercado, lo que las leyes sobre derechos de autor hacen es generar una ficción que incrementa el costo marginal de producir información. De esa forma, se crean agentes interesados en generar ese tipo de información porque saben que podrán venderla al precio del costo marginal artificialmente creado (Benkler 2006: 35-36). Esta es la explicación clásica y desapasionada sobre por qué existen los derechos de autor. Esta explicación, sin embargo, tiene varios trucos.

En primer lugar, **no todos los tipos de información están sujetos a los derechos de autor**. La información contenida en los libros o las obras musicales, ciertamente, está sujeta a esta protección. La justificación estaría en que se trata de mercados donde hay inversión para crear algo y, por ende, a cambio debe cobrarse por su acceso o utilización. De lo contrario, según el modelo desarrollado en el párrafo anterior, no existirían los incentivos necesarios para que ese tipo de bienes se produzcan.

Sin embargo, existen mercados que funcionan en forma similar y que han logrado florecer sin necesidad de que existan este tipo de reglas. Pensemos, por ejemplo, en el mercado de la gastronomía o la alta costura, donde no hay leyes que protejan el derecho de autor de una receta o un vestido. Cualquiera puede ir a un restaurante, probar un plato y al día siguiente venderlo en otro restaurante, sin pagarle al creador de la receta. De la misma manera, cualquiera puede ver un vestido y hacerse uno idéntico o con las modificaciones que desee, sin pedir permiso al diseñador. Conocedores de esa condición —que aplica por igual a sus competidores—, los agentes que concurren en estos mercados han decidido invertir en generar un valor agregado (por ejemplo, crear un buen restaurante o generar la cultura de una marca conocida), porque si se limitaran únicamente a producir la información saben que cualquiera los podría copiar.

En segundo lugar, **las leyes sobre derechos de autor admiten excepciones en las cuales se pueden usar obras sin retribuir por el uso**. Estas excepciones van desde las conocidas, como el derecho de cita o la posibilidad de fotocopiar capítulos de una obra literaria ya divulgada para fines académicos, hasta otras más oscuras, como la posibilidad de que las tiendas que venden televisores o radios puedan comunicar al público obras sin pagar por ello<sup>2</sup>.

---

2 Estas excepciones están contenidas en el artículo 41 y siguientes del D. L. N° 822 (Poder Ejecutivo 1996).

La biblioteca central de la Pontificia Universidad Católica del Perú posee una gran colección de cintas de video y DVDs de películas latinoamericanas y clásicas que, hasta hace unos años, solía prestar a todos sus alumnos. Por aquella época, la pequeña sala de audiovisuales solía abarrotarse de alumnos revisando el catálogo y pidiendo prestadas películas para el fin de semana. Un día, sin embargo, algún funcionario de Indecopi les hizo saber que la excepción contemplada para las bibliotecas en la ley peruana sobre el derecho de autor ampara el préstamo de libros mas no el de obras audiovisuales<sup>3</sup>. Según el artículo 50 de la misma ley, las excepciones son de interpretación restrictiva, por lo que no puede aplicarse por analogía a las películas lo que se aplica a los libros. La actividad de préstamo de películas a casa llevada a cabo por la biblioteca, por tanto, pasaba a ser ilegal<sup>4</sup>.

El que una excepción tan específica como la de las tiendas de venta de televisores exista, es, evidentemente, fruto de una buena gestión de intereses. Olvidemos por un momento que existe la norma que comentamos, ¿qué diferencia habría entre el hecho de que la biblioteca de una universidad preste una película a sus alumnos y que Ripley o Saga Falabella pasen la misma película a través de sus televisores? Si alguna hemos de encontrar, es el fin de lucro de la tienda de venta de televisores. Ellos necesitan de las películas tanto como una empresa de buses las necesita para mostrarlas a sus pasajeros: como un complemento a su negocio. Sin embargo, existe una excepción exclusiva para las tiendas y no para cualquier otro establecimiento que haga uso incidental de obras protegidas. Peor aun, existiendo una excepción para préstamos de libros en bibliotecas, no la hay para películas. Cuando entra la ley, la biblioteca pasa a cometer un ilícito, mientras que la tienda se encuentra cubierta.

En tercer lugar, los derechos de autor existen porque **los incentivos para la creación de información no solo dependen de mecanismos de mercado**. Los creadores de obras del intelecto muchas veces buscan reconocimiento por su trabajo, lo hacen por altruismo o por mera vocación creativa. Piénsese, por ejemplo, en un abogado que escribe artículos académicos no para venderlos o licenciarlos a revistas sino por el reconocimiento profesional que ello implica. En este caso, la facilidad de copia, que veíamos como un problema en los bienes públicos, pasa a ser una ventaja. Al mismo tiempo, las mismas tecnologías que abaratan la copia también permiten la distribución y promoción de la obra ahorrando costos. En otros casos, la facilidad de reproducción o copia de determinada obra puede ser una forma de publicidad para atraer futuros negocios. Una banda de rock puede distribuir gratuitamente su música y no tener ninguna intención en hacer dinero con la venta de discos porque sabe que mientras más gente los escuche será mayor la cantidad de público que acudirá a sus presentaciones en

3 El literal f) del artículo 43 del D. L. N° 822 señala que las bibliotecas o archivos solo pueden prestar al público obras expresadas por escrito, siempre que dichos centros no tengan directa o indirectamente fines de lucro (Poder Ejecutivo 1996).

4 Actualmente, amparándose en una interpretación generosa de otra excepción de la ley sobre el derecho de autor, que permite mostrar películas en establecimientos de enseñanza con finalidad educativa, la biblioteca de la Universidad Católica solo presta el material audiovisual para su visionado en la propia sala.

vivo. En otras palabras, las justificaciones clásicas para la existencia de derechos de autor no necesariamente preocupan a muchos creadores (Boyle 2008: 3-4).

Los derechos de autor son un sistema dinámico, porque su regulación ha cambiado con el tiempo. Esos cambios, conforme hemos demostrado, son fruto de una negociación de intereses en la cual a menudo se encuentran mejor representados los intereses de las industrias creativas que los de los consumidores. Este desequilibrio explica por qué todos los cambios recientes introducidos en las normas sobre derechos de autor en Perú han sido para añadir nuevas restricciones e incluir nuevos comportamientos como infractores, y tan solo una vez para garantizar mejores condiciones de acceso al conocimiento y la cultura para los ciudadanos<sup>5</sup>. Los derechos de autor son un sistema dinámico, sí, pero muchas veces resulta más dinámico para las industrias de contenidos que para los usuarios.

### 3. La piratería no existe

Cuando discutimos sobre piratería encontramos un problema: los límites de lo que es y no es piratería no están bien definidos. Hablamos de libros o de películas piratas para denominar a las copias que han sido compradas en el mercado ilegal. Hablamos de cable o internet pirata para referirnos a servicios que son prestados por personas que no tienen las autorizaciones para hacerlo. Hablamos de un pirata cuando nos referimos a una persona que maneja un negocio pirata o consume productos piratas. Hablamos de todo esto pero no sabemos, legalmente, qué es piratería. Este problema surge porque es un término acuñado por los titulares de derechos de autor para castigar social y legalmente una serie de conductas que ellos consideran negativas a sus intereses.



Figura 2. Los representantes de las empresas cinematográficas enfrentan a Mr. Fletcher (*Be Kind, Rewind*).

5 Me refiero a la Ley 27861, que exceptúa del pago de derechos de autor por la reproducción de obras para invidentes, que añadió una nueva excepción al artículo 43, bajo la cual está permitida la reproducción de las obras de ingenio para uso privado de invidentes sin la autorización del autor (Congreso de la República 2002).

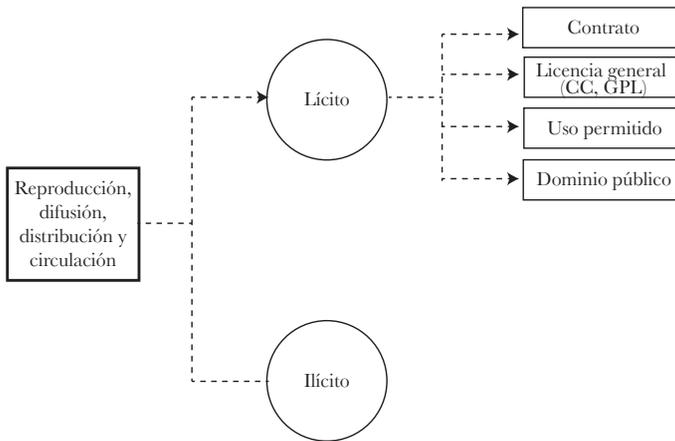
La palabra piratería aparece muy pocas veces en las normas legales y nunca se la ha definido. Incluso, existe una «Ley de lucha contra la piratería» que no es más que la modificación de tres artículos que ya existían previamente en el «Código penal» (Congreso de la República 2004). Estos artículos tipificaban los delitos de reproducción, difusión, distribución y circulación de obras sin la autorización de sus autores, con sus formas agravadas y el delito de plagio. Por lo demás, ninguna norma en Perú define lo que exactamente se entiende por piratería. El Convenio de Berna, el tratado internacional más importante sobre derechos de autor, tampoco contiene la palabra «piratería» ni se refiere a «obras pirateadas» (OMPI 1979).

En Perú, lo más cercano que tenemos a una definición es la otorgada por la Ley del Libro, que señala que un libro «pirata» es aquel que «transgrede los derechos de autor y/o las disposiciones legales vigentes, que se publica en forma no autorizada y/o falsificando diseños o características editoriales registradas» (Congreso de la República 2003). Es decir, ampliando la definición a otras obras, es pirata toda obra que: i) trasgrede los derechos de autor; o ii) es publicada o puesta a disposición del público sin autorización del autor; o iii) aparenta tener una procedencia editorial que no tiene. Considero que se trata de una definición demasiado amplia para una palabra de tal connotación negativa. Existen comportamientos que van en contra de las leyes de derechos de autor que uno difícilmente llamaría «piratas», como el caso señalado de la biblioteca de una universidad que presta películas a sus alumnos. Existen comportamientos que están en el limbo, como fotocopiar íntegramente para fines académicos un libro cuando la ley solo autoriza la reproducción de porciones de él.

Quedémonos con el acercamiento más estricto de la ley de lucha contra la piratería. Asumamos que si el legislador decidió ponerle ese nombre a la norma es porque consideraba que los dos tipos de delitos penales que estaba modificando castigaban una conducta que bien podría llamarse «pirata». El primero es el **plagio**, delito cometido por aquel que, en forma directa o disimulada, presenta como suya una obra de autoría de otra persona. En los casos que típicamente asociamos con piratería, como la venta de una copia no autorizada de una película, nunca el vendedor pretende atribuirle una autoría distinta a la obra. Por el contrario, que el consumidor asocie la copia de la obra que él intenta vender con su autor original resulta esencial para el éxito de la transacción.

El segundo delito que modifica la ley de lucha contra la piratería es el de **reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor**. Legalmente, existen dos calificaciones para las conductas respecto de una obra protegida por derecho de autor. Las que constituyen un uso lícito y las que constituyen un uso no licenciado o ilícito. Sin embargo, no todas las conductas que suponen un uso lícito implican que se haya solicitado un permiso o se tenga que realizar un pago al titular de los derechos patrimoniales.

Gráfico 1. Escenarios de uso de una obra protegida por derechos de autor



Así, como ilustra el gráfico 1, podríamos decir que existen cuatro escenarios en los cuales se puede reproducir, difundir, distribuir o poner en circulación lícitamente una obra protegida por el derecho de autor. En primer lugar, está el uso autorizado por el propio autor o titular del derecho, como en un contrato de edición o de inclusión fonográfica. En segundo lugar, existen usos autorizados por licencias, como la licencia legal estándar, las licencias alternativas Creative Commons (CC) o las licencias General Public Licenses (GPL)<sup>6</sup>. En estos casos, se trata de contratos a los que queda vinculado un consumidor al acceder a determinada obra. Si el autor no menciona la existencia de una licencia especial, se entiende que la inclusión de la frase «Todos los derechos reservados» invoca la protección de las reglas sobre derechos de autor establecidas por ley. El tercer escenario es el de los usos autorizados por la ley o usos permitidos, como el derecho de cita o la posibilidad de fotocopiar fragmentos de textos. Finalmente, puede darse la reproducción, difusión, distribución y circulación de una obra bajo dominio público; en este caso se trata de obras cuyos autores han perdido sus derechos patrimoniales y por tanto se encuentran a disposición del público en general. En contraste, la reproducción, difusión, distribución o puesta en circulación de una obra que no se encuentre en ninguno de los cuatro escenarios antes descritos pasaría a ser ilícita.

Pese a lo difícil de su determinación legal, leemos la palabra «piratería» en todas partes. Se desconoce exactamente cómo se empezó a denominar a la infracción al derecho de autor como piratería, pero se presume que fue creada mucho antes que las propias leyes sobre derechos de autor para referirse a quienes desconocían los monopolios estatales para la publicación de ciertos documentos. Lo

6 Estas licencias, promovidas por el movimiento Copyleft, no plantean la eliminación de los derechos de autor. Por el contrario, se enmarcan dentro del sistema de derechos de autor para dar a los autores una mayor libertad para elegir qué usos quieren permitir y qué usos prefieren controlar respecto de sus obras.

que hoy tenemos, por cierto, es que se trata de una palabra creada y promovida por las industrias de contenidos, con campañas millonarias destinadas a convertir todo lo que ellos entienden como piratería en un hecho condenable no solo legal sino también moralmente. Cualquiera que ha ido a una sala de cine en los últimos años y ha visto los comerciales de la campaña «Piracy is a Crime» puede dar fe de ello.

#### 4. Vivimos en una época profundamente creativa

##### 4.1. Algo nuevo pero, a la vez, muy antiguo

¿Quién no ha jugado cuando era niño a recrear sus dibujos animados o películas favoritas? Comprábamos muñecos de acción y muñecas porque nos gustaba controlar a los personajes y nuestros juegos consistían en inventarles historias. Hasta antes de la masificación de los aparatos de música, era muy común que cualquier círculo social contara con una o más personas que tocaban guitarra, cantaban y animaban las reuniones. Estos comportamientos se han repetido durante generaciones y nunca nadie ha visto en ellos el menor atisbo de criminalidad. Por el contrario, nos gusta que los chicos se diviertan con juegos simples en lugar de videojuegos, porque creemos que su imaginación puede desarrollarse más. Vemos en la tecnología, en los videojuegos, en la música prefabricada, el réquiem de una cultura más simple y mucho más creativa. Creemos que la tecnología nos está quitando todo eso pero, en cierta forma, también ha empezado a devolvérselo.



Figura 3. La versión «sucada» de *Robocop* (*Be Kind, Rewind*).

Sin embargo, ¿qué juegos y qué productos culturales son los más valorados por los jóvenes? La mayoría de ellos están íntimamente relacionados con las conductas antes descritas. Dos de los videojuegos más populares de los últimos años, «Rock Band» y «Guitar Hero», retan a sus jugadores a reproducir sus canciones favoritas siguiendo las indicaciones de la pantalla y usando instrumentos conectados a la

consola. Una de las series de televisión más populares del momento, «Glee», trata sobre un grupo de chicos de una secundaria norteamericana que aman la música y se reúnen para cantar y bailar sus canciones favoritas, a menudo haciendo mezclas de varias canciones en una sola y casi siempre interpretándolas en su propio estilo. Finalmente, el éxito de *reality shows* como «American Idol» o «Dancing with the Stars» da cuenta de que a las personas les encanta no solo consumir música sino también cantarla, bailarla, disfrutarla desde dentro, porque sienten que esos productos culturales también son de cierta manera suyos.

Además, existe una serie de nuevas formas de creación audiovisual que retan los conceptos clásicos de obra original y obra derivada. Manifestaciones artísticas como el *video collage* o el *mash-up* toman pedazos de muchas obras y los aglomeran con la finalidad de crear una nueva, distinta y a veces muy difícil de emparentar con la o las originales. Estas obras audiovisuales son posibles en un entorno tecnológico que permite a cualquier persona con una computadora acceder a programas de edición de música y video. De la misma forma en que las generaciones anteriores hacían *collages* con recortes de diarios y revistas o jugaban a recrear sus películas favoritas, como Mike y Jerry en *Be Kind, Rewind*, los jóvenes de hoy utilizan las computadoras para hacer sus propios collages como una forma de expresión, de reconocimiento de identidad y también de entretenimiento (Lessig 2008: 83).

Para la sociedad, que la cultura juvenil desarrolle este tipo de manifestaciones artísticas conlleva dos beneficios claros. En primer lugar, contribuye a la formación de una comunidad cohesionada de creadores entre quienes practican estas manifestaciones culturales, que se nutre de sí misma constantemente. Además, también sirve como una forma de educación basada en intereses. Los chicos aprenden a usar la tecnología y desarrollan habilidades no porque les permitirán acceder a un puesto de trabajo en el futuro o para aprobar un curso, sino porque las ven atractivas como herramientas para liberar su capacidad creativa. Ambos valores redundan en la consolidación de una nueva clase creativa, cuya continua innovación y aprendizaje contribuirá al desarrollo cultural y económico de la sociedad en su conjunto (Lessig 2008: 76-82).

No podemos arriesgarnos a perder el valor implícito en este tipo de conductas. No podemos dejar que sea una parte interesada, los titulares de los derechos de autor, quienes tomen las decisiones sobre hacia dónde discurre nuestro desarrollo cultural. El tratamiento legal de este tipo de manifestaciones culturales debe ser producto de un proceso consensuado que no pierda de vista el necesario equilibrio de intereses entre creadores y consumidores.

## 4.2. Una solución legal

Me interesa llamar la atención sobre la relación y los límites existentes entre los considerados usos permitidos y los usos ilícitos de las obras. Creo que existen muchos usos hoy considerados ilícitos, como el realizado por los protagonistas de *Be Kind, Rewind*, que podrían asimilarse al régimen de usos permitidos, dada su similitud con otros usos permitidos o por su importancia para el desarrollo de la cultura.

Sin embargo, la utilización sistemática de la palabra «piratería» para denominar muchos de estos usos es promovida por las industrias de contenidos ya establecidas en el mercado con la finalidad de restringir la entrada de nuevos contenidos y, con ellos, de nuevos competidores.

¿Qué son las películas «sucadas» por Mike y Jerry en *Be Kind, Rewind*? Podrían calificarse como parodias, siempre que se alegue que se trata de versiones satíricas o cómicas de las películas interpretadas. Las parodias constituyen usos permitidos según la ley y, si bien no necesitan la autorización del autor, no están exentas de pagar a los titulares de los derechos patrimoniales de la obra parodiada. Sin embargo, ¿qué pasa si lo que motiva el *swedding* no es el ánimo de burla sino más bien el de rendir homenaje? ¿Qué pasa si en lugar de «sucar» una sola película se decide «sucar» varias dentro de una sola? ¿Qué pasa si no se tiene una cámara de video a la mano y solo se edita digitalmente las imágenes de una película para asignarles un significado distinto? ¿Qué pasa si no se tiene la menor intención de cobrar por lo que se hace sino que solo se lo quiere hacer público para que otras personas lo disfruten por igual?

El artículo 50 de la ley sobre el derecho de autor señala que las excepciones establecidas en ella son de interpretación restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados. Por «usos honrados», la propia ley entiende que son aquellos que cumplen con la «Regla de los tres pasos». Este test, que data del Convenio de Berna de 1886<sup>7</sup>, está compuesto de tres criterios que deberán tenerse en cuenta cuando se crean o interpretan los usos permitidos: i) las excepciones se aplican a casos especiales; ii) no deben entrar en conflicto con la explotación normal de la obra; y iii) no perjudican injustificadamente los intereses legítimos del autor o del titular del derecho. La creación de nuevos usos permitidos está asociada a la aplicación de esta regla de los tres pasos.

Dado que el artículo 50 de la ley «bloquea» la creación de nuevas excepciones por fuera de las listadas en la norma, no pueden denominarse como usos permitidos muchas de las conductas descritas, pese a que no entran en conflicto con la explotación normal de la obra ni perjudican injustificadamente los intereses de los autores y titulares de derechos. Necesitamos entonces hacernos la pregunta sobre si extender la regulación a estas nuevas formas de creación audiovisual *amateur* y sin fines de lucro hace más bien que daño (Lessig 2004: 172).

Probablemente, en el caso de creaciones que entrañen un fin de lucro sea necesario emparentar su tratamiento al de la parodia: donde no es necesario contar con la autorización del autor pero sí corresponde realizar un pago. Sin embargo, la reproducción y transformación no comercial de obras bien puede resultar amparada como un uso permitido dado que, como el derecho de cita, resulta de importancia capital para el forjamiento de una cultura auténticamente libre y creativa.

---

7 Artículo 9, literal 2 (OMPI 1979).

## Referencias bibliográficas

BENKLER, Yochai

2006 *The Wealth Of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven: Yale University Press.

BOYLE, James

2008 *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven: Yale University Press.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2004 «Ley N° 28289. Ley de lucha contra la piratería», 19 de julio. Fecha de consulta: 9/7/2012. <[http://www.congreso.gob.pe/congresista/2001/edclapuenta/leyes/ley\\_28289.htm](http://www.congreso.gob.pe/congresista/2001/edclapuenta/leyes/ley_28289.htm)>.

2003 «Ley 28086. Ley de democratización del libro y de fomento de la lectura». Fecha de consulta: 9/7/2012. <[http://www.oei.es/quipu/peru/ley\\_libro.pdf](http://www.oei.es/quipu/peru/ley_libro.pdf)>.

2002 «Ley N° 27861. Ley que exceptúa el pago de derechos de autor por la reproducción de obras para invidentes», 11 de noviembre. Fecha de consulta: 9/7/2012. <<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/9/par/leyesdda/LEY27861.pdf>>.

LESSIG, Lawrence

2008 *Remix: Making Art and Commerce thrive in the Hybrid Economy*. Nueva York: The Penguin Press.

2004 *Free Culture: How Big Media uses Technology and the Law to lock down Culture and Control Creativity*. Nueva York: The Penguin Press.

OMPI, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1979 «Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas», 28 de setiembre. Ginebra: OMPI. Fecha de consulta: 9/7/2012. <[http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs\\_wo001.html](http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html)>.

PODER EJECUTIVO

1996 «Decreto Legislativo N° 822. Ley de derechos de autor», 23 de abril. Fecha de consulta: 9/7/2012. <<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/9/par/leyesdda/dl822.pdf>>.