



*
**JULIETA
DENISE
HAASE**

Estudiante de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Becaria de investigación DeCyT 2020-2021 Facultad de Derecho, UBA. Paralegal en el área de propiedad intelectual en el Estudio Mitrani Caballero & Ruiz Moreno.

El fenómeno de los *fanworks* durante la era digital y sus implicancias en el derecho de autor

RESUMEN

La aparición de los *fanworks*, u obras creadas por los/as fanáticos/as, es un fenómeno anterior al advenimiento de las nuevas tecnologías que, a partir de la era digital, ha tomado dimensiones que hubiesen sido impensadas en su origen, convirtiéndose en una forma de expresión típica de la cultura popular. Sin embargo, la masificación de este tipo de obras, especialmente a través de las distintas plataformas que los archivan, genera grandes interrogantes acerca de su permisibilidad a la luz del derecho de autor. Este artículo busca explicar sucintamente el inicio y la historia de los *fanworks* para, a su vez, plasmar cuál es el panorama actual respecto a este fenómeno, sus conflictos principales y las soluciones que se han dado en el derecho

comparado, como es el caso de la doctrina del fair use y su aplicación al caso en estudio. Por último, concluye mencionando la necesidad de establecer una legislación receptiva de los complejos interrogantes que presenta la propiedad intelectual en el entorno digital.

* PALABRAS CLAVE

- Fanworks
- Fanfiction
- Fandom
- Derecho de autor
- Copyright
- Fair use

I. INTRODUCCIÓN

A. DEFINICIÓN DE LOS FANWORKS

Desde “Star Trek” a “Twilight”, los fanworks (u obras creadas por los/as fanáticos/as) se han convertido en una forma de expresión típica de la cultura popular. Estos se presentan en una multiplicidad de formatos, como el literario (*fanfiction*), gráfico/visual (*fanart*) o audiovisual (*fanvids*), y son adoptados por parte de aquellos/as individuos pertenecientes a la comunidad de seguidores/as de una producción creativa (una serie de televisión, película, libro, comic o manga, entre otros) en particular como así también de una persona o grupo de personas que participan o realizan estas producciones (actores/actrices, bandas, *youtubers*, etc). Este conjunto de personas con un objeto o individuo de admiración en común es usualmente denominado -incluso por las mismas personas que lo componen- como fandom.

Antes de comenzar, definiré a los fanworks como cualquier tipo de expresión artística, ya sea en formato escrito/literario, gráfico/visual o audiovisual, que se caracteriza por presentar tres aspectos distintivos. Primero, esta clase de obras toma como base otra pieza original creada por un tercero —ya sea los personajes de esta o la historia y sus elementos— que, por consiguiente, cuenta con protección a través del derecho de autor¹. Segundo, estas obras son publicadas y distribuidas a través de la Internet, ya sea por foros online, grupos cerrados dentro de una plataforma específica, redes sociales o sitios web. Y tercero, los/as autores/as de estas obras deciden publicar y difundir sus creaciones sin fines de lucro.

¹. Cabe mencionar que también existen los fanworks basados en personas reales (por ejemplo, en el caso de bandas musicales y sus miembros, actores/actrices o youtubers, como fue mencionado anteriormente) pero por razones de extensión y debido a que esta clase de obras presenta controversias de distinta naturaleza -por ejemplo, referidas a si es ético o no utilizar el nombre y atributos de una persona humana real sin su consentimiento para escribir historias ficticias- que exceden el análisis que realizaré, no abordaré esta particular categoría.

El objetivo de este artículo es, en primer lugar, trazar una breve historia sobre los comienzos y el desarrollo de este fenómeno, para posteriormente poder encuadrarlo y analizarlo bajo la perspectiva del derecho de autor, particularmente haciendo hincapié en si es posible aplicar el derecho comparado (específicamente, la doctrina del fair use) en este tipo de creaciones y en caso afirmativo, qué características particulares debería tener esta adaptación. Asimismo, también se buscará estudiar las posibles implicancias que tendría el desarrollo de un conflicto legal derivado de esta clase de obras en nuestro país.

A su vez, cabe destacar que a lo largo del artículo haré hincapié en el fanfiction, debido a que esta rama de los fanworks es la que actualmente se encuentra más desarrollada y la que, en general, más interrogantes y conflictos suscita.

B. BREVE HISTORIA DE LOS FANWORKS

La idea de los fanworks como forma de expresión por parte de un grupo de seguidores/as de una cierta producción creativa es bastante reciente. Aunque sería difícil establecer exactamente cuándo se consolidó este concepto como lo conocemos hoy en día, hay un cierto consenso en que la aparición de la serie televisiva y posterior franquicia Star Trek (conocida en Latinoamérica como “Viaje a las Estrellas”) marcó un antes y un después en el fenómeno de este tipo de expresiones artísticas. El fandom de Star Trek, autodenominados trekkies, fueron los precursores de los fandoms actuales. Mucho antes de la existencia de la World Wide Web, una gran cantidad de seguidores/as de Star Trek (en su mayoría mujeres) marcaron el puntapié de lo que sería la revolución de los fanworks.

La primera edición del fanzine² Spocka-

nalía fue ideado por sus editoras Devra Langsam y Sherna Comerford y lanzado en septiembre del año 1967 en Nueva York, EEUU. Esta revista se caracterizaba por tener tanto contenido oficial, de los creadores/as y escritores/as de la serie (por ejemplo, Dorothy C. Fontana), como contenido creado por los seguidores/as de ésta. Dentro de los *fanworks*, se podían encontrar relatos, poemas, ilustraciones y comentarios basados en la obra original pero hechos por trekkies. Aunque no fue el primer fanzine en aparecer (estos ya existían desde la década de 1940 entre los seguidores/as del género de ciencia ficción) y solo tuvo 5 números, fue un hito en la historia no solo de los *fanworks* sino del fenómeno cultural de los fandoms en general, y generó la aparición de muchas otras revistas creadas y editadas por integrantes de distintos *fandoms* alrededor del país norteamericano.

C. COMPOSICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS FANWORKS

Si tomamos en cuenta las características esenciales de los *fanworks*, sería difícil imaginar que nadie, en toda la historia del arte, nunca haya utilizado una obra de otro/a autor/a como punto de partida para hacer su propia creación. En efecto, como señala Chavez Palacios (2019) en el caso particular del *fanfiction*, algunos fenómenos ya existentes desde hace varios siglos hoy encuentran cierta identidad con algunas de las características que componen a este género; es, por ejemplo, el caso de la hipertextualidad (cuando un texto deriva de otro preexistente). En este caso, nos encontramos con dos ejemplos muy famosos como son el *Ulises* de James Joyce y la *Eneida* de Virgilio, las cuales derivan de la *Odissea* de Homero, obra que funciona como hipotexto de las dos primeras. A su vez, también se da con la llamada literatura popular, que cuenta con ciertas caracte-

rísticas como la repetición de esquemas, situaciones o clichés fácilmente reconocibles por el público al que va dirigido, o la transmisión popular o “abierta” de esta clase de historias, que también encuentran su contraparte en el *fanfiction*.

Así, en el caso de la hipertextualidad, este concepto es, básicamente, la esencia del *fanfiction* (y de los *fanworks* en general), ya que, sin una pieza original utilizada como base para crear una nueva obra, no se configurarían los requisitos de este género. Por otro lado, en relación con la literatura popular, podemos ver que esa idea de ciertas situaciones repetidas o esquemas comunes encuentra su correlato en las popularmente llamadas “tropes”. Las tropes podrían ser definidas como ciertos esquemas o temas recurrentes que, en el universo de los *fanworks*, los/as autores/as utilizan como base para crear su obra. Aunque el concepto de trope no es exclusivo a los *fanworks*, sino que también pueden encontrarse en producciones de ficción en general, en el universo de los *fanworks* toman un papel protagónico³.

A su vez, dentro de las tropes, podemos encontrar cierta jerarquía; así, una de las tropes más utilizadas es el *Alternate Universe* (Universo Alternativo), usualmente abreviado como “AU”. La característica esencial de este trope es una divergencia de lo que se considera canon, esto es, los elementos característicos y reconocidos de la obra original. Para dar un ejemplo, tomemos la conocida serie de libros infanto-juveniles “*Harry Potter*”, de la escritora inglesa J.K. Rowling. Ciertos elementos que podrían ser considerados canon dentro de esta obra serían la condición de huérfano del protagonista, Harry Potter, su crianza alejado de la magia, su pertenencia a la casa de Gryffindor, su amistad con los personajes Ron Weasley y Hermione Granger, entre otros. Estos elementos son definitorios

2. Un fanzine puede ser definido como una publicación no oficial hecha por seguidores/as de un cierto fenómeno cultural. El término no fue utilizado por primera vez por Louis Chauvenet en 1940, un seguidor del género de ciencia ficción y creador del fanzine *Detours*. (Full Record for Fanzine n., s.f.).

3. Por ejemplo, el sitio web *TV Tropes* funciona como un archivo de gran cantidad de tropes existentes en la ficción en todas sus expresiones.

de la serie, y una alteración de ellos (por ejemplo, un *fanfiction* donde Harry, al entrar a Hogwarts, es seleccionado para la casa de Slytherin) permite dar lugar a una línea narrativa totalmente distinta. A su vez, debido al cambio de este elemento principal, se pueden dar otros cambios como consecuencia (Harry, al ser parte de la casa de Slytherin, genera una amistad con Draco Malfoy, en lugar de Ron y Hermione).

Cabe destacar que, debido a que ciertos sucesos dentro de la historia original pueden ser interpretados de manera distinta por cada lector/a, la línea divisoria entre lo que se considera *canon* y lo que no muchas veces es difusa. Por lo tanto, esta *trope* no debe tomarse como una categoría estricta, sino más bien como un concepto general que abarca distintas expresiones dentro de los *fanworks*.

A su vez, es importante mencionar que la idea de divergencia de los elementos característicos y definitorios de una obra no es algo que se presenta en todos los *fanworks*, aunque a primera vista pudiese parecer que sí. En efecto, para que un *fanwork* sea considerado como tal, es necesario que derive de una obra original, cuyo/a autor/a es un tercero. Pero el/la creador/a de un *fanwork* puede decidir atenerse al marco construido por el/la autor/a original⁴.

Dentro del universo de los *fanworks*, el catálogo que uno/a puede encontrar de distintas *tropes* es inmenso, y constantemente este catálogo se va agrandando con el advenimiento de nuevas generaciones de autores/as. Mientras que, a finales de 1970, unos años después de los inicios de este fenómeno, mencionados en el apartado I.B, una gran novedad fue la aparición de la llamada *slash fiction* (*fanworks* que tenían como protagonistas dos personajes masculinos en una relación homosexual que no existía en el

*canon*⁵), hoy en día podemos encontrarlos con las más variopintas *tropes* (solo a modo de ejemplo, es furor en muchos fandoms la llamada *coffeshop AU*, un subgénero de los *Alternate Universe* donde los personajes se conocen en el contexto de una cafetería y/o parte de la historia transcurre en ese escenario).

II. LA ERA DIGITAL Y SUS EFECTOS EN EL FENÓMENO DE LOS FANWORKS

Aunque, como hemos expuesto anteriormente, la presencia de obras creadas por fanáticos/as dentro de un fandom no es un suceso nuevo, estando presentes en esta clase de comunidades desde finales de la década de 1960, la incursión de las nuevas tecnologías cambió totalmente las reglas del juego. De ese *fanzine* de 5 ediciones creado y editado por dos *trekkies*, pasamos a comunidades online con millones de lectores/as por día.

La era digital facilitó de gran manera la interacción entre estas comunidades de seguidores/as, creando todo tipo de sitios virtuales de discusión como foros y grupos en redes sociales, que permitieron el acercamiento de estas personas con un interés común más allá de las numerosas barreras —como la distancia, el tiempo y los costos— que se presentaban anteriormente. Esto generó que el fenómeno de los *fanworks* se expandiera hasta niveles que antes hubiesen sido inconcebibles, gracias a las oportunidades que presentan estos sitios para la distribución y el acceso a estas obras.

4. Para clarificar esto, podemos pensar en un *fanfiction* o un *fanvid* que explora partes que han sido mencionadas, pero no contadas dentro de la misma historia original (ya sea en formato escrito en el primer caso, o en formato audiovisual en el segundo) o un *fanart* que se limita a mostrar una situación o escena que está presente en la historia original.

5. Una vez más, el fandom de la serie *Star Trek* fue precursor en este tipo de *fanworks*, con la pareja formada por los dos personajes principales (el Capitán James T. Kirk y el Primer Oficial Sr. Spock) como protagonistas.

En este sentido, se destaca la creación de sitios web que funcionan como archivo de estas producciones, como *FanFiction.net*, *Archive Of Our Own* (conocido popularmente por el acrónimo AO3) y *Wattpad* para las expresiones escritas, y *DeviantArt* para las obras gráficas/visuales (ello, con prescindencia de la presencia de otras redes sociales de gran popularidad como *Tumblr*, *Facebook* y *Twitter*, las cuales nuclea todo tipo de *fanworks*). La característica particular que tienen los archivos de *fanfiction* (es el caso de *FanFiction.Net*, *AO3* y *Wattpad*) es que permiten a los/as lectores/as filtrar fácilmente las obras que se encuentran en estos sitios, ya sea por fandom, idioma, personajes y/o parejas involucrados, género e incluso dependiendo de si es un trabajo que el/la escritor/a ya completó o no.

FanFiction.net se creó en 1998 y fue el primer sitio web de archivo multifandom. Antes de su aparición, existían algunos archivos específicos dentro de una comunidad de seguidores/as en particular, pero a partir del nacimiento de este sitio, se empezó a forjar la cultura de los *fanworks* que se encuentra vigente hoy en día. Así, como menciona Aitchison (2019), a la usanza de ese primer fanzine basado en *Star Trek*, *FanFiction.net* también marcó un quiebre, acompañado por el estallido que la *World Wide Web* estaba comenzando a generar. Especialmente, la aparición de la ya mencionada serie de libros *Harry Potter* generó un gran crecimiento en la cantidad de *fanfictions* que fueron escritos en esos primeros años del archivo y ese incremento, a su vez, inspiró a los/as seguidores/as de otros fandoms a comenzar a escribir sus propias historias.

En la actualidad, el sitio web más popular entre los archivos de *fanfiction* es *Archive of our Own*. Creado en el año 2008, ya a finales del año 2012 contaba con 20,3 mi-

llones de visitas semanales y para el segundo semestre del 2019, este número se había incrementado a más de 230 millones de visitas semanales. Este número se vio, a su vez, ampliamente incrementado a principios del 2020 debido la pandemia del COVID-19 y las medidas de distanciamiento y/o aislamiento social, que contribuyeron a que creciese el uso de estas plataformas. Para comienzos de abril de 2020, *AO3* contaba con 331 millones de visitas semanales (*Organization for Transformative Works*, 2020). Este número se torna aún más increíble teniendo en cuenta que el 29 de febrero de 2020, *AO3* dejó de estar disponible en la República Popular China⁶, por lo que sin el impedimento de los/as usuarios/as de ese país para acceder al sitio, el número reportado en el mes de abril probablemente hubiese sido mayor. Asimismo, actualmente este sitio web hospeda casi 6,5 millones de obras. (*Organization for Transformative Works*, 2020). Sin duda, en los últimos años, la proliferación de la práctica tanto de creación como de disfrute de *fanworks* dentro de los distintos fandoms generó la masificación de este fenómeno hasta llegar a estos números exorbitantes.

III. IMPLICANCIAS DEL FENÓMENO DE LOS FANWORKS EN EL DERECHO DE AUTOR

A. DIFERENCIAS ENTRE LA ERA DIGITAL Y PRE DIGITAL

Las nuevas tecnologías presentan gran-

6. En principio, según Deng (2020), se pensó que el bloqueo del sitio web en este país se había dado debido a numerosos reportes por parte de integrantes del fandom del actor Xiao Zhan ante las autoridades chinas por un *fanfiction* presente en este sitio donde figuraba el nombre del actor como personaje principal, ya que consideraban que los temas que trataba esta historia dañaban la imagen del actor. Sin embargo, es probable que la verdadera razón haya sido la entrada en vigor de una norma en ese país cuyas disposiciones regulan el contenido presente en las redes de información (en inglés, "Provisions on the Governance of the Online Information Content Ecosystem").

des desafíos para la propiedad intelectual. Como menciona Boretto (2005, p. 36), “La tecnología digital permite que estos materiales protegidos resulten más fácilmente accesibles al público y al uso no autorizado a través de las redes interactivas. El proceso de digitalización permite la conversión de las obras en una fórmula binaria que puede transmitirse y distribuirse por Internet reproducirse y guardarse en formato digital perfecto. En Internet el número puede ser ilimitado, casi instantáneamente y sin la degradación perceptible en la calidad propia del entorno analógico. Estas copias pueden transmitirse por el mundo en minutos y el resultado podría ser la ruptura de los mercados tradicionales de venta de copias de fonogramas, software, arte, libros y películas.”

Debido a esta desmaterialización de las obras y la introducción de diferentes medios por los cuales las obras protegidas se pueden distribuir masivamente, las infracciones al derecho de autor se volvieron moneda corriente, lo cual terminó generando grandes cambios en los modelos de negocios de la industria del arte (específicamente en el ámbito musical y audiovisual).

Algo similar sucede con los *fanworks* ya que, antes de la irrupción de la Internet, debido a las dificultades que había para distribuir este tipo de producciones, este fenómeno era de dimensiones mínimas y no era un aspecto de especial importancia y preocupación para los titulares de obras protegidas por el derecho de autor.

En efecto, como señalan Ecks and Writers University (2001), el primer caso de un conflicto conocido entre un/a titular de derechos de autor y un/a creador/a de un *fanwork* se dio en 1977, cuando Paramount, titular de los derechos de autor sobre Star Trek, envió un requeri-

miento a Linda Maclaren y Gina Martin, creadoras de un fanzine basado en la franquicia, para que cesen esta conducta y dejen de publicar esta revista, ya que consideraban que era una violación a los derechos que como titulares tenían sobre la obra. Sin embargo, Paramount no prosiguió con las acciones legales al enterarse que la publicación no era profesional, sino que estaba hecha por fans. Recién en 1981 ocurrió el segundo caso, cuando el presidente del club de fans oficial de otra franquicia, Star Wars, envió un similar requerimiento a los creadores del fanzine Guardian, debido a que, como titular de los derechos de autor, no autorizaba la emisión de *fanworks* basados en su obra que tengan carácter pornográfico. Sin embargo, en este caso el problema tampoco fue el *fanwork* en sí, sino la presencia de elementos explícitos en la historia. De hecho, dos meses después de este suceso, el mismo club de fans envió a todos/as los/as creadores/as de fanzines una guía para la publicación de esta clase de revistas, donde aclaraban que, si se seguían estos lineamientos, Lucasfilms Ltd. (titular de los derechos de autor) apoyaba la publicación de *fanworks*.

En la era pre digital, cuando los *fanworks* solo podían ser compartidos dentro de una publicación como un fanzine, la distribución de este tipo de obras era extremadamente limitada; solo podías acceder a ellas si conocías la existencia de algún fanzine, y muchas veces otras barreras como el costo y la distancia dificultaban la llegada incluso sabiendo a qué publicación acudir para encontrar este tipo de trabajos. El nacimiento de la Internet y el comienzo de la era digital cambió totalmente esta situación, permitiéndole a cualquier persona con una computadora y una conexión a internet el acceso a *fanworks* de todo tipo. Esto cambió totalmente la actitud por parte de los/as titulares de derechos de autor

ante los *fanworks*, y los requerimientos de desistimiento (*cease and desist letters*) se volvieron cada vez una práctica más usual. Sin embargo, el fenómeno de los *fanworks* nunca dejó de crecer, y curiosamente, el nivel de litigiosidad es extremadamente bajo⁷. (McCardle, 2003).

B. LOS FANWORKS Y EL RÉGIMEN DE DERECHO DE AUTOR EN LA ERA DIGITAL. LA DOCTRINA DEL FAIR USE

Como señala Guibault (2003, p.5), “El régimen de derecho de autor establece tradicionalmente un delicado equilibrio entre los intereses de los autores y demás titulares de derechos en cuanto al control y la explotación de sus obras, por un lado, y el interés opuesto de la sociedad por la libre circulación de la información y la difusión del conocimiento, por otro.” Pero este delicado equilibrio que tal vez el siglo pasado era apenas más fácil de conseguir, hoy en día genera cada vez más interrogantes, y su implicancia en los *fanworks* es un claro ejemplo.

En primer lugar, hay un interrogante base que se suscita en estos casos. Los *fanworks*, al ser objeto de protección a través de las regulaciones de propiedad intelectual, van a tener como base el principio de territorialidad, donde cada país determinará el alcance de esa protección. Aunque es cierto que en fuente convencional podemos encontrar consagrado el principio de trato nacional, siendo el ejemplo más claro el Artículo 5.1 del Convenio de Berna, la realidad es que, para los que nos convoca, la cuestión se vuelve más compleja ya que tenemos que considerar lo referido a las Limitaciones y Excepciones que existen respecto a la protección del derecho de autor.

Nos referimos, principalmente, a la doc-

trina del fair use (o *fair dealing*), presente en las legislaciones del *common law*, pero ausente en el sistema continental.

Tomemos el ejemplo de Estados Unidos: en la legislación estadounidense, el fair use está expresamente reconocido en la sección 107 del *Copyright Act of 1976*. Allí, se establece que será una limitación a los derechos exclusivos del autor el llamado “uso justo” de una obra. Para determinar si se configura este uso justo o *fair use*, es necesario tener en cuenta cuatro requisitos: 1) cuál es el propósito y el carácter del uso de esta obra, haciendo hincapié en si hay un uso comercial o no; 2) la naturaleza del trabajo protegido por *copyright*; 3) la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación a la obra protegida en su totalidad y 4) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida.

Entonces, ¿estarían permitidos los *fanworks* bajo la doctrina del fair use? Creemos que sí.

En primer lugar, debemos considerar el primer requisito que establece la legislación estadounidense: el propósito y el carácter del uso de esta obra, especialmente si hay un uso comercial o no.

En cuanto al carácter del uso de esta obra, es necesario que estemos frente a una obra transformativa; esto es, que se agreguen elementos nuevos que diferencien a la obra original del *fanwork*. Claramente, esto no va a ser fácil de evaluar, y distintos tribunales tendrán distintas opiniones acerca de lo que constituye un uso transformativo o no. En nuestra opinión, como fue mencionado anteriormente, esto no necesariamente implica que se cambien los elementos de base o definitorios (el canon) de la obra, sino que pueden mantenerse y cambiar, por ejemplo, solo el hilo narrativo o foco de la historia. A su vez, un claro

⁷ Incluso, se podría discutir que no hay ningún caso llevado ante tribunales judiciales que trate sobre un *fanwork* como hemos definido. Hay un caso controvertido (*Paramount Pictures Corp. v. Axanar Prods., Inc*) que será explicado más adelante.

ejemplo de un uso no transformativo para el caso particular de los *fanworks* sería, a nuestro parecer, aquel que incluye citas textuales de la obra original (de una cierta extensión, ya que no creo que podría aplicarse para el caso de ciertos términos o conceptos característicos de la obra. Por ejemplo, considerar que un *fanfiction* no es transformativo porque incorpora la famosa frase del Sr. Spock, “Live long and prosper”, en un diálogo, podría ser excesivo).

A su vez, es necesario tener en consideración el tipo de uso (comercial o sin fines de lucro) que se le da al *fanwork*. El fenómeno de los *fanworks* y las actividades que surgen de los fandoms en general, son, en esencia, sin fines de lucro. Los integrantes de un fandom dedican tiempo y dinero a ese objeto de admiración que tienen en común. En la misma línea que lo que expone Noda (2008), creemos que lo que une a los integrantes de un mismo fandom es ese afecto arraigado en común que tienen por esa expresión artística en particular, sea una serie de televisión, el universo creado por ésta, sus personajes, los valores que transmiten, etc. Es este afecto en común que culmina en la creación de distintos tipos de *fanworks*; los fans quieren usar ese sentimiento como inspiración para crear sus propias obras y compartirlas con otros individuos que comparten ese mismo interés. El mundo del *fanfiction*, particularmente, es un claro ejemplo. Si uno hace click en cualquier historia de cualquier plataforma de archivo de esta clase de obras, es muy probable es que se encuentre con alguna nota del/la autor/a instando a que los/las lectores/as dejen un comentario o un *like* en su historia. Es que, en el universo de los *fandoms* y de los *fanworks* en particular, ese gesto de apreciación (que puede ser un simple “Me gustó mucho tu historia, gracias por subirla”) es la verdadera divisa que se utiliza para la retribución.

Teniendo esto en consideración, el fin de lucro atentaría completamente contra la esencia del *fanwork*⁸ y, a su vez, no permitiría que pase el test para que se consolide un caso de *fair use*.

En relación con esto, podemos ubicar el caso “Paramount Pictures Corp.v. Axanar Prods., Inc” del año 2017 ante la United States District Court for the Central District of California. En este, se discute si la producción de *fanfilms* (un tipo de *fanvid*) basados en la franquicia Star Trek, de la cual la parte actora es titular del *copyright*, constituye *fair use* o no. Aunque no coincido con la decisión de la Corte en su totalidad, creo que es acertada la evaluación acerca de si hubo un uso comercial, ya que el demandado aprovechó la llegada de su producción para realizar una campaña de recaudación con el fin de producir nuevos films en el futuro, además de haberse beneficiado por no haber tenido que pagar licencia. Creo que el caso en cuestión difiere mucho de lo que es un *fanwork* genérico, como podría ser un *fanvid* hecho por diversión por un grupo de amigos/as y colgado en Youtube. El demandado mostró un despliegue de herramientas y recursos que no creo que sean atribuibles a la definición que hemos dado de *fanwork*.

En segundo lugar, nos encontramos con la naturaleza de la obra protegida por *copyright*. Este factor, como menciona Tushnet (1997), es regularmente citado pero pocas veces relevante. En general se utiliza para ofrecer más protección a la ficción que a la no ficción, o también se utiliza para considerar si es una obra publicada o no publicada. Como en el caso particular de los *fanworks* siempre estaremos frente a una obra de ficción (por más que sea basada en hechos históricos, hechos reales, etc) y, a su vez, frente a una obra publicada, en general siempre se dará la misma respuesta a

8. Actualmente, se ha ido instaurando una moda donde algunos/as creadores/as de *fanworks* abren una cuenta en ciertas plataformas como Ko-fi donde otros fans que aprecian sus obras pueden dejarles un pequeño monto de dinero en agradecimiento. Aunque en nuestra opinión esto tampoco configuraría un fin de lucro, no nos explayaremos sobre esto por una cuestión de extensión.

este punto. No significa, sin embargo, que por ser una obra de ficción publicada no pueda constituirse el *fair use*, simplemente se le deberá dar más relevancia a los otros factores.

En tercer lugar, es necesario evaluar la cantidad y sustancialidad de la porción usada en relación a la obra protegida en su totalidad. En este punto, vuelvo a coincidir con Tushnet (1997), respecto a que, en esta instancia, no solo es extremadamente difícil discernir cual sería la "porción justa" de uso, sino que, además, creo que tendrá más peso si la obra es o no transformativa que la cantidad y sustancialidad de la porción usada.

Por último, es necesario analizar el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida. Este factor estará muy relacionado con si hay o no un uso comercial. Lo importante de este requisito es que el *fanwork* no afecte el negocio de esa obra en particular. En general, creo que se puede observar lo contrario; si volvemos al ejemplo de Star Trek, es justamente la conformación del fandom y su interés por expresarse y comunicarse con otros seguidores/as a través de los *fanworks* que catapultó a la franquicia a ese nivel de éxito. Sin esa comunidad de seguidores/as fieles, sería difícil que hubiese alcanzado ese estatus. Y en la actualidad, el poder de los fandoms es más fuerte que nunca. Las mismas personas que crean *fanworks* son las mismas personas que evitan la cancelación de una serie televisiva o la mantienen al aire por muchos años más que lo esperado. El ejemplo más claro, como menciona Clark (2019), es la serie televisiva Supernatural, que en noviembre de 2020 vio su fin después de 15 temporadas al aire. Su creador original, Eric Kripke, solo había planeado hacer 5 temporadas, pero fue la aparición de un fandom devoto que aclamaba la continuación de las historias de

Sam, Dean y (posteriormente) Castiel que cambió los planes. No solo permitió que la serie llegase a su quinceava temporada, sino que además generó un gran mercado de convenciones de fans organizadas por la productora, quienes pagaban para poder ir a estos eventos donde pueden encontrarse con otros fans, escuchar a sus actores preferidos y tal vez conocerlos, comprar merchandising oficial de la serie, entre otras cosas. Y, por supuesto, Supernatural también es protagonista estelar en el universo de los *fanworks*. En *FanFiction.Net*, es la serie televisiva con más historias escritas (126.000, exactamente) en ese sitio (TV Shows | *FanFiction*, s.f.) y en *Archive of our Own*, la pareja de Dean Winchester y Castiel, dos de los personajes principales, es la más popular de todo el sitio, con 84.563 historias (AO3 Ship Stats 2020, 2020). Claramente, a veces los/as titulares del *copyright* pueden beneficiarse mucho más de lo que creen con la existencia de los *fanworks*.

C. SITUACIÓN EN NUESTRO PAÍS

En nuestro país, la situación cambia bastante. En el supuesto de que una persona quisiese demandar en fuero civil a alguien por violar el derecho de autor que tiene sobre cierta obra a partir de la creación de un *fanwork*, parecería que sería victorioso, ya que nada establece la normativa interna respecto de limitaciones o excepciones que apliquen a este caso. Por ejemplo, como menciona Marzetti (2013), nuestra Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723 es particularmente restrictiva acerca de las posibles limitaciones y excepciones al derecho de autor, y no recoge las posibilidades establecidas en fuente convencional. Sin embargo, la situación de los *fanworks* es bastante particular porque, en los hechos, es muy poco probable que todos los elementos del conflicto se den en Argentina. Los *fanworks*, aunque sus au-

tores/as llegasen a ser argentinos/as, en general están basados en obras extranjeras. Además, las plataformas mediante las cuales se distribuyen también tienen su domicilio en otro país.

Si un/a titular de obras protegidas por derecho de autor en Estados Unidos quisiese exigir un resarcimiento debido al daño ocasionado por un/a creador/a de *fanworks* argentino/a, más allá que la obra tendría protección en nuestro país debido al principio de trato nacional, sería difícil establecer cuál es el derecho aplicable al caso.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece en su Art. 2657: "Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país." En el caso donde el/la titular sea estadounidense, la obra haya publicada inicialmente en Estados Unidos, y la distribución se haya hecho mediante un sitio web que tiene sede en los Estados Unidos, por más que el/la autor/a sea argentino/a, no queda claro donde es que se produciría el daño. A su vez, teniendo en cuenta que, en el caso del *fanfiction*, la gran mayoría de las historias son escritas en inglés, sería difícil considerar que la supuesta infracción está dirigida a un público argentino y, por consiguiente, el daño se da en este país. A su vez, como señala Ca-

rrascosa González (2019), los daños que se verifican a través de internet suelen ser plurilocalizados, por lo que tampoco quedaría claro si el daño sucedería en solo un país o un conjunto de éstos, y cómo se resolvería en ese caso. A su vez, esto es aún más complejo si consideramos que en el artículo 2656, referente a jurisdicción, dos de los puntos de conexión haría referencia directa a la jurisdicción argentina.

IV. CONCLUSIÓN



El fenómeno de los *fanworks* (y de los *fandoms* en general) ha generado complejos pero interesantes interrogantes respecto a la aplicación de las normas que buscan proteger las obras a partir del derecho de autor, y es claro que la particularidad que le ha dado la masificación de este fenómeno en la era digital lo hace aún una tarea más difícil. Lo expuesto en este trabajo intenta acercarse a una posible respuesta a este tipo de interrogantes, donde se puede observar que no necesariamente una flexibilización en las excepciones y limitaciones a la protección implicará un detrimento a los derechos patrimoniales de los titulares de derechos de autor, sino que, por el contrario, puede llevar a que haya una relación más armoniosa entre las dos partes del conflicto. Sin embargo, aunque se presentan levemente más esclarecedoras, ni siquiera las legislaciones de países del *common law* pueden dar una respuesta certera a este conflicto, y la situación se torna aún más confusa cuando buscamos aplicar nuestra propia legislación, la cual no solo no tiene en cuenta en absoluto este tipo de fenómenos como posible excepción al derecho patrimonial del titular de la obra, sino que además tampoco es clara

acerca de la manera de resolver estas situaciones si se llegasen a dar. En nuestra opinión, sin duda un gran primer paso a que la solución esté más cercana será desarrollar una legislación que tenga en cuenta la problemática propia de la propiedad intelectual en los entornos digitales.

X



BIBLIOGRAFÍA

- Aitchison, S. (11 de diciembre de 2019). From Star Trek to Superwholock: A Brief History of *Fanfiction*. Fanbyte. <https://www.fanbyte.com/features/fanfiction-history/>
- AO3 Ship Stats 2020. (2 de Agosto de 2020). Archive of our Own. <https://archiveofourown.org/works/25671457/chapters/62325097>
- Boretto, M. (2005). Aspectos de la propiedad intelectual derivados del entorno digital, en el Derecho Internacional Privado. Edición electrónica gratuita. <https://www.eumed.net/libros-gratis/2005/mmb/indice.htm>
- Carrascosa González, J. (29 de diciembre de 2019). La vista del mosaico: daños en múltiples países, Internet, competencia desleal y demandas inteligentes. Accursio DIP - Blog. <http://accursio.com/blog/?p=1015>
- Chavez Palacios, E. (2019). MORFOLOGÍA DE UN RELATO POSMODERNO. LA HISTORIA DEL *FANFICTION* (1966-2016) (Tesis de Maestría, Universidad de Guanajuato). https://www.academia.edu/42081678/Morfolog%C3%AD_a_de_un_relato_posmoderno_La_historia_del_fanfiction_1966_2016_
- Clark, E. (17 de octubre de 2019). Why Has Supernatural Lasted So Long? One Word: Fans. Plugged In. <https://www.pluggedin.com/blog/why-has-supernatural-lasting-so-long-one-word-fans/>
- Deng, I. (3 de marzo de 2020). Archive of Our Own, one of the Internet's biggest *fanfiction* sites, blocked in China amid new censorship rules. The Star Online. <https://www.thestar.com/my/tech/tech-news/2020/03/03/archive-of-our-own-one-of-the-internets-biggest-fanfiction-sites-blocked-in-china-amid-new-censorship-rules>
- Ecks, M. & Writers University. (2001). A History of Television Fan Fiction. Writers University. <https://web.archive.org/web/20030423102749/http://writersu.s5.com/history/history01.html>
- Full record for fanzine n. (s.f.). Science Fiction Citations. Recuperado el 30 de octubre del 2020 de <https://www.jessesword.com/sf/view/186>
- Guibault, L. (2003). Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital. Boletín de derecho de autor - UNESCO, Oct.-Dec. 2003, p. 48. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000262606_spa?posInSet=1&queryId=8a99300c-e647-4584-bd-bb-381259c68dd4
- Jose, M., & Tenuto, J. (20 de octubre de 2014). Spockanalia -- The First Star Trek Fanzine. Star Trek. <https://intl.startrek.com/article/spockanalia-the-first-star-trek-fanzine>
- Marzetti, M. (2013). Propuestas para ampliar el acceso a los bienes públicos en Argentina - Es-tableciendo el necesario balance entre derechos de propiedad intelectual y dominio público (1.a ed.). CLACSO.
- McCardle, M. (2003). Fan Fiction, Fandom and Fanfare: What's All the Fuss? *Journal of Science & Technology Law*, 9(2). <https://www.bu.edu/law/journals-archive/scitech/volume92/mccardle.pdf>
- Noda, N. T. (2008). When Holding on Means Letting Go: Why Fair Use should Extend to Fan-Based Activities. *University of Denver Sports & Entertainment Law Journal*, 5(64). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1376223
- Organization for Transformative Works. (9 de mayo de 2020). Estadísticas del AO3 2020: Una mirada tras bambalinas | Archive of Our Own. https://archiveofourown.org/admin_posts/15997
- Organization for Transformative Works. (5 de septiembre de 2020). The OTW Celebrates Our 13th Anniversary | Archive of Our Own. https://archiveofourown.org/admin_posts/17068
- Richardson, M., & Tan, D. (2009). The Art of Retelling: Harry Potter and Copyright in a Fan-Literature Era. *U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 379*, 14(1), 31. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1365657
- Tushnet, R. (1997). Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, 17(3), 649-686. <https://tushnet.files.wordpress.com/2013/06/legalfictions.pdf>
- TV Shows | *FanFiction*. (s. f.). *FanFiction.Net*. Recuperado el 30 de octubre de 2020, de <https://www.fanfiction.net/tv/>