XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

VIRGINIA SUSANA BADO CARDOZO

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Felipe Chiarello de Souza Pinto, Virginia Susana Bado Cardozo – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-974-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direito e inovação. 3. Propriedade intelectual e concorrência. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

Texto de Apresentação do Grupo de Trabalho:

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA I

É com grande satisfação que avaliamos os trabalhos selecionados para o GT DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA I, a coordenação do GT foi composta pelos Professores Doutores Virginia Susana Bado Cardozo da Universidad De La República – UDELAR, Felipe Chiarello de Souza Pinto da Universidade Presbiteriana Mackenzie – MACK/SP e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, que subscrevemos esta apresentação.

O GT reuniu contribuições significativas que exploram diversos aspectos do atual contexto e abrangência do direito intelectual e concorrencial, refletindo a complexidade e a dinâmica do ambiente jurídico contemporâneo.

Os artigos aqui apresentados oferecem uma análise crítica e inovadora sobre temas variados e atuais. A diversidade dos temas abordados demonstra a amplitude e a profundidade das pesquisas realizadas, tanto no Brasil quanto no Uruguai, contribuindo para o avanço do conhecimento e para a prática jurídica.

Ordem de Publicação dos artigos:

1. A BUSCA PELA PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS EM ÂMBITO HOSPITALAR

2. FAN FICTION: EN BÚSQUEDA DE SU ÁMBITO DE LEGALIDAD

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ASPECTOS REGULATÓRIOS

4. NOVAS TECNOLOGIAS E O ACESSO À JUSTIÇA

5. O MODELO ONE-STOP SHOP COMO SISTEMA DE GESTÃO DOS DIREITOS AUTORAIS MUSICAIS NO BRASIL

6. PRIVACIDADE E DADOS NA ESFERA DIGITAL

7. REGISTRO CIVIL: DO SURGIMENTO ÀS INOVAÇÕES DAS PRIMEIRAS DÉCADAS DO SÉCULO XXI

8. TECNOLOGIAS DIGITAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TRADE-OFF ENTRE EFICIÊNCIA E ÉTICA

9. VALORAÇÃO DE TECNOLOGIAS: DESAFIOS NO CONTEXTO DO EXÉRCITO BRASILEIRO

As apresentações contextualizaram os artigos e destacaram a importância de cada um dos temas para o avanço do direito e para a cidadania e uma sociedade sustentável, promovendo um debate enriquecedor entre os participantes, verificada a grande participação de pesquisadores de vários estados brasileiros e especialmente, dos nossos anfitriões uruguaios, com o envolvimento notável de professores, pós-graduandos e alunos de graduação, que compartilhando maneiras de enfrentar os problemas levantados, nos presenteiam com textos de recomendada leitura.

Agradecemos ao seleto grupo que conosco integrou o GT DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA I, no CONPEDI internacional 2024, ocorrido na reconhecidamente respeitada e acolhedora UDELAR, em seus 175 anos.

Montevidéu, setembro de 2024.

Os coordenadores

FAN FICTION: EN BÚSQUEDA DE SU ÁMBITO DE LEGALIDAD

FAN FICTION: IN SEARCH OF THE SCOPE OF LEGALITY

Beatriz Bugallo Montaño
Giulietta Di Carlo
Federico Pérez

Resumo

Las creaciones conocidas como Fan Fiction, elaboraciones de los fans a partir de creaciones originarias, se desarrollan crecientemente desafiando los derechos de autor de las obras, sobre la base del interés que despiertan, con el agregado de imaginación. Ponen en conflicto, por un lado, el derecho de autor especialmente derecho de integridad; por el otro lado, están las libertades culturales. Se analiza cómo definir este conflicto, manejando conceptos como parodia, obra derivada, entre otros. En definitiva, procurando equilibrar los intereses contrapuestos para la convivencia y fortaleza de la cultura, se analiza el ámbito de las limitaciones y excepciones a la luz de la regla de los tres pasos. Esta nueva creación será acorde a derecho, siempre y cuando no sea comercializada ni suponga una alternativa a la obra protegida que implique la privación de un provecho económico a su autor. De lo contrario, se estarán violando los derechos patrimoniales del titular de la obra ficcionada, y como consecuencia se podrán aplicar las sanciones previstas para el caso concreto.

Palavras-chave: Fan fiction, Derechos de autor, Libertad de expresión, Acceso a la cultura, Excepciones

Abstract/Resumen/Résumé

Creations known as Fan Fiction, elaborations by fans based on original creations, are increasingly developed challenging the copyright of the works, based on the interest they arouse, with the addition of imagination. They conflict, on the one hand, with copyright, especially the right to integrity; On the other hand, there are cultural freedoms. We analize how to define this conflict, handling concepts such as parody, derivative work, among others. In short, seeking to balance the conflicting interests for the coexistence and strength of culture, the scope of limitations and exceptions is analyzed in light of the three-step rule. These new creations will be in accordance to law, as long as they are not commercialized or not representing an alternative to the protected work that implies the deprivation of economic benefit to its author. Otherwise, the economic rights of the owner of the original fictional work will be violated, and as a consequence the sanctions provided for the specific case may be applied.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Key words: fan fiction, Copyright, Freedom of expression, Access to culture, Exceptions

1. Introducción

1.1 Planteamiento del tema. Objetivo.

Una de las consecuencias directas de la globalización y los crecientes avances tecnológicos, es el hecho de que hoy en día, los diversos medios de entretenimiento (literario, musical, cinematográfico, etc.) son accesibles para la gran mayoría de las personas. Así, se constituyen las modernas industrias del entretenimiento presentes en nuestro día a día.

Actualmente, nos encontramos en un verdadero auge del entretenimiento fílmico. Series y películas se encuentran en constante desarrollo, creando nuevos universos constantemente. Similarmente, la industria literaria ha cobrado mayor popularidad dada la posibilidad de la impresión en masa y los bajos niveles de analfabetismo mundial. Ambas industrias se ven a su vez beneficiadas por la existencia de un mercado global, donde estos productos son ofrecidos a miles de millones de personas, requiriendo sus consumidores simplemente de una conexión a internet. De tal modo, los universos creados y las historias contadas, se extienden hoy en día a todos los rincones del planeta y son accedidos por la mayoría de la población mundial. Ello tiene diversas implicancias, especialmente en la regulación de los derechos de su creador, y en los mecanismos utilizados para controlar sus posibles vulneraciones.

Así arribamos al tema que nos convoca, el **fan fiction** (fanficción, en español, pero utilizaremos por lo generalizada la expresión en inglés). Si bien hay quienes señalan que el término ya existía hace tiempo, podemos afirmar que el fenómeno de la globalización y los avances tecnológicos sin duda aumentaron y facilitaron su creación en la modernidad. El Fan Fiction nos resulta de gran interés, dado que no se encuentra definido expresamente en la legislación Uruguaya, ni en la legislación Latinoamericana en general (ello sin perjuicio de la existencia de diversos trabajos doctrinarios sobre el tema). El derecho entonces se encuentra en un verdadero deber frente a la regulación del FanFiction, generando dudas tanto para el autor de la obra original, como para el creador de la fanfic.

Por esta razón, el presente trabajo tiene como objetivo central, brindar una definición propia del término, evaluando si verdaderamente existe o no una desprotección del autor y creador de la obra original frente a este fenómeno. Para ello, optamos por un método de definición de carácter residual, determinando primero que no es FanFiction, para luego arribar, en lo posible, a una definición sobre lo que sí es.

1.2. Conceptos previos: Fan, Fandom, Canon y Headcanon.

Como último punto previo al análisis del fan fiction , consideramos adecuado definir brevemente algunos conceptos relacionados con el mismo, para facilitar su comprensión. Estos conceptos son: Fan, Fandom, Canon y Headcanon.

En lo concerniente al **Fan**, el reconocido autor sobre la temática fan fiction Jenkins menciona que el diccionario de Oxford (Oxford latín diccionario de 1968), ya contenía una definición del término fanático. Sin embargo dicha definición tenía una connotación negativa acerca de la creencia excesiva, extremista y a distinta formas negativas de culto (Jenkins, 2006) Posteriormente, el mismo Jenkins brinda una definición propia del concepto de fanático, considerando a los mismos como lectores que se apropian de los textos populares y los releen de una forma que sirve a diferentes intereses, como espectadores que transforman la experiencia de mirar la televisión en una cultura participativa, rica y compleja.

Por su parte, la Real Academia Española define al fan como "*Admirador o seguidor de alguien o persona entusiasta de algo*". Asimismo, también presenta una connotación negativa del término agregando características tales como "*preocupado o entusiasmado exageradamente por algo*".

Es posible entonces concluir que nos encontramos frente a un "fan", cuando se trata de una persona que, con cierto fervor y entusiasmo superior al normal, sigue y disfruta de cierta persona, obra, etc. El fanático es aquel individuo que admira a alguien/algo, ya sea una persona real o un personaje ficticio, disfruta especialmente en la realización de una actividad o consumiendo algún tipo de entretenimiento, sea audiovisual o lectura, y además posee cierto conocimiento por encima de la persona promedio acerca de aquello que es fruto de su fanatismo.

Por otra parte, si bien como mencionamos, fan es el término singular utilizado para la denominación de alguien que es admirador de una persona o cosa, el conjunto de fans, recibe el nombre de **Fandom**. El mismo es una comunidad de personas que admiran algo en común. Es decir, para que dos fans integren el mismo Fandom, el objeto o sujeto de admiración debe ser el mismo. Se reconocen distintos grupos en la actualidad que se identifican como Fandoms. Hasta la obra audiovisual más insignificante o el cantautor menos reconocido pueden hoy en día tener una base de seguidores considerable. Esto se debe gracias a las

nuevas tecnologías y el fenómeno de la globalización, que permiten que los distintos productos realizados por autores lleguen a distintos rincones del mundo. Además dado el gran avance en las distintas tecnologías de la comunicación, estos individuos, fans, pueden reunirse de forma virtual, con individuos que sean fans de la misma cosa, creando así un Fandom.
Las personas que se encuentran dentro de un mismo Fandom, se reconocen como integrantes del grupo, y como bien señala Jenkins pueden hasta desarrollar "prácticas y lenguaje propios". A modo de ejemplo, los nombres que utilizan para identificarse como grupo, los cuales derivan de la conjunción de palabras o de palabras inventadas (p.ej. Potterheads, como se hace llamar el Fandom de Harry Potter).

Por último, el **Canon** y el **Headcanon**, son términos ligados a la historia en sí y al "universo" en el que la misma se desarrolla. Sessarego sostiene que la trama de una fan fiction puede desenvolverse dentro de dos clases de universos. Por un lado existe el universo "canon", el cual conserva y obedece el argumento de la obra original, por lo que es evidente el vínculo entre la misma y la nueva ficción. Por otro lado, en caso de que no se respete dicho argumento central, estaremos situados en el universo "alterno", dentro del cual el fan posee total libertad a la hora de crear la nueva obra ficticia (Sessarego, 2018).

Suele darse en la práctica que, para que ciertos hechos sean considerados canon (para que transcurran en el universo original creado por el autor y no constituyan historias paralelas), el mismo autor debe confirmarlo así. De esta forma, el término pasa de tener la acepción de hecho que ocurre en el universo principal, a cobrar carácter de sinónimo de lo "oficial". También suele hablarse de lo canónico y lo no canónico, siendo lo canónico el conjunto de hechos tal y como transcurrieron en la historia y lo no canónico lo que no. Por ejemplo, "Voldemort mata a los padres de Harry Potter" es canon, mientras que "Snape salva a los padres de Harry Potter, asesinando a Voldemort momentos antes de que los matara" no es canon.

Por su parte, el Headcanon es constituído por hechos que no suceden en el universo principal, y que surgen de las cabezas de los fans, por ello el nombre. El Headcanon puede ser utilizado para la creación de historias nuevas, integración de vacíos en la trama, dar explicaciones a eventos poco claros, crear relaciones entre personajes, etc. El mismo no es oficial, no es canónico al universo principal, y podría asimilarse con teorías o creaciones de los mismos fans.

2. ¿Qué es el Fan Fiction?

2.1. Orígenes del Fan Fiction.

Los relatos imaginarios sobre hechos o personajes reales, así como vestirse o actuar como cada quien imaginó que lo hacían personajes reales o ficticios fuera del contexto en el cual se los conoce, es una actividad tan remota como pensar en un grupo de hombres y mujeres sentados en torno a un fuego comunicándose entre sí.

La raíz del fan fiction coincide con la literatura oral y popular, por ejemplo en torno a la mitología griega que da lugar a tantas creaciones literarias desde la Antigüedad o en torno a cuentos del folklore tradicional medieval que siglos después se consolidan en cuentos que hoy identificamos como literatura clásica (Kahane, 2016, Reijnders et al., 2017). No sin razón aunque pueda considerarse irreverente – se dice que la propia Biblia es fan fiction de la historia de Jesús (Paulas, 2013). Shakespeare, entre tantos otros casos de la historia de las Artes, elaboró su obra dramática con los aportes de fan fiction de siglos anteriores (Hawkins, 2022), dándole una expresión literaria magistral.

De forma más estructurada se pueden destacar tres momentos en la evolución del fan fiction, tal como lo conocemos masivamente en la actualidad.

En primer lugar, mencionamos el punto de partida tantas veces comentado por doctrina e historiadores del fandom: en las primeras décadas del siglo XX, aún mientras Conan Doyle publicaba activamente las aventuras de Sherlock Holmes comenzaron diversas historias de fans de dichas historias. Emplazaban los personajes en la vida real, en contextos distintos de la línea argumental del autor, tenían vidas paralelas a las de su literatura original (Lantagne 2015, Hawkins 2022). Desató un furor que se mantiene al día de hoy en las distintas obras literarias y audiovisuales, en cine, televisión y plataformas, con hazañas de Holmes y Watson.

En segundo lugar, hacia el final de la década de los sesenta del siglo XX, desde el 8 de setiembre de 1966 día en que comenzó “Star Trek: la serie original”, creada por Gene Roddenberry, en la televisión de Estados Unidos de América, las actividades de los fans en torno a una obra llegaron un nivel histórico en masividad (Coppa, 2006). La estrategia

comercial de expansión a través de la televisión y otros medios donde se promocionó, que derivó en una de las franquicias multimedia más importantes de la historia, multiplicó de manera impresionante su popularidad con la actividad de los fans.

En tercer lugar, sobrevino el impulso de Internet a partir de la década de los noventa del siglo XX.

La expansión actual del fan fiction se sustenta en las posibilidades tecnológicas en comunicaciones y en la universalidad de acceso a tecnologías creativas. De esta forma se agregaron comunidades de Internet más allá de las fronteras, con fans creando individualmente o colaborativamente por medio de plataformas como prosumidores de contenidos, que se basan en creaciones intelectuales protegidas de gran popularidad (Carvallo & Parra, 2019). Muy numerosas iniciativas, incluso mediante aplicaciones de la Inteligencia Artificial, llegan hoy a numerosas personas que las comparten, modifican y también difunden a su vez.
Más allá de estas consideraciones que ponen en evidencia la raíz e impacto cultural del fan fiction, hay una dimensión económica cuantiosa.

2.2. Definición.

La traducción literal al español de la expresión “fan fiction ” es “ficción de un/a fanático/a”. Este fenómeno implica la realización de un texto ficticio por parte de un fan de cierta obra literaria preexistente, considerando a la misma como referencia para la ejecución de su nueva obra.

Es importante mencionar que para la elaboración de una “fanfic”, los autores no producen una copia del trabajo original. En este caso, los fans analizan, investigan y exploran dicho trabajo u obra en profundidad, con el fin de encontrar su propia impronta, y dotar la historia de sus propias ideas y creaciones.

Como principal lector de una fan fiction se encuentra aquella persona considerada “fan” de la obra literaria original. Por lo tanto, es posible considerar que la fanfic es una historia ficticia creada por fans para fans.

Sessarego sostiene que la trama de una fan fiction puede desenvolverse dentro de dos clases de universos. Por un lado existe el universo "canon", el cual conserva y obedece el argumento de la obra original, por lo que es evidente el vínculo entre la misma y la nueva ficción. Por otro lado, en caso de que no se respete dicho argumento central, estaremos situados en el universo "alterno", dentro del cual el fan posee total libertad a la hora de crear la nueva obra ficticia (Sessarego, 2018).

Es común que estas creaciones sean compartidas dentro de los distintos grupos de fans, denominados Fandom, para el entretenimiento de todos. Estas creaciones se caracterizan por la ausencia de filtros o restricciones, las cuales normalmente si posee un creador de una historia que pretende publicar. Así podemos encontrar todo tipo de contenido en los distintos fanfics.

2.2.I Personajes literarios y sus expresiones visuales.

Los personajes de una historia son quienes brindan el factor emocional que vincula a la misma con los lectores, haciendo que éstos se vean reflejados, implicados, y atraídos por la trama.

El personaje literario se irá formando y moldeando según la interpretación de cada lector, basándose el mismo en las descripciones físicas y características emocionales que establece el narrador a lo largo de la obra.

En este sentido, es relevante diferenciar que por un lado se encuentra el personaje literario, y por otro lado la expresión visual que un artista le brinda a dicho personaje, personalizando al mismo de determinada manera.

Es decir, la expresión visual que realiza un artista sobre un determinado personaje, nace a través de su percepción personal y propia de la historia narrada.

Por ejemplo, J.K Rowling describe a Voldemort como una especie de monstruo, de rostro demacrado y cadavérico sin nariz, con dientes afilados, lengua serpentina y ojos rojos. Por otra parte, el creador de las películas de Harry Potter, le otorga al personaje de Voldemort características que lo acercan a una figura humana más realista.

En base a esto, los fans de la Saga de Harry Potter han ido compartiendo a lo largo de los años, imágenes que muestran cómo hubiese sido el personaje de Voldemort si no se hubiera modificado su apariencia en los live actions.

Hoy en día, al hablar de éste personaje, es casi inevitable pensarlo e imaginarlo de la forma en que es representado visualmente a través de las películas. Sin embargo, al referirnos a dicha expresión visual, no estamos hablando del personaje literario creado por J.K Rowling.

2.3. Dificultades de su definición. Comparación con EEUU.

En lo que a la definición del fan fiction refiere, nos encontramos ante una verdadera ausencia de ésta en el sistema normativo uruguayo. Por esa razón, optamos por hacer un razonamiento inverso, delimitando qué exactamente no podría ser fan fiction , para arribar a la determinación de un área donde sí podría desenvolverse y existir el mismo.

Situación opuesta es la del sistema angloamericano, en el cual entendemos que el fan fiction está delimitado por el concepto del *"**fair use**"*. En dicho sistema legal existe el Copyright, al igual que en nuestro sistema pero con distinto nombre (Derechos de Autor), y por lo tanto las obras intelectuales y artísticas del autor, se encuentran legalmente protegidas contra la explotación indebida de las mismas. Debido a esto, podemos decir que el Copyright otorga el derecho exclusivo a la distribución, explotación y reproducción de la obra y su contenido a su titular, el autor.

Según Ernst Chua en su artículo "Fan fiction and Copyright", en el cual compara ambos fenómenos, en el sistema norteamericano el fair use se basa en cuatro consideraciones: I) El sentido y la forma del uso, es decir si el mismo es de uso comercial o sin beneficio remuneratorio; II) La naturaleza del trabajo protegido por Copyright; III) La cantidad de la porción del trabajo original utilizada en relación al trabajo protegido como conjunto; IV) El efecto del uso en el valor y mercado de la obra protegida (Chua, 2007).

El antes citado autor define que, el hecho de que el fan fiction se encuentre o no alcanzado por la excepción del fair use, depende de su relación con estos cuatro puntos específicos, y por lo tanto se debe analizar caso a caso.

Por otra parte, la llamada Doctrina del fair use es utilizada en los juicios norteamericanos por la defensa en casos donde se alegue Copyright infringement. Dicha defensa consistirá en establecer que el uso de la obra protegida bajo Copyright, fue realizado bajo la limitación a los derechos de autor conocido como fair use. Esta doctrina se encuentra expresamente consagrada en la *Section 107* de la *Copyright Act*, y define al fair use en base a los cuatro puntos antedichos. Constituye así una verdadera limitación a los derechos de autor, otorgando un área especial para la utilización de las obras por individuos distintos del autor, sin necesariamente implicar una violación a sus derechos.

En síntesis, es posible establecer que el fan fiction en el sistema angloamericano, se encontrará dentro del fair use cuando éste no implique la comercialización de dicha creación; cuando no disminuya el valor de la obra protegida por los derechos de autor, obrando por ejemplo como alternativa comercial a la obra en la que se basa; cuando se trate de una crítica o parodia al trabajo original. A pesar de ello, lógicamente corresponderá el análisis caso a caso para saber si efectivamente se entra en el ámbito del fair use o no.

2.4. Concepto residual: definición de obra derivada, parodia, pastiche, plagio.

La inexistencia de una regulación específica en materia de fanfics, impide determinar con facilidad su ámbito legal. Es por este motivo que resulta sumamente complicado establecer con precisión cuándo estamos ante una Fan Fiction.
Ante este panorama, definiremos a la misma a través de un criterio residual. Es decir, optaremos por definir una variedad de conceptos que no son considerados fanfics, conceptualizando a la Fan Fiction justamente mediante lo que **no** es.

En primer lugar, comenzaremos por establecer a qué nos referimos al hablar de **obra derivada**. Se consideran como tales, entre otras, a las adaptaciones, versiones, y traducciones de obras originales. También aquellas que incluyan o transformen una obra preexistente dentro de esa nueva creación. Como aspecto fundamental, relevante y sustancial, resulta imperioso señalar que el autor de la obra derivada deberá solicitar siempre y de manera previa, la debida y expresa autorización al autor de la obra original, ya que ante su ausencia, no podrá hacer uso de la misma, pudiendo incurrir en graves infracciones a la normativa vigente.

Asimismo, las obras derivadas son consideradas obras compuestas. Lipszyc sostiene que una obra compuesta es aquella "*obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la participación del autor de esta última*" (Lipszyc, 1993).

En segundo lugar, la **parodia** es considerada una obra derivada de creación intelectual, que busca hacer referencia a la obra original a través del humor, la exageración, la ironía, y la crítica o sátira. En estos casos, es totalmente evidente que estamos ante una obra distinta a la original, que no pretende reemplazar a la misma.

En tercer lugar, otro concepto relevante es el **pastiche**. El mismo consiste en la combinación de elementos y estilos de distintos autores, con el objetivo de realizar una nueva expresión artística. Es decir, la obra independiente y original se forma al mezclar los distintos aspectos extraídos de obras ya existentes.

Por último, nos referiremos al **plagio**. El Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI 1980) define al plagio como "*el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados*".

En 2010, la Suprema Corte de Justicia de Colombia (Echavarria Arcila, 2014) se pronunció sobre este asunto, y expresó que aquel autor que realice un plagio, está yendo en contra del derecho de paternidad. El mismo le otorga al autor de la obra, el derecho de ser reconocido como tal, sin que otro lo haga propio. En base a esto, autores uruguayos se adhieren a la postura colombiana, asegurando que aquel autor que se atribuye una obra como propia cuando no lo es, se está adueñando de la paternidad de la obra, lo cual constituye una grave infracción al derecho del autor original.

3) Límites al fan fiction

3.1. Derechos Morales y Patrimoniales del autor.

En primer lugar, al referirnos al derecho moral del autor, la autora Delia Lipszyc lo define como el derecho a la protección de la personalidad del mismo en relación con su obra.

Son considerados derechos personalísimos e inherentes del creador, perpetuos, imprescriptibles, innegociables, inalienables, inembargables e irrenunciables.
En base a esto, los derechos morales son considerados derechos de la personalidad, los cuales se encuentran determinados en el artículo 6 bis del Convenio de Berna, también Ley en nuestro país.

Por otro lado, la Ley Nº 9.739 (Ley de Derechos de Autor) enumera de forma taxativa en sus artículos 11, 12 y 13, cuáles son los derechos morales existentes en nuestro país. Ellos son los clásicos derechos de: de paternidad, integridad, retracto, modificación y divulgación.

En segundo lugar, hallamos los derechos patrimoniales del autor, los cuales coexisten con los derechos morales mencionados anteriormente, los cuales interactúan entre sí y son convergentes en las creaciones.
Los derechos patrimoniales son aquellos que refieren a la explotación de la obra por parte de su autor, y le conceden al mismo la facultad de autorizar, restringir o prohibir dicha explotación.
Por otro lado, la comercialización de la obra implica además el derecho a una retribución económica para el autor, justificada en el uso de dicha obra por parte de terceros.

Los derechos de explotación son en principio ilimitados, por lo cual reconocer únicamente los parámetros y restricciones establecidos por ley.

Por último, la explotación puede manifestarse a través de la reproducción material de la obra, o por medio de la comunicación y revelación pública de la misma en forma no material.

3.2. Provecho económico por la creación de una ficción.

Dentro del marco de derechos reconocidos por la legislación nacional e internacional, encontramos los Derechos Patrimoniales, y entre ellos, el Derecho a la explotación económica de la obra de su titularidad. Particularmente, en el sistema jurídico uruguayo, estos derechos se encuentran regulados en la Ley 9.739 de 1937 en su artículo 2.

El derecho a la obtención de una remuneración económica por la obra realizada, corresponde exclusivamente al autor de la obra. Por lo tanto, cualquier tercero que obtenga un

provecho económico en base a las creaciones de dicho autor, estaría flagrantemente violando este derecho patrimonial, y privando al sujeto legitimado de un ingreso por su creación intelectual. Esta solución presenta acuerdo tanto en la normativa nacional e internacional, como en la doctrina.

Entonces, si bien la definición del fenómeno fan fiction es dificultosa y puede ser discutida, hay una regla extremadamente clara y definida: el fan fiction no puede, bajo ningún concepto, ser objeto de explotación económica. En caso de serlo, se estaría violando el derecho exclusivo del autor de la obra a la explotación económica de la misma, consagrado expresamente en el artículo 2 de la ley 9.739, y sería pasible de la sanción consagrada en el artículo 46 de la misma ley.

Por su parte, el fair use en el sistema jurídico norteamericano, en la *Copyright Act Section 107*, establece expresamente que no constituirá excepción de uso legítimo (fair use) la comercialización de ese fan fiction , constituyendo en todo caso una infracción a los derechos de autor. Asimismo, amplía su regulación, determinando que tampoco constituirá fair use cuando esa creación del fan constituya un sustituto a la obra ficcionada, al momento de analizar los efectos del fan fiction en el mercado. Es decir que, no sólamente no constituirá fair use el fan fiction cuando perciba un provecho económico, sino que también cuando constituya una alternativa a la obra protegida, disminuyendo su valor en el mercado o quitándole posibles compradores que optan por el fanfic.

3.3. Vías para la protección contra aquel fanfic que viola los límites

En el sistema jurídico uruguayo, la Ley 9.739 prevé distintas sanciones para aquellos casos en los cuales se vulneren los derechos de autor. Específicamente nos referimos a las disposiciones previstas en el Capítulo X de dicho cuerpo normativo.

En cuanto a las disposiciones penales, cuando el titular de los derechos de autor considere que el fan fiction le causó un perjuicio, una vez acreditados los hechos establecidos en la norma, podrá el perpetrador ser castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría, como señala el artículo 46 literal A de la Ley 9.739. Empero, como se trata de disposiciones penales, rigen los principios y conceptos de dicha rama jurídica, por lo que habrá que probarse la culpabilidad del sujeto, y la conducta del mismo deberá encajar con el tipo descrito en el artículo.

A su vez, en su literal B, el artículo establece que el Juez que entienda sobre el incidente podrá ordenar la supresión de aquellos instrumentos que se encuentren en infracción de los derechos del autor. Se podría interpretar que el Juez podrá decretar la supresión del material creado por el fanático cuando el mismo viole los derechos de autor del creador de la obra ficcionada.

Además de dichas sanciones, se prevé la posibilidad de instaurar medidas cautelares preventivas o asegurativas. Las preventivas se imponen para evitar la realización de la infracción, mientras que las asegurativas funcionan para evitar que se vuelva a violentar los derechos del titular. Ambas se encuentran reguladas en el artículo 48 de la Ley.

Por último, el artículo 47 establece la posibilidad de solicitar el cumplimiento de una medida preparatoria para constatar la infracción. Esta herramienta con la que cuenta el autor sirve como medida previa al accionamiento, para constatar que efectivamente se está lesionando su derecho como autor de la obra ficcionada.

4. Cómo fundamentar los derechos de los creadores del fan fiction

4.1. Limitaciones y excepciones al Derecho de Autor

Corresponde en primer lugar analizar si alguna de las limitaciones o excepciones previstas en nuestro derecho en materia de Derecho de Autor, alcanza la situación de nuestro objeto de estudio: el fan fiction . A través de las mismas se busca mantener un equilibrio, en este caso entre el interés individual del autor de la obra ficcionada, y el creador del fanfic. Asimismo, es pertinente examinar si dicho equilibrio de libertades relacionadas con la expresión, las ideas y el acceso a la cultura, habilitan una creación ficcional libre.

En primer lugar, incumbe hacer referencia a la excepción de educación. La misma apunta a un Derecho de Autor que potencie la educación, evitando obstaculizar a la misma.
Si bien no es una excepción determinada expresamente por el derecho uruguayo, los Tratados Internacionales de Derecho de Autor contemplan la necesidad de su existencia. Sin embargo, no constituye una excepción aplicable directamente en casos de fan fiction , debido a que la educación no es el escenario propio de éste fenómeno.

Por otro lado, podríamos cuestionarnos acerca de la excepción de cita, la cual implica una presencia referencial en la obra denominada fan fiction . No obstante, este hecho no acontece ni caracteriza a nuestro objeto de estudio, ya que la nueva creación está compuesta por un personaje o un grupo de personajes ficticios, que interactúan de manera diferente, sin incluir en ella citas referenciales.

En tercer lugar, es posible señalar la excepción vinculada al uso de una obra para el debate científico, filosófico o político. En este caso, y al igual que sucede con las excepciones precedentes, la misma no se ajusta a las situaciones específicas de fan fiction . Lo mismo ocurre con las excepciones o limitaciones de discusión o noticia.

En base a esto, deducimos que en el sistema latino-europeo, las limitaciones y excepciones no constituyen un elemento ajustado y adecuado para determinar el ámbito de legalidad del fan fiction . Esto sumado al hecho de que no es posible ampliar una excepción o limitación, debido a que dicho acto implicaría ir en contra de la naturaleza de las mismas.

Sin perjuicio de ello, si contemplamos la regla de los tres pasos que deben cumplir las excepciones o limitaciones para ser consideradas como tales (establecidos en el artículo 13 ADPIC), es posible concluir que en el fan fiction pueden aplicarse dos de ellos. Es decir, si bien las excepciones no se encuentran previstas por una disposición específica, este fenómeno no atenta contra la normal explotación de la obra, ni tampoco pretende sustituir la ganancia del autor de la obra ficcionada.

Por lo tanto, como el fan fiction no contradice ni amenaza estos aspectos mencionados, es viable entender que nos encontramos en un ámbito donde es factible conjuntar libertades.

4.2. El ámbito de las libertades.

Del punto analizado supra, es posible concluir que, en el sistema latino-europeo las limitaciones y excepciones no son el elemento adecuado para el desenvolvimiento del fan fiction . Esto dada la redacción actual y consideración de las distintas excepciones y limitaciones a los Derechos de Autor que presentan ambos sistemas, y que no permiten el ingreso del fan fiction en ellas.

Entendemos que, al estar limitando el derecho que ostenta el titular de la obra ficcionada, el cual posee fuente legal y constitucional (estando la propiedad intelectual protegida especialmente por el artículo 33 de la carta) y por lo tanto, la interpretación de dichas limitaciones y excepciones debe ser restrictiva. Esto implica que hay un área muy acotada sobre la cual se puede operar, y no consideramos adecuado el dilatar los conceptos para introducir el fan fiction dentro de estos.

Entendemos que, al estar limitando el derecho que ostenta el titular de la obra ficcionada, la interpretación de dichas limitaciones y excepciones debe ser restrictiva. Ello considerando que en nuestro ordenamiento, dicho derecho posee fuente legal y constitucional (artículo 33 de la carta).
Como consecuencia, existe un área muy acotada sobre la cual se puede operar, y no consideramos adecuado el dilatar los conceptos para introducir el fan fiction dentro de estos.

Descartada el área de limitaciones y excepciones por las razones expuestas, surge entonces la interrogante referida a dónde colocar al fan fiction . Al tratarse de un fenómeno existente y de creciente popularidad, el mismo no puede ser ignorado por el derecho, dado los legítimos conflictos que pueden surgir a raíz de este fenómeno. Si en nuestro derecho operara la doctrina del fair use (como lo hace en el sistema anglosajón), el fan fiction podría sin ningún inconveniente desenvolverse en esa área. Sin embargo, nuestro sistema y la mayoría de sistemas latinos, carecen de una norma que consagre dicha doctrina.

Creemos que, frente a los vacíos normativos y la restricción interpretativa presente, el camino más adecuado lo conjugan las libertades. Más específicamente, nos estamos refiriendo a la libertad de expresión, derecho humano reconocido en la mayoría de los sistemas legales del mundo, no siendo el nuestro una excepción.

La clave radica en hallar el equilibrio entre, por un lado los derechos del autor derivados por la creación de una obra de su propia titularidad, y por otro las libertades con las que contamos todos los seres humanos, incluídos lógicamente los fans.

Por lo tanto, siempre que en el uso de la libertad de expresión, se cree un fanfic a partir de una obra protegida por derecho de autor, no vulnerando los derechos patrimoniales del titular de la obra, se estaría actuando acorde a derecho. Nos referimos específicamente al

artículo 13 del tratado de ADPIC que reza "*Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos*".

Imponiendo como barrera la explotación económica del fanfic, creemos perfectamente posible el equilibrio entre las libertades y la titularidad de derechos de autor, y siempre que se mantenga dentro de esta área, el fan fiction será acorde a las normas, en el sentido de que no viola los Derechos de Autor que ellas consagran.

5. Conclusión:

Podríamos definir al fan fiction como aquella creación derivada de la imaginación del fan, como consumidor del producto y no del autor, como creador del mismo, dónde puede narrar una nueva historia completamente distinta localizada en un universo diferente, o una continuación de la misma historia en el mismo universo, pero siempre en base a un producto ya existente. El fan, con sus pre concepciones y expectativas particulares hacia el producto, crea una propia historia partiendo de la historia original, para darle cierre o continuidad a la misma, acorde a sus propias preferencias.

Esta nueva creación será acorde a derecho, siempre y cuando no sea comercializada ni suponga una alternativa a la obra protegida que implique la privación de un provecho económico a su autor. De lo contrario, se estarán violando los derechos patrimoniales del titular de la obra ficcionada, y como consecuencia se podrán aplicar las sanciones previstas para el caso concreto.

Esta noción entonces no sería ajena a nuestro derecho (artículo 13 del Tratado de ADPIC y Ley 9.739), como tampoco lo es con respecto a la doctrina del fair use, y como tal la consideramos la más adecuada para el fenómeno objeto de nuestro estudio.

En cuanto a la desprotección del autor, entendemos que visto el fan fiction de esta manera, el autor dispone de medios suficientes previstos en los cuerpos normativos para accionar contra aquel fanfic que violente sus derechos. Por lo tanto, consideramos que el titular de la obra protegida no se encuentra desamparado frente al fenómeno en cuestión.

Asimismo, en contraposición se establece una barrera de ciertas manifestaciones que incluyen creaciones, respecto de las cuales los titulares de derechos no pueden accionar.

En síntesis, nos encontramos ante el enfrentamiento o contraposición de dos derechos: el derecho del autor de la obra originaria y el del creador del fan fiction . El equilibrio entre ellos debe resolverse sobre la base de que, el ejercicio de uno de estos derechos no impida el ejercicio del otro, en tanto no implique una superposición de los valores que corresponde proteger en cada caso..

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carvallo, A. & Parra, D. (2019) Analyzing Network Effects on a fan fiction Community. https://www.researchgate.net/publication/335689802_Analyzing_Network_Effects_on_a_Fan fiction_Community. 21/5/2024

Coppa, F. (2006) A Brief History of media fandom. *Fan Fiction and Fan Communities in the Age of the Internet*. Hellekson, K. & Busse, K. (Ed.). Jefferson: McFarland.

Chua, E. (2007) Fan Fiction and Copyright: Mutually Exclusive, Able to Coexist or Something Else?. *Murdoch University Electronic Journal of Law* Vol.14 Nro. 2. https://www5.austlii.edu.au/au/journals/MurdochUeJlLaw/2007/27.html, 25/5/2024

Echavarría Arcila, M.A.(2014) ¿Qué es el plagio? Propuesta conceptual del plagio punible. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 44, núm. 121, julio-diciembre. Universidad Pontificia Bolivariana: Medellín. https://www.redalyc.org/pdf/1514/151433273011.pdf, 25/5/2024

Hawkins, G.L. (2022) The art of fanfiction: exploring the social, cultural and creative contributions of fanfiction for the creative writing classroom. Tesis. https://uobrep.openrepository.com/handle/10547/625761 21/5/2024

Jenkins, H. (2006) Fan Fiction as Critical Commentary. http://henryjenkins.org/2006/09/fan_fiction_as_critical_commen.html (25/5/2024)

Kahane, A. (2016) Fan Fiction, Early Greece, and the Historicity of Canon. *The Classical Canon and/as Transformative Work*. Ika Willis ed., special issue Transformative Works and Cultures, no. 21. https://doi.org/10.3983/twc.2016.0681. 21/5/2024

Lipszyc, D. (1993) *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Zavalía, UNESCO, Cerlalc.

Paulas, R. (1 de abril de 2013) The Bible Is Nothing but Fan Fiction for Jesus.

https://www.vice.com/en/article/8gvpj5/the-bible-is-nothing-but-jesus-fan-fiction 21/5/2024

Reijnders et al. (2017) Fandom and Fan Fiction. The International Encyclopedia of Media Effects.

https://www.researchgate.net/publication/314712237_Fandom_and_Fan_Fiction 21/4/2024

Lantagne, S. (2015) Sherlock Holmes and the Case of the Lucrative Fandom: Recognizing the Economic Power of Fanworks and Reimagining Fair Use in Copyright, *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 21, 263. http://repository.law.umich.edu/mttlr/vol21/iss2/2 21/5/2024

OMPI. (1980) Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Ginebra: OMPI.

Sessarego, JL (2018) Nada de cuarta pared: la íntima relación autor-lector en la escritura de fanfiction. *Altre Modernità, n. 19 mayo*

https://doi.org/10.13130/2035-7680/10111 5/6/2024