

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

LICENCIATURA EN CIENCIAS DE LA COMUNICACIÓN

Tesina de Grado

Cultura Fan en YouTube

**Las implicancias del derecho de autor y copyright en el derecho a la libre
participación en la vida cultural**

Carolina Martínez Elebi

Tutora: Mg. Beatriz Busaniche

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Mayo 2015

“Nada es más humano que compartir historias.”

Henry Jenkins, Sam Ford y Joshua Green, *Spreadable Media* (2013)

“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.”

Artículo 27. Inciso 1. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	5
RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN: Tecnología para la creación, propiedad intelectual y el derecho humano de libre participación en la vida cultural	9
La importancia de la libertad para el desarrollo de la cultura	11
CAPÍTULO 1: Antecedentes	16
1. a. La circularidad en la cultura	17
1. b. Apropiación del discurso ajeno	20
1. c. Aproximaciones a la cultura fan	24
1. d. Los fanzines	26
CAPÍTULO 2: Cultura fan en la era de la digitalización e Internet	28
2. a. Consumo como producción cultural y participación. FanVid, FanFilm y Mashup	28
2. b. La digitalización e Internet	31
2. c. YouTube: la plataforma para la comunidad fan	33
2. d. Las cuatro regulaciones de Lessig	35
CAPÍTULO 3: Derechos de Autor y Copyright	39
3. a. La OMPI: de Berna a Beijing	41
3. a. i. El Convenio de Berna	42
3. a. ii. Los Tratados de Internet de la OMPI	43
3. a. iii. El Tratado de Beijing	45
3. b. La propiedad intelectual en la OMC: el Acuerdo sobre los ADPIC	46
3. c. Leyes nacionales de EE.UU. y Argentina	48
3. c. i. La Copyright Act de EE.UU.	48
3. c. ii. La Digital Millennium Copyright Act (DMCA)	52
3. d. La Ley 11.723 de Propiedad Intelectual en Argentina	53
3. e. ¿Cómo se aplican las leyes? El rol de los intermediarios: YouTube	56
3. e. i. Términos de uso y condiciones	60
CAPÍTULO 4: Descripción y análisis de casos	64
4. a. Buffy, Twilight y todo Hollywood remixado. Mashup y <i>fair use</i>	64
4. b. Power/Rangers. Conflictos con el FanFilm	69
4. c. El sube y baja de los FanVids	73
4. d. ¿Por qué estos casos?	75

CAPÍTULO 5: Debates y tensiones en el marco del DDHH de la libre participación en la vida cultural	77
5. a. El Derecho a la libre participación en la vida cultural en la DUDDHH y en el PIDESC	77
5. b. La interpretación de los incisos a) y c) del artículo 15 del PIDESC	79
5. c. La situación en Argentina y Estados Unidos	85
CONCLUSIÓN	88
BIBLIOGRAFÍA	91
ANEXO 1 – Capturas de pantalla	101
ANEXO 2 – Entrevistas	109

AGRADECIMIENTOS

La elaboración de la tesina está lejos de ser una tarea individual. Es por eso que quiero agradecer a Beatriz Busaniche por coordinar el Grupo de Investigación en Comunicación sobre DDHH en Internet en el que trabajamos en conjunto con Damasia Patiño Mayer, Sabina Blanco Vecchi y Tamar Colodenco, con quienes pudimos intercambiar lecturas e interpretaciones y aprender juntas. Gracias a ellas por su aliento durante y después de esos encuentros.

También agradezco a Adrián Troitiño, colega y gran amigo, por los consejos diarios, la motivación, por leer mi trabajo y aportar ideas, sugerencias y correcciones para hacer que el resultado sea el mejor posible. Gracias también a Fernando Amdan, por haber sido mi docente y ahora mi compañero en la cátedra Becerra, donde aprendí y descubrí un mundo que desconocía y que me llevó a encontrar mi rumbo académico.

Detrás de un trabajo de más de un año de paciencia y dedicación están mis familiares y amigos a quienes también agradezco por el apoyo constante, por bancarse mis mensajes monotemáticos durante meses y por entender mis ausencias en reuniones y eventos. Sobre todo agradezco a mis viejos, Oscar y Elsa, por su cariño, por estar y por todo lo que hicieron por mí durante todos estos años, por sus consejos, por ser mi ejemplo, por alentarme y siempre confiar en mí, y a mi hermana, Chivi, por su dulzura, su comprensión, por ser mi ejemplo de constancia, dedicación y esfuerzo, y por ser mi amiga.

Escribir la tesina es una tarea que puede ser muy satisfactoria pero también generar momentos de inmensa angustia y sufrimiento, lo que no solo afecta a quien la escribe sino a quienes nos rodean. Por eso quiero agradecer infinitamente el amor, la paciencia y la comprensión de mi compañero, Pablo Cesar, a quien elegí y sigo eligiendo para compartir la vida. Gracias por estar a mi lado para escucharme, aconsejarme y para ayudarme en todo lo necesario para que pudiera enfocarme en estudiar, investigar, escribir y corregir este trabajo.

RESUMEN

En la actualidad, la tecnología ha avanzado hasta el punto de permitir que cualquier persona con ganas de aprender pueda utilizar las herramientas disponibles para crear sus propias producciones culturales. Las mismas pueden variar desde un texto publicado en un blog hasta una película casera grabada con un celular y publicada en alguna plataforma de videos, ya sea YouTube o Vimeo, entre otras. Esto también es posible gracias al aumento de la capacidad de conexión de Internet, que ha permitido que un usuario pueda publicar contenidos de mayor tamaño en menos tiempo. Es decir que, aquellas personas que antes para realizar una película o un cortometraje necesitaban tener cámaras especiales y equipos profesionales de edición, ahora pueden hacerlo con un celular o una *tablet* –si quisieran grabar alguna imagen– y con una computadora portátil que tenga instalado cualquier software de edición de video –que pueden descargarse gratis y fácilmente de Internet–. De estas posibilidades, surgen los FanVids, FanFilms o Mashups que pueden encontrarse circulando en YouTube. Distintos tipos de videos grabados o editados por fanáticos de series o películas que quieren contar sus propias historias a partir de mundos y personajes que son admirados por ellos. Buffy, la cazavampiros; Edward de Twilight; Harry Potter; Kirk y Spock de Star Trek; y hasta el Chavo del 8, son, en la actualidad, algunos de los personajes que protagonizan muchos de los videos producidos por fanáticos que pueden verse online.

Sin embargo, algunos de esos videos podrían no permanecer online debido a los reclamos por posible violación de los derechos de autor de las obras originales –o textos fuente, como serán mencionados en este trabajo–, ya que pueden ser eliminados sin que intervenga la justicia. Los motivos por los que pueden ser eliminados son diversos, pero siempre tienen como eje las legislaciones de derechos de autor y las voluntades de los titulares de esos derechos de dejar que la obra derivada continúe publicada o no. Como intermediaria entre los usuarios y los autores o las empresas titulares de los derechos de autor, está la plataforma que aloja esos contenidos, YouTube, que cumple con su rol de otorgar herramientas a los autores que quieran denunciar la violación de sus derechos –de manera cada vez más rápida y sencilla– y de educar a los usuarios para que los contenidos que publiquen no violen el copyright de otras obras.

El problema a analizar tiene que ver con establecer si las leyes de propiedad intelectual de Argentina, la ley 11.723¹ (Ley de Propiedad Intelectual), y de Estados Unidos (Copyright Act y Digital Millennium Copyright Act –DMCA–), tal y como están redactadas actualmente, afectan el “derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y a gozar de las artes” (como indica el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de quienes crean este tipo de obras derivadas –FanVids, FanFilms y Mashups– y las publican en YouTube. Es decir que el objetivo es observar cómo influyen las leyes de derechos de autor, por un lado, y la responsabilidad del intermediario –YouTube–, por el otro, en la producción y permanencia en la web de este tipo de obras derivadas. ¿Cuál es el impacto de estas regulaciones en el ejercicio del derecho esencial de los usuarios al libre goce de las artes y las ciencias? ¿Se cumple con el derecho humano de la libre participación en la vida cultural? ¿Existe un equilibrio entre este derecho y el derecho de propiedad intelectual de los autores? Estos son algunos de los interrogantes que guían el presente trabajo.

La introducción presenta un panorama sobre una doble tensión que existe en torno a la creación de obras derivadas por parte de las comunidades de fans. Por un lado, la tensión entre las posibilidades que brindan las herramientas tecnológicas e Internet y las restricciones que imponen las leyes de derechos de autor y copyright. Por otro lado, la tensión que existe entre estas leyes y el derecho humano a la libre participación en la vida cultural, entre las que no se ha llegado a un equilibrio².

A lo largo del capítulo 1 se repasa brevemente el modo de funcionamiento de la cultura, teniendo en cuenta el concepto de *circularidad de la cultura*³, con el fin de mostrarla como algo que vive. El objetivo es sugerir la necesidad de un debate que debe comenzar a darse, considerando los cambios que están ocurriendo en la producción, circulación y consumo de bienes culturales en el contexto tecnológico actual. Además, se describen brevemente las características de la cultura fan y,

¹ Promulgada en 1933 y a la que se le fueron haciendo modificaciones con el pasar de los años y con el surgimiento de nuevas tecnologías.

² Tal y como lo manda la Observación General N° 17, adoptada el 21 de noviembre de 2005 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 35o. Período de sesiones. Ginebra 7 a 25 de noviembre de 2005. Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a). Apartado C del Párrafo 1 de artículo 15 del PIDESC. Disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf (visto el 16 de febrero de 2015).

³ El concepto es planteado por Mijail Bajtin (2008), pero en este trabajo será retomado a partir de la interpretación realizada por Peter Burke.

finalmente, se presentan a los fanzines realizados entre la década del 60 y 70 como antecedentes pre Internet de lo que luego serían las FanFiction en foros de Internet⁴ y de los FanVids, FanFilms y Mashups que serán el objeto de este trabajo.

En el capítulo 2 se describe brevemente el significado que tiene su forma de consumo como producción cultural, con el fin de comprender la necesidad de liberar el acceso a la cultura y de subordinar el derecho de autor al derecho de libre participación en la vida cultural. Asimismo, se desarrolla cómo influyen en la creación y difusión de los FanVids, FanFilms y Mashups la digitalización, Internet –en cuanto a alcance a cada vez más usuarios y el incremento de la velocidad de conexión–, y la existencia y funcionamiento de YouTube –como la plataforma elegida por mayoría de usuarios para compartir videos⁵–.

En el capítulo 3 se desarrolla la evolución de la legislación en materia de derechos de autor y propiedad intelectual, con el eje en lo que sucede con la creación de obras derivadas. Desde el ámbito internacional a partir del Convenio de Berna; la importancia de la OMC –Organización Mundial del Comercio– por sobre la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO, por sus siglas en inglés–; el rol de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI–; y las leyes nacionales de Argentina (la ley 11.723 de Propiedad Intelectual) y de Estados Unidos (Copyright Act y Digital Millennium Copyright Act –DMCA–). Luego se analiza, por un lado, qué sucede con el *fair use* –o doctrina de uso justo– y la parodia en Estados Unidos, y de qué manera influyen los derechos morales en la ley argentina. Finalmente, se observa de qué manera aplica YouTube las leyes a través de sus términos de uso y condiciones y de su tecnología de ID de Contenido, que es el servicio de análisis automático de videos que ofrece la plataforma a los propietarios de derechos de autor⁶.

En el cuarto capítulo se presentan diversos casos de FanVids, FanFilms y Mashups que fueron publicados en YouTube y que tuvieron distintas consecuencias. Por un lado, se presentan casos de videos que fueron eliminados por YouTube, debido a las denuncias de violación del

⁴ Este tipo de FanFiction es la que trabaja Libertad Borda (2008, 2011).

⁵ En las estadísticas publicadas por la misma empresa, dice que se publican “100 horas de video en YouTube por minuto”. Esta información puede consultarse en <https://www.youtube.com/yt/press/es-419/statistics.html> (visto el 16 de noviembre de 2014).

⁶ En su sitio, YouTube explica con detalles y videos tutoriales en qué consiste este servicio y cómo funciona la herramienta <https://support.google.com/youtube/answer/2797370> (visto el 16 de noviembre de 2014).

copyright realizadas por los titulares de los derechos de autor de los textos fuentes de esas obras, y, por otro lado, también se mencionan algunos ejemplos de videos que no se han visto afectados del mismo modo. En base a los diversos casos presentados, se observa una discrecionalidad a la hora de eliminar contenidos de YouTube que depende, casi exclusivamente, de que los titulares de los derechos quieran o no realizar la denuncia.

Finalmente, en el capítulo 5 se plantean los debates y las tensiones que existen entre las leyes y tratados de propiedad intelectual y el derecho humano de la libre participación en la vida cultural, que está presente en el artículo 27, inciso 1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDDHH–⁷, adoptada el 10 de diciembre de 1948, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–⁸, adoptado el 16 de diciembre de 1966, en su artículo 15, párrafo 1, inciso a).

⁷ La DUDDHH está disponible en español en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (visto el 8 de febrero de 2015).

⁸ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está disponible en español en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (visto el 21 de febrero de 2015).

INTRODUCCIÓN

TECNOLOGÍA PARA LA CREACIÓN, PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHOS HUMANOS

“La tecnología significa que ahora podés hacer cosas asombrosas con facilidad. Pero no podés hacerlas legalmente con facilidad”

Lawrence Lessig, Cultura Libre (2005).

Desde la década del 90, las tecnologías de digitalización permitieron a los usuarios crear, copiar y editar contenidos de diversos formatos con una libertad y facilidad que hasta este momento eran impensadas. En paralelo, la existencia de Internet y la cada vez mayor capacidad de conexión, agregaron la posibilidad de compartir cualquier contenido que alguna vez se hubiera creado y convertido a un formato digital (ya sea texto, audio, una fotografía o un video). Estas funciones, todas juntas (crear, copiar, editar y compartir), cada vez más fáciles de realizar gracias a la tecnología disponible para cada vez más personas y gracias a la conectividad que permitió establecer el contacto entre millones de usuarios alrededor del mundo dispuestos a compartir contenidos, fueron las que facilitaron el gran despliegue, primero de las **FanFiction** y luego del **Vidding** o **FanVid**, del **FanFilm** y del **Mashup**.

Libertad Borda define a la FanFiction como “la escritura no profesional de relatos basados en ficciones audiovisuales o novelas que extrapolan personajes y situaciones para insertarlos en nuevas tramas” (2008:171). En este trabajo se hace mención de este tipo de obras como antecedentes de las producciones audiovisuales elaboradas por la cultura fan. Por su parte, Daniela González define de la siguiente manera al concepto de Vidding –o FanVid–⁹: “es una práctica que supone la creación de una obra audiovisual –el vid– consistente en una yuxtaposición de imágenes y música, que dialoga con un texto proveniente de los medios masivos de comunicación (al que denominaremos texto fuente)” (2013:5). A diferencia del FanVid, “los fan films son películas realizadas por fans basadas en universos ficcionales pero a partir de escenas filmadas por los

⁹ En este trabajo se utilizará la denominación de FanVids en lugar de Vidding.

propios fans” (González, ídem). Finalmente, con respecto al Mashup¹⁰, Koshmider, Torres y Pelechano explican que la idea es “crear nuevo contenido a partir de reusar y combinar contenidos existentes de fuentes heterogéneas”¹¹ (2009:1). El presente trabajo se centra en el análisis de estos tres tipos de obras cuando son publicadas en YouTube.

El eje de este trabajo es que, a pesar de que los avances en la tecnología incrementaron las posibilidades de realizar obras digitales –sobre todo a partir de las funciones de “cortar”, “copiar” y “pegar”¹²–, las leyes y tratados internacionales no siguieron el mismo camino. Las leyes de propiedad intelectual –en Argentina y Estados Unidos, que serán los casos a tener en cuenta aquí– fueron ampliando cada vez más la cobertura de los derechos de autor y copyright de las obras culturales, en general, y de las audiovisuales, en particular, generando así restricciones cada vez mayores al acceso a los bienes culturales y a la libertad de participación en la vida cultural, debido a que los usuarios tienen cada vez menos posibilidades de crear obras derivadas¹³ basadas en textos fuente¹⁴ que están cubiertos por los derechos de autor. Estas restricciones, de acuerdo a como están escritas en las legislaciones, influyen también sobre las obras derivadas sin fines de lucro, es decir a aquellas que pueden ser consideradas como *creatividad amateur*¹⁵ (Lessig, 2012:299).

La importancia de la libertad para el desarrollo de la cultura

Existe un concepto que se refiere a un movimiento que realiza la cultura. Este concepto es el de *circularidad*¹⁶, y el mismo permite imaginar fácilmente ese recorrido circular que realiza la

¹⁰ Existen diversos tipos de Mashup. El más conocido es el que se hace con la música, pero en el presente trabajo solo se referirá a los Mashup que se hacen con videos (ya sea de películas, series o programas de televisión).

¹¹ La traducción es propia.

¹² “Copiar y pegar” son comúnmente conocidas por su denominación en inglés “copy/paste”.

¹³ Las obras derivadas se conocen como “transformative works” en inglés. Puede consultarse en <http://transformativeworks.org/what-do-you-mean-transformative-work> (visitado el 23 de julio de 2014). También se los llama “derivational works”. El sitio web pertenece a la Organization for Transformative Works (OTW) que, en “Nuestra misión”, asegura: “Creemos que las obras de lxs [sic] fans son transformativas y que las obras transformativas son legítimas” (ver: <http://transformativeworks.org/es/sobre-la-otw/lo-que-creemos>). La OTW “es una organización sin fines de lucro, administrada por y para fans, con el propósito de proveer acceso y preservar la historia de las obras de fans y su cultura”, declaran en su página principal.

¹⁴ Se utiliza el concepto tal y como lo plantea Daniela González en su tesina de 2013.

¹⁵ De acuerdo al concepto de Lawrence Lessig en *Remix*, que hace referencia a la creatividad no profesional.

¹⁶ El concepto es planteado por Mijail Bajtin (2008), pero en este trabajo será retomado a partir de la interpretación realizada por Peter Burke.

cultura, lo que lleva a preguntarse dónde comienza y dónde termina ese círculo. Este concepto se incluye en este trabajo solo con el fin de mostrar a la cultura como algo que vive¹⁷, algo que circula.

En el contexto actual de digitalización y de compartir archivos a través de Internet, la cantidad de obras que se crean todos los días y que se comparten a través de diversas plataformas es cada vez mayor. Entre esos contenidos, muchos están basados en obras preexistentes, y algunos lo están de un modo mucho más evidente que otros. El ejemplo del Mashup de “Argentina según Hollywood”, de Federico Fabrizio, es una compilación de fragmentos de series y películas producidas en Hollywood en las que se menciona a Argentina, relacionando al país con diversos temas (desde el tango y el deporte, hasta el tráfico de órganos y el encubrimiento de nazis alemanes). Este Mashup utiliza los contenidos originales de esos textos fuente con el objetivo de hacer referencia a cómo Hollywood muestra a la Argentina. Puede considerarse como una obra derivada que busca hacer un comentario o una crítica sobre esos textos fuente. Algo similar sucede con el Mashup “Buffy vs. Edward”, de Jonathan McIntosh, en el que mezcla imágenes de la serie Buffy, la cazavampiros con imágenes de Twilight, con el objetivo de criticar los roles femenino y masculino construidos en la segunda, y resaltar los valores de la protagonista de Buffy.

Ambos creadores de estas obras no pensaron que sus videos pudieran ser objeto de censura. Sin embargo, las empresas titulares de los derechos de autor de algunos de los textos fuente utilizados en ambos videos consideraron que éstos estaban violando sus derechos y que debían ser eliminados de YouTube¹⁸, donde se encontraban publicados y donde ya habían tenido una considerable cantidad de visualizaciones¹⁹. Luego de varias idas y vueltas, ambos videos están nuevamente publicados en la plataforma, pero no sin la incertidumbre de saber hasta cuándo los dejarán estar ahí, ya que las leyes siguen estando a favor de los titulares de los derechos.

En este contexto, es necesario comenzar a dar el debate acerca de cómo influye la propiedad intelectual en el desarrollo cultural, considerando los cambios que están ocurriendo en la

¹⁷ Remitiendo al concepto de “vida cultural” tal y como se presenta en la Observación General N° 21 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2009: “La expresión ‘vida cultural’ hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro”, y como lo explica Lea Shaver en *The right to take part in cultural life: On Copyright and Human Rights*: “algo vibrante y dinámico, un fenómeno diverso que cambia y se desarrolla” (2009:644). La traducción es propia.

¹⁸ Los casos se presentan en el capítulo 4 de este trabajo.

¹⁹ Al día 29 de abril de 2015, “Argentina según Hollywood”, parte 1, tiene 466.559 visualizaciones; la parte 2, 113.628 visualizaciones; y el video “Buffy vs Edward: Twilight Remixed”, tiene 3.683.907 visualizaciones.

producción, circulación y consumo de bienes culturales a partir del uso de las nuevas tecnologías (cfr. Lessig, 2005, 2012; Centro Cultural España-Córdoba, 2009; Shaver, 2009). Como se afirma en el Prólogo de *Cultura Libre* de Lawrence Lessig:

Tras toda obra está en germen el dilema de una sociedad que debate entre la denegación y el acceso al conocimiento, buscando que se respeten los derechos de los creadores y a la vez se posibilite mayor democracia cultural, y con ello la construcción de un Estado pluralista y participativo (2005:9).

¿Qué pasa con los derechos que los autores ceden a las empresas de la industria cultural? ¿Es lo mismo prohibir la reproducción de copias que prohibir la creación de obras derivadas? Los usuarios que crean FanVids, FanFilms o Mashups buscan narrar algo diferente de lo que cuentan sus textos fuente. Esta manera de construir relatos no es novedosa para la historia de la cultura, lo novedoso son las herramientas tecnológicas que facilitan el proceso de tomar algo creado por otro y transformarlo en una obra nueva.

En la africana y en otras culturas orales, así es cómo la cultura ha funcionado tradicionalmente. En ausencia de cultura escrita, los relatos e historias se compartían comunalmente entre los intérpretes y su audiencia, originando así una versión tras otra, cada una de las cuales superaba a la anterior al incorporar las contribuciones y reacciones de la audiencia, al integrar nuevos detalles y giros inesperados a medida que era alterada por el colectivo. Esto nunca se consideró una copia, un robo o una violación de la propiedad intelectual, sino que se lo aceptaba como el modo natural por el que la cultura evoluciona, se desarrolla y avanza. A medida que cada nueva capa de interpretación se pintaba sobre la historia o la canción, esta se veía enriquecida en lugar de mermada por ellas (Lessig, 2012:36).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDDHH–²⁰, adoptada el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 27 dice:

²⁰ La DUDDHH está disponible en español en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (visto el 8 de febrero de 2015).

1. Toda persona tiene derecho a **tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad**²¹, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Por otro lado, en 1966 se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–²², en el que se desarrollaron algunos de los derechos consagrados por la DUDDHH. Entre esos derechos, el artículo 15 dice:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) **Participar en la vida cultural**²³;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

El panorama descrito por Lessig muestra cómo funcionaba esa libre participación en la vida cultural que podían hacer los miembros de una comunidad, lo que, asegura, permitía que esa cultura continuara desarrollándose con el aporte de todos los que tuvieran algo para sumar a esas canciones o historias. Por supuesto que esto se refiere a un momento de la historia en el que no existían los derechos de propiedad intelectual. Como puede observarse, el inciso c) del párrafo 1 del artículo 15 del PIDESC se refiere a los beneficios que le corresponden a un autor a partir de la protección de los intereses morales y materiales. Esta es la parte de este artículo sobre la que hace foco la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI–, que en su sitio web oficial asegura que su misión es “llevar la iniciativa en el desarrollo de un sistema internacional de P.I. equilibrado y eficaz, que permita la innovación y la creatividad en beneficio de todos”²⁴.

²¹ El resaltado es propio.

²² El texto completo y en español puede consultarse en el sitio oficial de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (visto el 8 de febrero de 2015).

²³ El resaltado es propio.

²⁴ Disponible en <http://www.wipo.int/about-wipo/es/> (visto el 17 de febrero de 2015).

Sin embargo, en el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual²⁵, en sus artículos 3 y 4, en los que se detallan los fines de la Organización y sus funciones, sólo se menciona una y otra vez el objetivo de proteger la propiedad intelectual, pero nada se dice sobre garantizar la libre participación en la vida cultural, por lo que no se alcanzaría un equilibrio entre ambos derechos. Esto mismo sucede con las leyes nacionales de propiedad intelectual y derechos de autor, y esto contradice a la Observación General N° 17, que en su párrafo 35, expresa:

El derecho de los autores e inventores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que les correspondan por razón de sus producciones científicas, literarias y artísticas no puede considerarse independientemente de los demás derechos reconocidos en el Pacto. Por consiguiente, los Estados Partes tienen la obligación de lograr un equilibrio entre las obligaciones que les incumben en el marco del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15, por un lado, y las que les incumben en el marco de otras disposiciones del Pacto, por el otro, a fin de promover y proteger toda la serie de derechos reconocidos en el Pacto. Al tratar de lograr ese equilibrio, no deberían privilegiarse indebidamente los intereses privados de los autores y debería prestarse la debida consideración al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus producciones.

El interés del tema reside en que, mientras por un lado se desarrollan herramientas tecnológicas que permiten expandir las posibilidades a los usuarios para que puedan crear contenidos y compartirlos a través de Internet, por otro lado, se dan debates que tienen como objetivo llevar a que las legislaciones nacionales e internacionales en materia de derechos de autor sean cada vez más restrictivas. En este marco, resulta importante –y quizás también necesario– exponer casos concretos en los que esta tendencia hacia una mayor restricción puede perjudicar el desarrollo de la vida cultural, haciendo que cada vez crezca menos, vibre menos y cambie menos. Siendo que el ser humano es un ser cultural, este no debe ser un tema que escape a su preocupación y ocupación.

²⁵ Firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283997#P55_3106 (visitado el 17 de febrero de 2015).

CAPÍTULO 1: ANTECEDENTES

“A finales de la década de 1980 y principios de la de 1990, los estudiosos de la cultura, incluido un servidor, describimos a los fans mediáticos como un importante banco de pruebas para las ideas relativas al consumo activo y la creatividad popular. Nos sentimos atraídos por la idea de que la «cultura de los fans» operaba a la sombra de, en respuesta a, y como alternativa a la cultura comercial. La cultura de los fans se definía mediante la apropiación y transformación de materiales tomados de la cultura de masas; era la aplicación de las prácticas de la cultura popular a los contenidos de la cultura de masas.”

Henry Jenkins, *Convergence Culture* (2008).

Antes de que produjeran videos y los publicaran en Internet para compartirlos con el resto del mundo, los fans utilizaban otros recursos para participar activamente de aquellas historias y personajes que admiraban y que consumían con pasión. En este capítulo se describe el surgimiento de esas prácticas que, con los años y cambios tecnológicos y culturales, llegaron a lo que hoy se conoce como FanVids, FanFilms y Mashups.

Estas prácticas culturales no son aisladas, sino que están envueltas en una lógica social determinada, ya que responden a la manera que tiene el ser humano de relacionarse. La cultura, incluso desde antes de Internet —o fuera de ella—, tiene un movimiento, una vibración que la mantiene viva²⁶, circulando entre los seres humanos que la producen, la consumen, la intercambian, la transforman, la hacen crecer con cada intervención que realizan sobre algo ya creado por otro ser humano en algún otro rincón del mundo o en otro momento de la historia.

²⁶ Como se explicó en la Introducción, la idea de una cultura “viva” remite al concepto de “vida cultural” tal y como se presenta en la Observación General N° 21 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2009: “La expresión ‘vida cultural’ hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro”, y como lo explica Lea Shaver en *The right to take part in cultural life: On Copyright and Human Rights*: “algo vibrante y dinámico, un fenómeno diverso que cambia y se desarrolla” (2009:644). La traducción es propia.

1. a. La circularidad en la cultura

Existe una concepción de la cultura como algo que se mueve, que está vivo, y que, literalmente, circula. Es decir que, se considera que la cultura se ha movido de manera circular, atravesando así a los seres humanos que la conforman. Esta característica de la cultura se ha profundizado a partir del desarrollo tecnológico, con las posibilidades que ha brindado la digitalización, al haber permitido romper con las barreras de lo físico²⁷ y con las posibilidades que ha brindado el desarrollo de Internet, que cada vez permite conectarse con más partes del mundo y con cada vez una mejor capacidad de conexión²⁸. Diversos autores, además, han trabajado el concepto de “circularidad en la cultura” que tiene que ver con que la cultura sería como un círculo en el que se produce un permanente intercambio –y conflicto– entre la cultura dominante y la popular (cfr. Burke, 2008; Bajtín, 2008; Espinal Pérez, 2008). Por su parte, Borda (s/f) retoma esta idea de la circularidad, a partir de Bajtín, al enfocarse en el concepto de “apropiación del discurso ajeno” para intentar comprender la lógica de la creación de la *fan fiction*.

Con respecto al concepto de *circularidad cultural*, Burke (2008:139) lo define de la siguiente manera:

La metáfora del círculo es útil para referirse a algunas consecuencias de los encuentros culturales y, en particular, a las adaptaciones de elementos de cultura extranjeros o extraños que llegan a arraigar de tal manera que el resultado a veces puede “reexportarse” con éxito al lugar donde se originó dicho elemento.

La circularidad puede darse de distintas formas, tales como las que se dan entre la cultura culta o alta, la popular y la masiva (cfr. Alabarces y Rodríguez, 2008), o, por ejemplo, entre las

²⁷ Antes de la digitalización de las obras culturales, para prestar un libro, una película o un álbum de música se debía dar el soporte físico que uno tuviera a la otra persona, ya sea personalmente o a través del correo postal o algún intermediario concreto. La digitalización permitió –y permite– ya no necesariamente prestar sino directamente regalar, compartir, las copias digitales de cualquiera de estas obras. Es decir, la digitalización ha permitido multiplicar la cantidad de archivos y ha hecho posible que ya no fuera necesario que quien quisiera compartir una obra debiera dejar de tenerla para dársela a alguien más. Con la existencia de un original –un video, un libro, un CD–, la tecnología permite realizar infinita cantidad de copias para compartir.

²⁸ Es importante destacar que en esta afirmación no se incluyen a aquellos países que tienen restringidos el acceso y el uso de servicios similares a YouTube y herramientas de software que permitan compartir o descargar contenidos con cobertura de derechos de autor sin autorización de los titulares de esos derechos. Asimismo, se tiene en cuenta que esta afirmación no se aplica a aquellos países o regiones en los que existe una importante brecha digital con los países más desarrollados, por lo que están en desigualdad de condiciones.

distintas formas de comunicación (oral, escrita o audiovisual) (Burke, 2008:140). En el caso de este trabajo, son las producciones audiovisuales masivas –de diversas series televisivas o sagas de películas– las que son tomadas por las comunidades de fans para la creación de obras derivadas como son los FanVids, FanFilms y los Mashups.

En estos casos, lo que sucede es que los fans toman los “universos de ficción” (Martos Núñez, 2011:13) y personajes de las series o películas de las que son seguidores, y crean nuevas obras a través de las cuales dialogan con esos textos fuente. De hecho, no existe ninguna obra que pueda crearse sin que esté relacionada, de alguna manera, con alguna o algunas obras preexistentes (cfr. Verón, 1993).

Una obra es eslabón en la cadena de la comunicación discursiva; como la réplica de un diálogo, la obra se relaciona con otras obras-enunciados: con aquellos a los que contesta y con aquellos que le contestan a ella; al mismo tiempo, igual que la réplica de un diálogo, una obra está separada de otras por las fronteras absolutas del cambio de los sujetos discursivos. (Bajtín, 2008:265).

La particularidad, no menor, de las obras que se analizan en este trabajo es que, a diferencia de los textos escritos que dialogan con obras previas (es decir que cada palabra ha sido escrita por quien establece ese diálogo), los FanVids y Mashups son videos que los fans realizan re-editando las imágenes originales de esas películas o series con las que quieren dialogar. El caso de los FanFilms se aproxima más a lo que sucede al escribir un texto, ya que los actores, vestuario, escenografía y guión son propios de los fans que quieren recrear el “universo de ficción” para contar una historia diferente.

Quien hace un análisis de las distintas formas en que puede desenvolverse la cultura es Lawrence Lessig en su trabajo *Remix* (2012). El autor explica que existen dos tipos de culturas que tienen que ver con el nivel de participación de los ciudadanos: la de SL –Solo Lectura– y la de LE²⁹ –Lectura/Escritura–. Es decir que los ciudadanos tienen dos formas de relacionarse con la cultura que los rodea, lo que influye en que la cultura circule o no. En la de SL, ocupan el lugar de un mero

²⁹ “La analogía se establece con los permisos que puede incorporar un determinado archivo de un ordenador. Si el usuario cuenta con permisos de «Lectura/Escritura» (LE), entonces se le permite tanto leer el archivo como efectuar cambios sobre él. Si solamente tiene permisos de «Solo Lectura» (SL), lo único que se le permite es leer el archivo” (Lessig, 2012:56).

consumidor de las obras que realizan otras personas, artistas profesionales, sin la posibilidad de hacer otra cosa más que solo leer (o escuchar, o ver). En cambio, en la cultura de LE –que es la que él promueve y considera que hay que proteger– los ciudadanos adquieren un rol activo, ya que sobre las obras que leen, pueden escribir, modificar, pueden producir cultura aunque no sean profesionales. Lessig se refiere a los diversos modos de “escribir” y a las posibilidades de una cultura de LE (Lectura/Escritura) en la música y el audiovisual:

Mientras que la escritura textual era algo que se le enseñaba a todo el mundo, la producción de discos y películas fue, durante la mayor parte del siglo XX, algo reservado a profesionales. Eso conllevó que fuera más fácil imaginar un régimen que exigiera permiso para citar películas y música. Tal régimen era al menos factible, aunque ineficiente. Pero ¿qué ocurre cuando la escritura fílmica (o musical, o icónica, o cualquier otra forma de «expresión profesional» del siglo XX) se vuelve tan democrática como la textual? (2012:88).

Esta diferencia que realiza Lessig puede relacionarse con la distinción que hace Roland Barthes, y que cita Daniela González en su trabajo, entre texto legible, al que define como “mero producto que puede ser leído pero no escrito”, y texto escribible, como aquellos que “son un presente perpetuo que tiene como objetivo hacer del lector ya no un consumidor sino un productor de textos” (2013:79).

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, es importante destacar que un consejo que suele darse a escritores para potenciar su creatividad es el siguiente:

10. Escucha nueva música.

Y lee nuevos libros, visita nuevas exposiciones, mira nuevas películas... Siempre. La cultura es algo vivo y en constante movimiento. Fíjate en las cosas nuevas que se están haciendo en todas partes [sic] porque te pueden aportar claves, puntos de vista frescos.³⁰

“La hipótesis de «circularidad cultural» reconoce la existencia de combinatoria, influencia e interacción entre culturas”, dice Espinal Pérez (2009:226), refiriéndose específicamente al intercambio que se realiza entre cultura dominante y cultura popular. Siguiendo con lo planteado

³⁰ “23 trucos para ser un escritor más creativo” en el portal web de Literautas. Disponible en: <http://www.literautas.com/es/blog/post-3771/23-trucos-para-ser-un-escritor-mas-creativo/> (visitado el 5 de abril de 2015).

por Borda (s/f:14), quien reconoce como “polémico” afirmar que la FanFiction fuera una práctica “popular”, podría considerarse que el modo de apropiación del discurso ajeno (Bajtín, 1974³¹) y esa interacción que se da entre las producciones audiovisuales masivas y las realizadas por los fans remite a las prácticas vinculadas a lo “popular”.

Cuando Lessig (2012:58) analiza el paso de una cultura de LE a otra de SL, asegura que: “el siglo XX supuso la primera vez en la historia de la cultura humana en que la cultura popular se convertía en profesionalizada, y en que a la gente se le enseñaba a dejarla en manos de profesionales”. Sin embargo, en el siglo XXI eso cambió –como se verá en el capítulo 2– y la tecnología digital permitió volver a pasar a una cultura de LE.

Finalmente, en algunos casos el círculo se cierra, ya que los representantes de la industria cultural promueven y retoman las obras que los fans realizan para transmitir a través de sus canales de comunicación para el consumo masivo:

Mientras que ningún productor ha fomentado aun activamente la piratería, muchos productores ahora buscan activamente maneras de beneficiarse de los fans prosumidores monetizando de forma indirecta los contenidos generados por los usuarios buscando la promoción (...) El sitio BSG³² invitó a los fans a “ser parte de Battlestar Galactica” haciendo una película homenaje de cuatro minutos, el mejor de los cuales se emitió al aire por televisión³³ (Pearson, 2010:85).

Con respecto a esto, Roberta Pearson relata las diversas posturas de los fans frente a la relación con los productores. Por un lado, están quienes encuentran en aquellas propuestas la oportunidad de mostrar a las masas las producciones que realizan y, por el contrario, están quienes consideran que el hecho de que las productoras soliciten la participación de los fans, a través de consignas, difiere de la lógica y la naturaleza de las prácticas de los fans, que tiene que ver con la creatividad horizontal (ídem).

1. b. Apropiación del discurso ajeno

³¹ El texto al que se refiere Libertad Borda es el que en este trabajo está citado como de 2008 debido a que es otra edición del mismo libro.

³² Por “Battlestar Galactica”.

³³ La traducción es propia.

La idea de retomar el universo creativo de una obra ajena (personajes, reglas del universo ficcional, tramas principales) y desarrollarlas más allá del original es algo que forma parte de la vida del ser humano desde que existió la manera en que éste pudiera contar historias. Meredith Mc Cardle asegura que:

Desde que la historia ha sido registrada, la gente se ha preguntado a sí misma, “¿Qué pasa a continuación?”. Empezando primero con narraciones orales, el impulso de la naturaleza humana llevó a la gente a expandir las historias transmitidas en sus culturas, cambiando la trama o agregando personajes (2003:6)³⁴.

La pregunta que menciona la autora es la que responden los fans a través de sus propias creaciones, ya que ellos son quienes deciden lo que pasa a continuación. Libertad Borda retoma a Bajtín para analizar a la FanFiction a partir de la concepción de apropiación del discurso ajeno:

Si bien sería muy polémico hablar de una escritura más cercana a “lo popular”, sí podríamos arriesgar la hipótesis de que el modo de apropiación del discurso ajeno (Bajtín, 1974) que se da en la fan fiction basada en la telenovela remite a una memoria de modos de apropiación narrativa anteriores que han sido siempre sindicados como “populares” (s/f:14).

Esta práctica también tiene que ver con lo que explica Elsie Rocwell, citada por Martos Núñez, cuando se refiere al concepto de “apropiación” propuesto por Chartier:

Primero, acentúa el rol activo de los sujetos involucrados en tomar para sí y hacer uso de la escritura. En segundo lugar, permite examinar los cambios que pueden sufrir los bienes culturales, como la escritura, cuando son apropiados por los sujetos (2011:14).

El trabajo de Bajtín se caracteriza por introducir el concepto de *dialogismo* para referirse a la relación que se establece entre los autores –a los que se refiere como hablantes– de creaciones verbales³⁵ –tanto escritas como habladas–, ya que asegura que una obra o enunciado “no solo está

³⁴ La traducción es propia.

³⁵ Precisamente, su obra se titula “Estética de la creación verbal”.

relacionado con los eslabones anteriores sino también con los eslabones posteriores de la comunicación discursiva” (2008:285).

El discurso ajeno, pues, posee una expresividad doble: la propia, que es precisamente la ajena, y la expresividad del enunciado que acoge el discurso ajeno. Todo esto puede tener lugar, ante todo, allí donde el discurso ajeno (aunque sea una sola palabra que adquiera el valor de enunciado entero) se cita explícitamente y se pone de relieve (mediante comillas). (Bajtín, 2008:283).

Así, a partir de la apropiación de los discursos ajenos, la cultura también circula, se expande y se resignifica. Mientras Mc Cardle se refiere a la narrativa oral y Borda y Rocwell –a través de Martos Núñez–, analizan lo que sucede con la escritura, Lessig se enfoca en el audiovisual y, a la pregunta de ¿por qué quienes realizan los remixes audiovisuales³⁶ no se limitan a crear su propio contenido?, el autor responde:

La respuesta a estas preguntas no es difícil si nos centramos nuevamente en la razón por la que estas piezas tienen sentido. Dicho sentido no procede del contenido de lo que dicen, sino de la referencia, la cual solo es expresable si se usa el original (2012:109).

Remix, que significa *remezcla* en español, es un *collage* como los que se hacen en la fotografía. El remix es la técnica que utilizan los fans que crean FanVids, en los que mezclan fragmentos de videos originales de series o películas y les agregan un tema musical que le asigne un sentido distinto al que las imágenes tienen con la edición y el audio original. También es la técnica utilizada en los Mashup, donde se toman videos provenientes de distintas obras y se las combina para contar otra historia, para hacer un comentario o crítica o una parodia, mezclando personajes y universos de ficción. Es a partir del remix que esas obras adquieren su sentido.

No es lo que sucede con los FanFilms, ya que no toman las imágenes originales sino que se *apropian* de los personajes o del universo de ficción para recrear una nueva historia, modificando la

³⁶ Tales como los FanVids y los Mashups.

trama, el guión, y actuándola ellos mismos, pero dejando en claro a qué obra se hace referencia³⁷. Algunos de estos casos son los que se mencionan en el capítulo 4 de este trabajo.

A diferencia del texto, donde las citas van a renglón seguido —como aquí, donde la oración explica, «y a continuación se añade una cita»—, los media remezclados pueden citar sonidos superpuestos a imágenes, o vídeos [sic] superpuestos a textos, o textos superpuestos a sonidos. Por consiguiente, las citas quedan mezcladas, y esa mezcla produce la nueva obra creativa: el remix (Lessig, 2012:104).

Según Martos Núñez, la apropiación de textos por parte de los fans es un fenómeno “muy propio de la cultura de los adolescentes, esto es, orientada a una *socialización horizontal* y una *alfabetización digital* creciente, en choque a menudo con la ‘cultura letrada’ o académica” (2011:4). A pesar de que el autor hace referencia específica a las FanFiction —que son textos escritos—, el mecanismo de apropiación, como se ve en el trabajo de Lessig (2012), González (2013) y Jenkins (2008, 2013) puede encontrarse igualmente en lo que hacen los fans con las producciones audiovisuales.

Por casi 200 años, la tradición de tomar prestado de obras predecesoras continuó sin estar controlada por nociones modernas de ley de copyright y uso justo, pero la práctica estaba destinada a cambiar en 1710 cuando Inglaterra promulgó la primera ley de copyright de la historia (Mc Cardle, 2003:6).

La autora se refiere al Estatuto de la Reina Ana³⁸. Esto significa que hasta 1710 —es decir, hasta hace solo 305 años—, existía la plena libertad para crear obras derivadas sin tener que pedir permiso o autorización (o pagar)³⁹. Como afirma Lessig, una cultura libre apoya y protege a creadores e innovadores a través de los derechos de propiedad intelectual, pero también a través de limitar el alcance de esos derechos “para garantizar que los creadores e innovadores que vengan más tarde sean tan libres, como sea posible, del control del pasado” (Lessig, 2005:14).

³⁷ El caso que se presenta en el capítulo 4 es un FanFilm sobre El Chavo del 8, reconocida serie de televisión mexicana emitida originalmente en la década del 70 pero que sigue estando al aire en la actualidad.

³⁸ En el capítulo 3 de este trabajo se analiza la situación de los derechos de autor en relación a la creación de FanVids y obras influenciadas por el vidding, aunque no se analizará desde este Estatuto sino desde la Convención de Berna.

³⁹ También es cierto que no existía la protección del autor o de los editores, pero, como se desarrolla a lo largo del presente trabajo, una cosa es proteger a un autor o a una obra para que no fuera plagiada, y otra es limitar la creatividad amateur y la realización de obras derivadas.

1. c. Aproximaciones a la cultura fan

“La palabra fan –forma abreviada de la palabra fanático– tiene su raíz en el vocablo latino ‘*fanaticus*’ que significa básicamente ‘de o perteneciente al templo, un servidor al templo, un devoto’”⁴⁰ (Jenkins, 2005:12). Como expresa el título de este apartado, esta es solo una aproximación a la definición de este complejo concepto por lo que no se desarrollará en esta instancia la evolución del mismo ya que los fans no son el objeto de estudio de este trabajo, ni tampoco éste está enmarcado en los estudios culturales⁴¹.

Sin embargo, es relevante conocer la esencia del funcionamiento de la cultura fan, con el fin de comprender el conflicto que se presenta más adelante en cuanto a la tensión entre los derechos de autor y copyright con los de libre participación en la vida cultural.

Libertad Borda cita a Daniel Cavicchi (1998:39) quien se refiere al uso del término *fan*:

Por lo general, se lo utiliza tanto descriptiva como prescriptivamente, para referirse a diversos individuos o grupos: fanáticos, espectadores, *groupies*, entusiastas, acosadores de celebridades, coleccionistas, consumidores, miembros de subculturas y audiencias enteras, según el contexto, para referirse a relaciones complejas que implican afinidad, entusiasmo, identificación, deseo, obsesión, posesión, neurosis, histeria, consumismo, resistencia política o una combinación de algunos de ellos (2011:112).

Los fans como objeto de estudio son algo relativamente reciente dentro del campo académico, como bien lo desarrolla Daniela González (2013:19), y uno de sus máximos estudiosos es Henry Jenkins, quien también se presenta a sí mismo como un fan. En su trabajo inaugural de los estudios sobre la cultura fan, *Textual Poachers*⁴², Jenkins define a los fans como un “grupo insistente en la construcción de significados a partir de materiales que otros han caracterizado como triviales y sin valor” (2005:3).

⁴⁰ La traducción es propia.

⁴¹ Para profundizar sobre el estudio de la cultura fan, ver Borda (2008 y 2011), González (2013), Jenkins (2005, 2006, 2008 y 2013), y Pearson (2010).

⁴² Proviene del concepto de De Certeau “cazadores furtivos” –de textos– que hace referencia a la incursión impertinente en el terreno literario que solo se apropia de aquello que le antoja útil o placentero al lector (De Certeau, 1984).

Textual Poachers identifica al menos cinco distintas (aunque a menudo interconectadas) dimensiones de esta cultura⁴³: su relación con un determinado modo de recepción; su papel en el fomento del **activismo del espectador**; su función como una **comunidad interpretativa**; sus tradiciones particulares de la **producción cultural**; su condición de una comunidad social alternativa⁴⁴ (Jenkins, 2005:2).

Jenkins, al tomar la idea de “cazador furtivo” de De Certeau, considera que los fans son como “espectadores que transforman la experiencia de mirar la televisión en una cultura participativa rica y compleja” (González, 2013:21), lo que se presenta como una de las características fundamentales de la cultura fan: la **participación**, tal y como funciona la cultura de LE (Lectura/Escritura) que plantea Lessig o lo que se refiere a los textos escribibles de Barthes. Los fans son participantes activos de la cultura que consumen y esto los distingue de cualquier consumidor promedio.

Con “cultura participativa” Jenkins se refiere a aquella en la que los consumidores también participan “a su manera en la producción y distribución de los bienes culturales” (2008:139). Esa posibilidad de distribuir y de compartir es importante para la cultura fan, ya que como asegura Libertad Borda, “para muchos fans, gran parte del placer está en el compartir con pares” (2011:10).

Como sintetiza Martos Núñez:

Baste decir, pues, que las prácticas de fan fiction, igual que los blogs o los juegos, son síntoma de esta nueva **cultura participativa y de convergencia**⁴⁵ (Jenkins), pero que, en esta [sic] caso, parten de esta nueva actitud del lector (pos)moderno de “revisitar” los textos que le sirven de referente (y que el mercado cuantifica como éxitos o *best-sellers*) para efectuar en él no sólo operaciones de (re)interpretación sino, en su caso, de *apropiación creativa*, dando lugar a reescritura variadas y en distintos lenguajes (2011:4).

Otra de las características principales de la cultura fan es que sus obras son producto de la “**creatividad amateur**” de la que habla Lessig (2012). Ya sea que escriban o produzcan videos, no

⁴³ Se refiere a la cultura fan.

⁴⁴ La traducción y el resaltado son propios.

⁴⁵ El resaltado es propio.

lo hacen con aspiraciones de profesionalismo —a pesar de que existan ejemplos de fans que han pasado a formar parte de la cultura masiva comercial, convirtiéndose en escritores profesionales⁴⁶—, sino que lo hacen por el placer de participar y de compartirlo con otros fans que forman parte de esa comunidad. Incluso, muchos realizan estas creaciones amateurs con el fin de practicar y ejercitar algo que les gusta (escribir o editar videos), lo que les permite ir mejorando sus técnicas.

Como expresa Grossman en su artículo sobre las FanFiction de Harry Potter, “no lo hacen por el dinero. No se trata de eso (...) Son fans, pero no son silenciosos consumidores de los medios. La cultura les habla y ellos le responden a la cultura con su propio lenguaje”⁴⁷.

1. d. Los fanzines

La idea moderna de FanFiction como la conocemos en la actualidad nació a partir de la década del 60, con el surgimiento de los fanzines. Como destaca Natalia Cianfaglione:

La **fan-fiction** no es algo nuevo. Antes de que Internet y la tecnología hicieran posible apropiarse de contenido de video con copyright para crear mash-ups y parodias, los fans escribían breves historias. Luego, los fans compartían estas historias con sus amigos o a través de una limitada circulación de *fanzines* (2011:3)⁴⁸.

El caso emblemático, y que se ha consensuado como el origen del FanFiction actual, es el fanzine *Spockanalia*⁴⁹, sobre historias basadas en Star Trek, que se publicó por primera vez en 1967. Como explica Libertad Borda, “antes de 1967, la expresión fan fiction se utilizaba entre los fans de ciencia ficción por oposición a la escritura profesional, pero no tenía la característica de ‘apropiación’ de materiales de la industria que presenta en su uso posterior” (s/f:1). Sobre los contenidos que se generaban en esta primera época, Daniela González describe:

⁴⁶ Como es el caso más recientemente conocido de “Cincuenta sombras de Grey” que comenzó siendo una FanFiction erótica de la saga Crepúsculo: <http://www.trilogiacincuentasombras.com/sabias-que-originalmente-cincuenta-sombras-de-grey-nacio-como-un-relato-erotico-basado-en-la-saga-crepusculo/> (visitado el 12 de abril de 2015).

⁴⁷ Citado en español en González (2013:19). El artículo original, en inglés, está disponible en <http://content.time.com/time/printout/0,8816,2081784,00.html> (visitado el 20 de septiembre de 2014).

⁴⁸ La traducción es propia.

⁴⁹ Para saber más sobre el origen y características de este fanzine, puede visitarse la wiki hecha por y para fans <http://fanlore.org/wiki/Spockanalia>.

Desde el comienzo, la comunidad de fans se dedicó no sólo a generar discusiones sobre el texto fuente, sino también a crear contenidos creativos en respuesta a su show favorito: en las páginas de los zines podían leerse poemas, canciones y relatos que se basaban en los personajes y escenarios de la serie original dándoles una complejidad que iba más allá de las historias que podían verse semanalmente por la televisión (2013:27).

Sin embargo, este es un punto de partida que permite mirar hacia el pasado y encontrar prácticas semejantes, como relata Mc Cardle que “a partir de finales de 1860, los fans comenzaron a reescribir finales para las obras de Lewis Carroll y escribieron parodias enteras basadas en ellas” (2003:8), o como Martos Núñez menciona ejemplos incluso anteriores a este: “no sólo se cita el caso de Avellaneda respecto al Quijote, se dice también que la propia Eneida es una reescritura y una continuación intencionada de los ‘éxitos’ de Homero” (2011:12).

Por otro lado, unos años posteriores a la publicación del fanzine *Spockanalia*, y ya dejando la escritura para pasar a otro tipo de narrativa, se presenta lo que es el antecedente de los FanVids o del vidding, como menciona González:

En 1975 durante la Convención de Equicon/Filmcon Kandy Fong, una miembro de la comunidad de fans de Star Trek, inspirada por la canción Yellow Submarine de los Beatles creó un fotomontaje con un proyector de diapositivas con imágenes provenientes del set de la serie acompañadas de música (2013:28).

Como afirma González (ídem), “no fue hasta la invención y comercialización masiva de las videocaseteras (VCR) que el vidding comenzó a expandirse”.

CAPÍTULO 2: CULTURA FAN EN LA ERA DE LA DIGITALIZACIÓN E INTERNET

Como afirma Castells: “Existe una *transformación tecnológica* basada en la digitalización de la comunicación, la interconexión de ordenadores, el software avanzado, la mayor capacidad de transmisión por banda ancha y la omnipresente comunicación local-global por redes inalámbricas, de manera creciente con acceso a Internet” (2009:89). A partir de esta transformación tecnológica es que existen las producciones culturales que se analizan en este trabajo.

Así, con los contenidos digitales, la conexión a Internet desde el propio hogar y las plataformas como YouTube, los fans se encuentran con nuevas posibilidades para potenciar sus capacidades artísticas y creativas en la elaboración de sus obras derivadas, pero también con mayores posibilidades de conexión entre sí, para desarrollar una cultura fan participativa que trasciende idiomas y fronteras geográficas.

2. a. Consumo como producción cultural y participación. FanVid, FanFilm, Mashup

Daniela González define de la siguiente manera al concepto de Vidding –o **FanVids**⁵⁰: “es una práctica que supone la creación de una obra audiovisual –el vid– consistente en una yuxtaposición de imágenes y música, que dialoga con un texto proveniente de los medios masivos de comunicación (al que denominaremos texto fuente)” (2013:5). A diferencia del FanVid, “los **fan films** son películas realizadas por fans basadas en universos ficcionales pero a partir de escenas filmadas por los propios fans” (González, ídem). Finalmente, con respecto al **Mashup**⁵¹, Koshmider, Torres y Pelechano explican que la idea es “crear nuevo contenido a partir de reusar y combinar contenidos existentes de fuentes heterogéneas”⁵² (2009:1). El presente trabajo se centra en el análisis de estos tres tipos de obras cuando son publicadas en YouTube.

Jenkins analiza la *cultura de la convergencia* en la que destaca la participación de los fans al asegurar que “los consumidores emplean las nuevas tecnologías mediáticas para involucrarse en el

⁵⁰ En este trabajo se utilizará la denominación de FanVids en lugar de Vidding.

⁵¹ Existen diversos tipos de Mashup. El más conocido es el que se hace con la música, pero en el presente trabajo solo se referirá a los Mashup que se hacen con videos (ya sea de películas, series o programas de televisión).

⁵² La traducción es propia.

contenido de los viejos medios, y ven Internet como un vehículo para la resolución colectiva de problemas, la deliberación pública y la creatividad popular” (2008:175).

Estas manifestaciones se enmarcan en las prácticas culturales colaborativas, concretamente en el fenómeno *fandom*⁵³ que ha supuesto en los últimos tiempos la quiebra del concepto tradicional de autoría. Gracias a las nuevas herramientas de edición digital el usuario tiene la posibilidad, no sólo de reinterpretar y generar nuevos contenidos a partir de los materiales originales, sino también de difundir sus creaciones de forma masiva gracias a portales como YouTube. (Dornaletche y Gil Pons, 2011:1035).

Como explica Rebecca Tushnet, abogada defensora de los fans a través de la Organization for Transformative Works, “los fans se niegan a ser consumidores pasivos de las producciones culturales que los han afectado profundamente”⁵⁴ (1997:657). En la misma línea de este análisis, Jenkins asegura que “sin dejarse impresionar por la autoridad institucional y la experiencia, los fans afirman su propio derecho a formar interpretaciones, para ofrecer evaluaciones, y para construir cánones culturales” (2005:18). Esta actitud se evidencia en cada uno de los videos que se exponen en el capítulo 4 de este trabajo, así como en cualquiera realizado por los fans, y publicado en YouTube.

En *Cultura de la Convergencia*, Jenkins cita a un fan que explica su posición con respecto al *fandom*:

Lo que me encanta del mundo de los fans⁵⁵ es la libertad que nosotros mismos nos hemos otorgado para crear y recrear nuestros personajes una y otra vez. La ficción amateur rara vez se toma un respiro. Es como un ser vivo que evoluciona cobrando vida propia, una historia crea otra, la realidad de cada autor rebota contra la de otro y tal vez se fundan para formar una creación totalmente nueva. [...] Creo que el mundo de los fans puede ser extraordinariamente creativo, pues tenemos la capacidad de seguir modificando nuestros personajes y dándoles cada vez una nueva vida. Podemos matarles y resucitarles a nuestro antojo. Podemos alterar su personalidad y su manera de reaccionar ante las situaciones.

⁵³ Debido a que no existe una traducción exacta de este término, en este trabajo se utilizará la palabra en inglés, que es la que se utiliza cotidianamente. El término es una contracción que proviene de las palabras “fanatic kingdom”, en español “reino fan”, que se refiere a la comunidad o conjunto de fanáticos.

⁵⁴ La traducción es propia.

⁵⁵ En su versión en inglés dice *fandom*.

Podemos coger un personaje y hacerlo dulce y encantador o cruel y despiadado. Podemos otorgarles una vida infinita y siempre cambiante en lugar de la vida única de su creación original (2008:253).

Mientras que los consumidores de bienes culturales que no se consideran a sí mismos fanáticos están ubicados exclusivamente en el lugar de la recepción, los fans “releen” los productos que son objeto de su fanatismo hasta el punto de apropiarse de ellos y crear nuevas obras que continúen el circuito cultural. “Podríamos afirmar que lo que caracteriza a los vids es justamente esa intención por parte del vidder de intervenir (...) en el texto original; de construir un relato que deje asentado su punto de vista” (González, 2013:74)

En los casos particulares que se analizan, esa forma de participar que encuentra el fan de series televisivas o sagas de películas, son los FanVids, los Mashups y los FanFilms. Como concluye González, “las comunidades de fans encuentran en el vidding una forma de relacionarse con los productos de los medios masivos de comunicación; interviniendo sobre ellos y dejando marcas que dan cuenta de una forma de ver particular: selectiva y colaborativa” (2013: 137).

Lo que caracteriza a los vids es justamente esa intención por parte del vidder de intervenir (a partir de la edición, la selección de la música, los diversos efectos que incorpore a las imágenes) en el texto original; de construir un relato que deje asentado su punto de vista. (González, 2013:74).

Con respecto a esto, también es necesario tener en consideración lo que sucede desde el lugar de los autores que crean las obras que son apropiadas por los fans y que ven de qué manera sus historias y personajes van mutando, a veces de maneras que no satisfacen a estos autores.

Queda claro que “todo texto es un intertexto” y que un autor no puede, y menos en el actual contexto, defender su obra como un patrimonio exclusivo y excluyente; al contrario, los editores y creadores actuales de sagas alientan cada vez más el movimiento de fans, y no sólo por motivos comerciales. Se crea un hilo directo que en la lectura no digital rara vez existía, y el escritor puede ver así cómo su ficción toma derroteros insospechados, o en todo caso, puede hacer el “feed-back” oportuno (Martos Núñez, 2011:14).

De hecho, este autor afirma que las TIC y el auge del género fantástico evidencian nuevas prácticas de lectura y escritura que están permitiendo que surja “un nuevo paradigma donde el lector, la escritura libre o la nueva 'imprenta' universal en que se ha convertido Internet ponen en cuestión los conceptos clásicos de obra, autor o género” (2011:18).

2. b. La digitalización e Internet

Raymond Williams sostiene que la tecnología es una institución social, lo que permite pensarla en las relaciones de poder. No hay que pensar la tecnología y la sociedad como dos esferas separadas, sino que: “Los inventos técnicos se dan siempre dentro de las sociedades, y que las sociedades son siempre algo más que la suma de relaciones e instituciones de las cuales los inventos técnicos han sido excluidos mediante una definición falsamente especializada” (1992:184).

Como afirma Racioppe, “Internet y la digitalización de los datos facilitan el intercambio de información, productos y bienes simbólicos, desde este lugar es posible pensar en otros modos de producir y distribuir lo cultural-artístico” (2012:117). En el caso específico de este trabajo, se observa de qué manera la tecnología altera las relaciones de poder entre los máximos representantes de la industria audiovisual y los fans, que, con estas herramientas, tienen mayores posibilidades para dejar de limitarse a ser meros consumidores y ocupar un lugar más activo, de participación en la cultura, narrando sus propias historias con el mismo lenguaje, el audiovisual⁵⁶.

La revolución digital ha tenido un profundo impacto sobre el *fandom*, empoderando y desempoderando, desdibujando las líneas entre productores y consumidores, creando relaciones simbióticas entre poderosas corporaciones y fans individuales, y dando lugar a nuevas formas de producción cultural (Pearson, 2010:84).

La digitalización permite un acceso más amplio y sencillo a las técnicas de copiado y edición. Además, “la copia digital se diferencia de la analógica en que no se pierde calidad con el aumento de las versiones, no se produce un desgaste del original que, en cierto sentido, pierde su valor como tal” (Racioppe, 2012:115), lo que habilita a que no solo un fan, sino cualquier persona

⁵⁶ Se tiene en cuenta que la posibilidad de narrar sus propias historias existía antes de la digitalización e Internet, pero, en su mayoría eran relatos de FanFiction escritos, porque las herramientas y los saberes necesarios para realizar un audiovisual no eran de fácil acceso y participación.

con una computadora y acceso a Internet, pueda copiar los fragmentos de videos que quiera utilizar para crear sus propios FanVids o Mashups. La digitalización, de esta manera, también facilita el trabajo de posproducción que deberán hacer quienes hayan grabado sus propias imágenes para realizar un FanFilm.

Es importante tener en cuenta que “las innovaciones digitales (...) supusieron una simplificación del proceso de producción y distribución, sin embargo siguen requiriendo un nivel de familiaridad con el uso de software de diseño y técnicas de edición multimedia” (González, 2013:84). Los fans que quieran crear cualquier FanVid o Mashup, deben tener una computadora con acceso a Internet, pero también el conocimiento sobre cómo utilizar las herramientas que le permitan acceder a los contenidos digitales, descargarlos y, lo más importante, utilizar los programas de edición de video. En cambio, quienes quieran realizar un FanFilm, requieren otras herramientas –cámaras de filmación, elementos de iluminación y de sonido– y otros conocimientos que exceden lo meramente técnico, como es el hecho de saber elaborar un guión o todo lo que implica el proceso de producción, incluida la búsqueda o elaboración de escenografía o vestuario, por mencionar solo dos elementos.

“Internet es el tejido de nuestras vidas”, afirma Castells (2001:15) y la compara con lo que supuso la electricidad para era industrial. Sin Internet, los fans no solo no tendrían la posibilidad de compartir tan fácilmente sus creaciones, sino que tendrían dificultades para acceder a los videos digitales de los textos fuente para poder utilizarlos para esas obras que quieren realizar y compartir.

Como bien afirma Castells, “Internet es una tecnología particularmente maleable, susceptible de sufrir profundas modificaciones debidas a su uso social, que pueden producir toda una gama de consecuencias sociales” (2001:19). Esto refiere concretamente a que, tal y como está diseñada, Internet es “una tecnología de comunicación libre” (ídem), por lo que puede ser modificada constantemente. Internet es regulada tanto por leyes como por el diseño arquitectónico de la red y, asimismo, el uso social que se haga de ella generará diversas consecuencias. Mientras, por un lado, están los fans que promueven un uso libre de las posibilidades de compartir, por el otro, están los titulares de los derechos de autor y copyright que procuran ejercer el control sobre lo que se comparte por la red de redes. Esta tensión entre ambos actores influye sobre cómo se regula sobre Internet, qué se permite y qué no.

Hablar del fenómeno fan en el siglo XXI significa hablar de un fenómeno transnacional que se apoya en la circulación de contenidos que se da a través de Internet y en la expansión de las redes de socialización a partir de sitios como YouTube, Facebook y Twitter (González, 2013:29).

Esta afirmación explica la importancia de Internet para la cultura fan en la actualidad, haciendo hincapié en la plataforma de videos YouTube, que es el soporte principal de las obras que se analizan en este trabajo. Los fans utilizan Internet y YouTube para compartir sus videos con el objetivo de hacerlos circular en la comunidad fan internacional. De esta manera participan en la cultura.

“Así, como diría Stallman⁵⁷, lo que permiten las tecnologías es que compartir sea más fácil. No es que inauguren esta práctica –la cultura y la producción es la historia de préstamos, reconocidos o no–; pero la vuelve más accesible” (Racioppe, 2012:116), y esa posibilidad que habilitan las tecnologías es la que aprovechan los fans para crear sus obras, pero también para compartirlas con el resto de su comunidad.

Sin embargo, más allá de lo planteado más arriba, existe otro aspecto de lo que permitió la digitalización y el despliegue de Internet, como asegura Pearson:

Las reglas del juego pueden seguir siendo las mismas desde lo analógico a lo digital, pero este último ofrece muchas más oportunidades para entrar en el jardín amurallado corporativo, ya que los productores buscan sacar provecho de la masa de los contenidos generados por los usuarios que engendran las nuevas tecnologías (2010:89)⁵⁸.

2. c. YouTube: la plataforma para la comunidad fan

⁵⁷ Se refiere a Richard Stallman, programador estadounidense reconocido como el fundador del movimiento del software libre a partir de haber sido el impulsor de GNU-Linux y el creador de la Free Software Foundation. Más información sobre él en su sitio web personal <https://stallman.org/> (visitado el 5 de mayo de 2015).

⁵⁸ La traducción es propia.

A pesar de que existen diversas plataformas para compartir videos online, el mayor volumen de intercambio se da a través de YouTube⁵⁹, es por eso que el análisis de este trabajo se centra exclusivamente en lo que sucede con los videos que los fans publican y comparten en esta plataforma.

El sitio funciona no solo como el espacio en el que los usuarios pueden publicar videos, sino que para los fans es un “punto de encuentro para compartir; un espacio de diálogo” (González, 2013:31) en el que refuerzan los lazos de comunidad y donde refuerzan una cultura participativa. Esto sucede por algunas herramientas que ofrece la plataforma como es el espacio para publicar comentarios y como el botón “compartir”, que potencia la tendencia de la cultura fan a funcionar de manera interactiva. Es importante remarcar que, para los fans, el acceso y la utilización de YouTube son gratuitos, por lo que las barreras de participación son relativamente pocas. Solo hace falta tener una computadora con conexión a Internet.

Quien analiza el uso de YouTube por parte de los fans es Daniela González⁶⁰, que explica:

YouTube no es en sí mismo –en tanto compañía– un generador de contenidos. Esto lo convierte en un meta business (Weinberger, 2007), una nueva categoría de negocio que realza el valor de la información producida en otro sitio y –por consiguiente– beneficia a los creadores originales de la información (2013:32).

En el caso de los videos generados por los fans existe el conflicto con los titulares de los derechos de autor de las series y películas sobre las que se basan los usuarios para crear los FanVids, FanFilms y Mashups. Como se verá más adelante en este trabajo, los titulares de derechos pueden verse beneficiados económicamente a partir de estas obras. Sin embargo, a través de esta nueva categoría de negocio, YouTube también recibe ingresos a pesar de no crear contenidos sino por ser el intermediario necesario –y la plataforma elegida– para la difusión de muchas horas de videos que reciben publicidad.

⁵⁹ Según las estadísticas del sitio, YouTube tiene más de mil millones de usuarios y se publican 300 horas de video por minuto. Disponible en: <https://www.youtube.com/yt/press/es-419/statistics.html> (visitado el 25 de abril de 2015).

⁶⁰ En su trabajo, González describe las características de la plataforma y de qué manera los fans hacen uso de la misma para la publicación de sus FanVids.

González describe distintos niveles de participación en YouTube (2013:33-37) y uno de ellos es el de los generadores de contenidos. Sobre esto, asegura que “en la era de la web 2.0 los usuarios ya no se limitan a disfrutar de la sociedad de consumo sino que aportan sus propios valores y propuestas para que otros puedan participar de su modelo de vida” (2013:34).

Jawed Karim –uno de los fundadores del sitio– explica el éxito del mismo a partir de cuatro funciones claves: la posibilidad de recomendar videos, un link que permite el intercambio de videos, la posibilidad de comentar y el reproductor de videos incorporado (González, 2013:32).

Lo importante para tener en cuenta, como afirma González (2013:10), citando a Burgess y Green (2009), “es la forma en la que los usos de esta plataforma desafían ideas preexistentes sobre producción y consumo cultural”. Y esos usos son los que destacan a la cultura fan⁶¹.

2. d. Las cuatro regulaciones de Lessig

Como se mencionó al comienzo de este trabajo, existe la tecnología que facilita la creación de obras a partir de la copia y edición de obras preexistentes –la digitalización– y la conexión a Internet para acceder a contenidos y luego compartirlos. Sin embargo, esto no significa que ambas cosas pueda hacerse libremente. De hecho, según Lawrence Lessig, “al igual que en el espacio real, la conducta en el ciberespacio es regulada por cuatro tipo de restricciones” (1998)⁶²: las leyes, las normas sociales, el mercado y el código o la arquitectura.

Lessig retoma el estudio sobre las regulaciones en su trabajo titulado Código 2.0 (2009), en el que profundiza el tipo de regulación a través del código, pero también explica que no existe jamás sólo un tipo de regulación que establezca los límites de lo que podemos o no hacer: “por más que difieran las restricciones, todas son claramente interdependientes. Cada una puede respaldar u oponerse a otra” (Lessig, 2009:207).

⁶¹ Para profundizar sobre los usos que hacen los usuarios de YouTube en general, ver BURGESS, J. y GREEN, J. (2009). *La cultura popular de You Tube*.

⁶² En el año en el que Lessig dio esta conferencia, era habitual realizar la distinción entre un “mundo real” y uno “cibernético” o “virtual”. En la actualidad, esta forma de analizarlo ya no es la predominante y hasta podría catalogarse de ingenua. Él mismo ya no hace referencia a dos mundos separados.

Debido a que el enfoque de este trabajo incluye a las cuatro formas de regular la conducta, resulta necesario que queden explicitadas y esclarecidas. El autor las resume de esta manera: “las normas restringen por la estigmatización que impone una comunidad; el mercado, por medio del precio que exige; las arquitecturas⁶³, a través de las constricciones físicas que imponen; y la ley, mediante el castigo con que amenaza” (idem).

La ley regula la conducta en el ciberespacio. Las leyes referidas al copyright, a la difamación y a la obscenidad suponen sanciones a posteriori para los que violan estos derechos legales (...) Las asambleas legislativas promulgan leyes, los fiscales acusan y los tribunales condenan (Lessig, 2009:208).

En este trabajo, las **leyes** que regulan son las de copyright y propiedad intelectual, de Estados Unidos y de Argentina, respectivamente, pero también los tratados internacionales sobre propiedad intelectual. Por otro lado, se hará mención de otro derecho que se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

También las normas regulan en el ciberespacio. Pruebe el lector hablar de las políticas del Partido Demócrata en el grupo de noticias de costura alt.knitting y se verá expuesto a los mensajes iracundos de sus suscriptores (...) En cada uno de estos casos, un conjunto de sobrentendidos restringe la conducta, de nuevo mediante la amenaza de sanciones a posteriori impuestas por una comunidad (idem).

Lessig considera que las **normas sociales** limitan el accionar de las personas a través de la preocupación que tienen por futuras represalias. En este caso, por un lado, se observa que crear historias y compartirlas sin fin de lucro no es algo que merece sanción de ningún tipo ya que no se considera que se esté violando ninguna ley. Por otro lado, están las normas concretas que corresponden a la cultura fan en cuanto a sus códigos y formas de comportamiento. Este tipo de regulación no se desarrollará en profundidad en el presente trabajo, sino que solo se hará una breve mención de algunas características de esta cultura.

⁶³ Se refiere al código.

Los mercados regulan la conducta en el ciberespacio. Las estructuras de precios restringen el acceso, y, si no, las señales de colapso de la red se encargan de hacerlo (...) Los anunciantes premian las páginas de éxito; los servicios online abandonan los foros de baja popularidad. Todas estas conductas están en función de las restricciones y oportunidades que ofrece el mercado, constituyendo, en este sentido, regulaciones de mercado (2009:209).

El **mercado** tiene una importante incidencia en los casos presentados en este trabajo, ya que el conflicto que existe entre los fans y los titulares de derechos de propiedad intelectual tiene como eje central al dinero. Los titulares de derechos, ya sean los autores o las grandes productoras, reclaman que los fans utilizan sus obras sin pagar por esos derechos. Por otro lado, YouTube se financia con publicidad, y tanto los videos de los fans como los de las casas productoras atraen anuncios publicitarios. Es por eso que, como intermediario, debe regular su plataforma de tal forma que se mantengan publicados la mayor cantidad de videos posibles, sobre todo si le generan ingresos. La medida de incluir anuncios publicitarios en los videos de los fans para que ganen dinero los titulares de derechos está directamente ligada con el mercado. En un portal sobre finanzas, explican: “Los anuncios pagan a YouTube por aparecer ahí, cuántas más visitas tenga el vídeo más caro será anunciarse en él. Por eso, los ingresos que recibe YouTube gracias a nuestro vídeo, se comparten con los autores”⁶⁴. Es decir, un porcentaje para usuarios o titulares de derechos y otro porcentaje para YouTube.

Finalmente, un equivalente a la arquitectura regula la conducta en el ciberespacio —el código. El software y el hardware, que hacen del ciberespacio lo que es, constituyen un conjunto de restricciones sobre el modo en que podemos comportarnos en él (...) El código, o software, o arquitectura, o conjunto de protocolos establece estos atributos, seleccionados por los desarrolladores de código, que son, pues, los que posibilitan o imposibilitan determinadas conductas. El código lleva inscritos ciertos valores y hace imposibles otros y, en este sentido, constituye también un elemento de regulación, del mismo modo que la arquitectura en el espacio real (ídem).

En el caso puntual de los videos de YouTube, el **código** regula qué videos permanecen publicados sin problema y qué videos implican un conflicto de derechos. A través del sistema de ID

⁶⁴ “¿Cuánto paga YouTube por cada visita?” por Ana Pérez Sánchez en el portal Finanzas y Economía, publicado el 22 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.finanzzas.com/cuanto-paga-youtube-por-cada-visita> (visitado el 25 de abril de 2015).

de Contenido, YouTube identifica automáticamente si los videos publicados por los fans contienen imágenes o sonido que están cubiertos por copyright y que, por lo tanto, estarían violando la DMCA. El código, luego de hacer la identificación, envía una notificación también automática en la que comunica esta situación al usuario, sin siquiera tener en consideración si ese video está cumpliendo con los requisitos del uso justo. Es decir que la regulación por código, en este caso, estaría pasando por alto tanto una regulación por ley –como es la doctrina del uso justo de la ley estadounidense–, como el debido proceso antes de restringir la publicación de una producción cultural que no tiene fin de lucro.

Algo para destacar es la siguiente declaración de YouTube publicada en la sección sobre las Estadísticas del sitio: “Hemos invertido decenas de millones de dólares en **Content ID**, nuestro sistema de administración de **derechos de autor**. El resultado: desde 2007 hemos pagado más de USD 1,000 millones a los socios que deciden **monetizar** sus reclamos con Content ID”,⁶⁵. En esta única frase, confluyen las regulaciones por código, por ley y por mercado. De hecho, las leyes de derechos de autor son las que permiten monetizar, por un lado, y son las que llevan a YouTube a desarrollar el sistema de Content ID, por el otro.

⁶⁵ Estadísticas de YouTube. Disponible en: <https://www.youtube.com/yt/press/es-419/statistics.html> (visitado el 25 de abril de 2015).

CAPÍTULO 3: DERECHO DE AUTOR Y COPYRIGHT

“El futuro de mis libros o de los libros ajenos me tiene perfectamente sin cuidado; tanto ansioso atesoramiento me hace pensar en esos locos que guardan sus recortes de uñas o de pelo; en el terreno de la literatura *también* hay que acabar con el sentimiento de la propiedad privada, porque para lo único que sirve la literatura es para ser un bien común como lo intuyó Lautréamont de la poesía, y eso no lo decide ni lo regentea ningún hautor [sic] desde su torrecita criselefantina. Un escritor de verdad es aquel que tiende el arco a fondo mientras escribe y después lo cuelga de un clavo y se va a tomar vino con los amigos. La flecha ya anda por el aire, y se clavará o no se clavará en el blanco; sólo los imbéciles pueden pretender modificar su trayectoria o correr tras ella para darle empujoncitos suplementarios con vistas a la eternidad y a las ediciones internacionales.”

Julio Cortázar. “Lo que sigue se basa en una serie de preguntas que Rita Guibert me formuló por escrito...” en *Papeles inesperados*. (Buenos Aires, Alfaguara, 2009, p. 240)⁶⁶.

Las creaciones audiovisuales realizadas por los fans tienen la particularidad de que están basadas en obras cubiertas por derechos de autor y copyright. Esto dispara un conflicto entre los fans que realizan esos FanVids, FanFilms o Mashups y los autores o los titulares de derechos de esos textos fuente⁶⁷ que pueden no estar de acuerdo con que los fans utilicen sus materiales o contenidos para la realización de los videos que luego publican en YouTube.

El derecho de autor y el copyright forman parte de los llamados “derechos de propiedad intelectual” y la particularidad de estos derechos que los diferencia de otras formas de propiedad, es

⁶⁶ El texto fue publicado originalmente en la revista *Life en español*, Chicago, vol. XXXIII, N°7, el 7 de abril de 1969.

⁶⁷ Se recuerda que, a pesar de usar el concepto “texto fuente”, se está haciendo referencia a obras originales que también son audiovisuales.

que regulan bienes intangibles, como las expresiones de las ideas. Estos bienes intangibles tienen “la naturaleza de ser no excluyentes, de no consumirse y no degradarse con el uso” (Busaniche, 2005:70). Es importante destacar lo que explica Miguel Ángel Emery con respecto al surgimiento de este derecho: “el derecho de autor, tal como hoy se concibe, ha sido una reacción jurídica ante un hecho tecnológico –la invención de la imprenta–” (2009:3). Es frecuente que los avances tecnológicos le ganen la carrera a las legislaciones que los regulan y no fue distinto lo que sucedió a partir de la digitalización y del despliegue de Internet en todo el mundo. Esto llevó a que las leyes ampliaran sus objetos, tal como lo desarrolla Lessig:

Al principio de nuestra historia, y durante casi toda la historia de nuestra tradición, **la cultura no comercial básicamente no estaba sometida a regulación**⁶⁸. (...) Las formas corrientes en las que individuos normales compartían y transformaban su cultura –contando historias, recreando escenas de obras de teatro o de la televisión, participando en clubes de fans, compartiendo música, grabando cintas–, no eran objeto de atención de las leyes (2005:22).

La regulación en materia de derechos de autor y propiedad intelectual es un entramado complejo de convenios, legislaciones nacionales y tratados o acuerdos internacionales. Los debates sobre cómo y qué regular no fueron, ni son, sencillos ya que los intereses que están puestos en juego son muchos y corresponden a diversos actores: los Estados, organizaciones civiles, autores, medios de comunicación y representantes de la industria cultural, por nombrar solo algunos.

Los dos organismos internacionales más importantes que administran regulaciones en materia de derechos de autor son la Organización Mundial de Propiedad Intelectual –OMPI– y la Organización Mundial del Comercio –OMC–. También la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO, por sus siglas en inglés–, tiene incidencia en estos temas, pero con menor fuerza que la OMC debido a que esta última tiene la capacidad de ejercer presiones y sanciones comerciales a los países que no cumplieran con los acuerdos firmados.

Los instrumentos internacionales pertinentes comprenden, entre otros, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en su última versión revisada en 1971; el

⁶⁸ El resaltado es mío.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor; el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas; la Convención Universal sobre Derechos de Autor, en su última versión revisada en 1971; y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC.

3. a. La OMPI: de Berna a Beijing

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI–, establecida en 1967, es la institución que administra los principales tratados en materia de propiedad intelectual (P.I.), y su Oficina Internacional es la encargada de las tareas administrativas. Es un organismo de las Naciones Unidas que se autofinancia y que cuenta con 188 Estados Miembros. Según su sitio web, la misión de este organismo “es llevar la iniciativa en el desarrollo de un sistema internacional de P.I. equilibrado y eficaz, **que permita la innovación y la creatividad en beneficio de todos**”⁶⁹.

En 2014, la OMPI publicó un documento de libre descarga⁷⁰ titulado “La P.I. en beneficio de todos” en el que afirma:

Para que la P.I. funcione bien, y todos se beneficien de ella en cualquier lugar, es necesario que el sistema de P.I. sea eficiente, sea accesible en todo el mundo y se rija por un conjunto de normas –acordadas a escala internacional– que equilibren los intereses de quienes producen y los de quienes consumen los frutos de la innovación y la creatividad.

De este fragmento se extrae que, según la OMPI, los que producen obras innovadoras y creativas son distintos de los que las consumen, ya que los presenta como figuras separadas. El rol del consumidor, tal y como lo presenta la OMPI, se asemeja a lo que Lessig llama la cultura de SL (solo lectura) y se diferencia de la cultura LE (lectura-escritura)⁷¹. Es por eso, y como se observa más adelante, que la misión de beneficiar a todos no parece verse reflejada en la redacción de sus distintos convenios y tratados, ni en la aplicación cotidiana que se hace de estas normativas.

⁶⁹ “La OMPI por dentro”, disponible en <http://www.wipo.int/about-wipo/es/> (visitado el 24 de marzo de 2015). El resaltado es mío.

⁷⁰ El documento está disponible en http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/general/1060/wipo_pub_1060.pdf (visitado el 24 de marzo de 2015).

⁷¹ Explicado en el capítulo 1 de este trabajo.

3. a. i. El Convenio de Berna

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas⁷², aprobado en 1886 y enmendado numerosas veces, establece los parámetros para la protección de la propiedad intelectual otorgando “un alto nivel de protección internacional del derecho de autor” (Lipszyc y Villalba, 2009:648). De hecho, en el preámbulo del Convenio está planteado el objetivo del mismo, que es “proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”. Este es el objetivo. En el texto no se hace referencia al bienestar de la comunidad ni al desarrollo o progreso cultural y/o científico.

En el artículo 4, inciso a) declara que están protegidos “los autores de las obras cinematográficas cuyo productor tenga su sede o residencia habitual en alguno de los países de la Unión”. Más adelante, en el artículo 6 bis), se menciona la protección de los derechos morales, que son los derechos de “reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”. Los derechos morales, que aparecen en legislaciones como la Ley 11.723/33 de Argentina, son los que más afectan a la realización de obras derivadas ya que solo con que no le guste la modificación al titular de los derechos del texto fuente, éste puede oponerse a la misma. Estos derechos son mantenidos incluso después de la muerte del autor, al igual que los derechos patrimoniales. En este convenio, la vigencia de la protección está detallada en el artículo 7, inciso 1) en donde determina que es durante toda la vida del autor y cincuenta años después de la muerte⁷³. En el caso particular de las obras cinematográficas, el inciso 2) dice:

Los países de la Unión tienen la facultad de establecer que el plazo de protección expire cincuenta años después que la obra haya sido hecha accesible al público con el consentimiento del autor, o que si tal hecho no ocurre durante los cincuenta años siguientes a la realización de la obra, la protección expire al término de esos cincuenta años.

Con respecto a la realización de las obras derivadas, el Convenio determina, en su artículo 12, que “los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las

⁷² Convenio de Berna, disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700 (visitado el 11 de marzo de 2015).

⁷³ En Argentina, la duración es de setenta años después del 1° de enero siguiente a la muerte del autor.

adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras”. De esta manera, deja en claro que cualquier obra derivada que se cree debe ser autorizada por los autores, o titulares de derechos, de la obra original o texto fuente.

3. a. ii. Los Tratados de Internet de la OMPI

Los denominados tratados de Internet son el Tratado OMPI sobre Derechos de Autor (TODA, o WCT en inglés) y el Tratado OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (TOIEF, o WPPT en inglés), ambos aprobados en 1996.

El TODA, firmado por Argentina en 1997, surgió ante la necesidad de adaptarse a los cambios culturales, económicos y, fundamentalmente, tecnológicos ya que este último fue el que implicó nuevas formas en que las obras de cualquier disciplina se producen, circulan y se consumen. Este tratado se apoya en la idea de que la protección de los derechos de autor es importante para el desarrollo artístico. La última consideración en la que se basa el tratado es la necesidad de mantener un equilibrio entre “los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”. En el preámbulo dice que las Partes Contratantes firman el Tratado “destacando la notable significación de la **protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística**”⁷⁴.

El artículo 10 del Tratado se refiere a las limitaciones y excepciones⁷⁵:

- 1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado **en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor**⁷⁶.
- 2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales

⁷⁴ El resaltado es propio.

⁷⁵ En el caso del TOIEF, el artículo 16 sobre limitaciones y excepciones plantea algo similar.

⁷⁶ Esto proviene de lo redactado en el Convenio de Berna y, en el mundo del derecho autoral, es conocido como “la regla de los tres pasos”. El resaltado es propio.

que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Según lo que dice el Tratado, cada Parte Contratante podría determinar una limitación o excepción en su legislación nacional para la realización de las obras amateurs como las que realizan los fans. Sin embargo, el hecho de que las limitaciones o excepciones deben tener en cuenta no atentar “a la explotación normal de la obra” y “no causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”, hace que sea más subjetivo y relativo pensar cuáles son esos casos especiales que merecen ser excepciones. En el capítulo 4 de este trabajo se presentan distintos casos en los que esta subjetividad queda en evidencia.

Además, Lipszyc y Villalba (2009:729) explican que la extensión para el entorno digital es la de “las limitaciones o excepciones ya consagradas por la legislación nacional siempre que se ajusten a las admitidas en el Convenio de Berna –y a la prueba de las tres condiciones acumulativas (o prueba de los tres pasos⁷⁷)”. Los autores también explican que “las limitaciones tradicionales del derecho de autor relativas al derecho de reproducción tienen un significado muy distinto en el mundo digital que en el analógico” por lo que se debería evaluar de forma más estricta su alcance y reconsiderar y adaptar su “aplicación o trasposición al entorno digital, como sucede –entre otras– con las relativas a actos de reproducción por parte de bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan fines de lucro directo o indirecto” (2009:729). Esta reflexión es fundamental para los casos presentados en este trabajo.

Por otro lado, los artículos 11 y 12 del Tratado están relacionados con las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos, es decir con la regulación por código⁷⁸. En particular, el artículo 12, sobre obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos, dice:

⁷⁷ La prueba de los tres pasos está bien explicada en el trabajo de Lipszyc y Villalba: “todas las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos deben cumplir las siguientes tres condiciones acumulativas: 1) estar circunscritas ‘a determinados casos especiales’, 2) ‘que no atenten contra la explotación normal de la obra’, 3) ‘ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos’ (tomadas del art. 9, § 2, del Convenio de Berna)” (2009:193).

⁷⁸ En el caso del TOIEF, los artículos 18 y 19 sobre medidas tecnológicas y las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos plantean algo similar.

1) Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:

(i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;

(ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

2) A los fines del presente Artículo, se entenderá por “información sobre la gestión de derechos” la **información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información**⁷⁹, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.

En el caso de las obras realizadas por los fans, existe la costumbre –casi como una normativa del *fandom*⁸⁰– de incluir toda la información sobre las obras que utilizan para sus creaciones, con el fin de “cubrirse” para que no les den de baja sus videos⁸¹.

3. a. iii. El Tratado de Beijing

En 2012 se adoptó el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales⁸². Hasta el momento solo fue firmado por los Estados Unidos, el 26 de junio de ese

⁷⁹ El resaltado es mío.

⁸⁰ Debido a que no existe una traducción exacta de este término, en este trabajo se utilizará la palabra en inglés, que es la que se utiliza cotidianamente. El término es una contracción que proviene de las palabras “fanatic kingdom”, en español “reino fan”, que se refiere a la comunidad o conjunto de fanáticos.

⁸¹ Es importante destacar que este mecanismo también lo hacían con las FanFiction que publicaban en foros o en blogs (cfr. Borda, 2008, 2011).

⁸² El presente Tratado fue adoptado por la Conferencia Diplomática sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, en Beijing el 24 de junio de 2012. A diferencia del TOIEF, este Tratado se enfocó especialmente en el sector audiovisual. Disponible en http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/beijing/trt_beijing_001es.pdf (visitado el 21 de marzo de 2015).

mismo año, aunque todavía no fue ratificado por ese país. Por su parte, Argentina todavía no lo firmó⁸³.

A pesar de que este Tratado todavía no está en vigor, es importante mencionarlo para dar cuenta de que el debate sigue vigente y de cuáles son las medidas impulsadas por la OMPI en materia de derechos de autor en el entorno analógico y digital. En el caso de este Tratado, la relación directa que adquiere con el presente trabajo es que, por primera vez, abre la puerta del régimen internacional del derecho de autor a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales.

El Tratado tiene como objetivo permitir que los artistas intérpretes o ejecutantes compartan con los productores los ingresos mundiales percibidos por las obras audiovisuales, sean estas películas, series, entre otras. Un detalle no menor es que también concederá a estos artistas los derechos morales que les permitan exigir que sean identificados como tales o incluso impedir la transformación de sus interpretaciones o ejecuciones.

Los derechos morales se refieren al sujeto creador de la obra, están fuera del comercio y tienen la particularidad de ser derechos irrenunciables, perpetuos e inalienables. Estos derechos son: el derecho de paternidad de la obra, que es “el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra” (Lipszyc y Villalba, 2009:144); el derecho de integridad, que le permite al autor “impedir que se difunda la obra cuando en ésta se han introducido cambios, o se la ha deformado o atentado contra ella” (Lipszyc y Villalba, 2009:148); y el derecho de divulgación, por el cual “tiene la facultad de decidir si su obra será conocida por el público y en qué forma, o si la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad” (Lipszyc y Villalba, 2009:150).

Según estos autores, “el derecho del autor al resguardo de su personalidad reflejada en la obra se encuentra consagrado como derecho humano en diversos instrumentos internacionales” (2009:152).

3. b. La propiedad intelectual en la OMC: el Acuerdo sobre los ADPIC

⁸³ Las Partes Contratantes están disponibles en http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=841 (visitado el 2 de abril de 2015).

El Acuerdo ADPIC –Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio–⁸⁴ es un Acuerdo Multilateral al que adhirieron todos los Estados Miembros “al ratificar el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 y al cual se incorporaron los resultados de la Ronda Uruguay del GATT (General Agreement on Trade and Tariffs)” (Lipszyc y Villalba, 2009:691). Según consideran estos autores, una de las principales razones por las cuales la propiedad intelectual se instaló en el GATT fue “la necesidad de un sistema de ‘enforcement’ –es decir, de medidas para asegurar la observancia de los derechos mediante procedimientos ágiles, medidas cautelares y sanciones penales–” (2009:691). Por su parte, Drahos y Braithwaite, explican:

La posición de negociación de los Estados Unidos tenía que convertirse en “sin propiedad intelectual, no hay ronda de negocios”, y en el nivel bilateral, los Estados Unidos tenían que estar preparados para esgrimir el palo de las sanciones comerciales. (2011:20).

A través de este Acuerdo, los Estados Miembros se comprometen a reconocer ciertos derechos mínimos a los autores nacionales de los demás Miembros de la OMC. En el comienzo del mismo, estipula que se tuvo en cuenta la “necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo”. A partir de esta afirmación se hace evidente que no es azaroso que se haya decidido incluir los derechos de propiedad intelectual en el ámbito comercial y alejar el debate central de organismos como la UNESCO o la OMPI que tenían poco poder de acción (cfr. Busaniche, 2013).

Precisamente relacionado con el sistema de observancia, de acuerdo con el Reporte del Alto Comisionado de la Resolución 2001 de las Naciones Unidas sobre “Impactos del Acuerdo ADPIC en los Derechos Humanos”⁸⁵, “la presión comercial, entre otras estrategias, ha sido utilizada por países desarrollados para que algunos miembros de la OMC incorporen cláusulas que anulan las

⁸⁴ Disponible en su versión en español en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm (visitado el 29 de marzo de 2015).

⁸⁵ Puede consultarse el documento en su versión en español en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/143/48/PDF/G0114348.pdf?OpenElement> (visitado el 21 de septiembre de 2014).

salvaguardas del ADPIC y que pueden ser inconsistentes con las responsabilidades de los Estados con los Derechos Humanos” (citado en Busaniche, 2013:122).

Para proveerse de un gran palo, Estados Unidos enmendó la Sección 301 de la Trade Act en 1984, para darle al presidente norteamericano la autoridad necesaria para retirar beneficios comerciales a un país o imponer impuestos sobre bienes si fallaba en proveer una protección “adecuada y efectiva” a la propiedad intelectual norteamericana. (Draho y Braithwaite, 2011:22).

Tal y como explican Lipszyc y Villalba (2009:692), la firma de los ADPIC obliga a los Estados Miembros “a adecuar sus legislaciones nacionales incorporando la protección mínima que se le debe reconocer a los nacionales de los otros Estados Miembros de la OMC”. Es el caso de Argentina que debió realizar una importante modificación en la Ley 11.723 (Busaniche, 2013:107).

Busaniche también remarca que “de los 141 estados miembros de la OMC, 111 son firmantes que ratificaron el PIDESC” (2013:123), entre los que se encuentra Argentina, lo que lleva a un conflicto de derechos que se verá en el capítulo 5 de este trabajo.

3. c. Leyes nacionales de EE.UU. y Argentina

Los tratados internacionales se consideran pisos de requerimientos mínimos sobre los que se construyen las leyes nacionales. En cuanto a estas legislaciones, este trabajo se centrará en la ley de Copyright (de 1976⁸⁶, aunque con modificaciones que se fueron realizando hasta la actualidad), la ley de Derechos de Autor del Milenio Digital (la Digital Millennium Copyright Act o DMCA, de 1998), ambas de Estados Unidos, y la ley de Propiedad Intelectual 11.723 (de 1933), de Argentina.

3. c. i. La Copyright Act de EE.UU.

En Cultura Libre, Lessig afirma que en la época actual la preocupación está tan concentrada en el instrumento –el copyright– que se ha perdido de vista el valor que éste promovía.

⁸⁶ La ley entró en vigencia en 1978.

El origen de esta confusión es la distinción que las leyes ya no se cuidan de hacer. La distinción entre volver a publicar la obra de alguien, por una parte, y transformar o basarse en esa obra, por otra. Cuando nacieron, las leyes del copyright sólo se preocupaban de que alguien publicara algo; hoy día, las leyes del copyright se ocupan de ambas actividades. (2005:30).

De acuerdo con el autor, las leyes de copyright, en su origen otorgaban al autor de una obra los derechos exclusivos de la publicación y la copia de esa obra. Sin embargo, con el pasar de los años y de los cambios culturales, económicos y tecnológicos, el copyright dejó de estar acotado solo a estos derechos y fue ampliando su campo hasta regular también las transformaciones de las obras, es decir las obras derivadas tales como adaptaciones, traducciones o cualquier tipo de obra transformativa como las que se tratan en este trabajo.

La legislación de copyright estadounidense regula (al menos potencialmente) cualquier obra creativa producida después de 1923, durante un período máximo equivalente a la vida del autor más 70 años, o 95 en el caso de obras corporativas o creadas antes de 1978 (Lessig, 2012:132).

Sin embargo, es importante destacar la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos referida a la libertad de expresión, así como la *cláusula del progreso* “donde se dota al Congreso de la potestad de ‘fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos’” (Busaniche, 2010:32). De hecho, según Lessig, Estados Unidos copió y mejoró las leyes inglesas de copyright, debido a la inclusión de esta cláusula (artículo I, sección 8, cláusula 8) (2005:152).

Asimismo, es importante destacar que la ley de Copyright norteamericana posee la doctrina del *fair use* o de uso justo⁸⁷. Según esta doctrina, es más probable que las obras de fans constituyan uso justo si son ‘transformativas’ con respecto a la obra original, si no son comerciales, si se apropian relativamente poco de la obra original, y/o si no tienden a disminuir el mercado potencial o el valor de la obra original. Tanto la *cláusula del progreso* como la del *fair use* hacen que la

⁸⁷ La sección 107 se refiere a las cuatro condiciones que debe cumplir una obra para ser considerada de *fair use*. Disponible en <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107> (visitado el 9 de mayo de 2014).

legislación estadounidense resulte menos restrictiva que la argentina –aunque no deja de serlo del todo–, ya que incluye algún límite al alcance del derecho de autor. Fisher destaca que “las referencias a la función de los derechos de propiedad intelectual para estimular la producción de obras socialmente valiosas atraviesa toda la ley estadounidense” (2001:6), lo que responde al enfoque utilitarista de la propiedad intelectual.

William Fisher explica que existen cuatro teorías de la propiedad intelectual, entre las que se encuentran la Teoría Utilitarista, que considera que el principal objetivo de la propiedad intelectual es la maximización del bien social, y la Teoría de la Planificación Social, que “tiene sus raíces en la proposición de que los derechos de propiedad en general –y los derechos de propiedad intelectual, en particular– pueden y deben ser formados para ayudar a fomentar una cultura justa y atractiva” (Fisher, 2001:5). Esta segunda teoría puede verse aplicada en los tribunales, dice el autor, cuando se observa el “tratamiento en general favorable que han otorgado a la crítica, el comentario y la educación” (2001:8). La tercera teoría de la propiedad intelectual a la que se refiere Fisher es la Teoría de la Personalidad, sobre la que afirma que su influencia se hace evidente en la protección generosa que los países europeos –y, cabe destacar, también Argentina– ofrecen a los ‘derechos morales’” (2001:7).

Bajo la ley de Copyright, la legalidad de una obra realizada por un fan va a depender de tres factores: el derecho de copyright de la obra fuente; el derecho de la obra derivada; y el uso justo. La posición de la Organization for Transformative Works (OTW) es que las obras realizadas por fanáticos, como las FanFiction y otro tipo de obras, constituyen un uso justo de los derechos de autor ya que añaden un nuevo significado y un nuevo mensaje a la obra original⁸⁸. Según esta organización “las obras de fans son transformativas y las obras transformativas son legítimas”⁸⁹.

Sin embargo, Lauren Davis, editora del portal web io9⁹⁰, comenta en un artículo:

⁸⁸ “Our mission” en *What we believe*. Disponible en <http://transformativeworks.org/about/believe> (visitado el 22 de junio de 2014). La traducción es propia.

⁸⁹ Ídem. La traducción es propia.

⁹⁰ Publicación online sobre ciencia y cultura, disponible en <http://io9.com/about-io9-452391760> (visitado el 20 de junio de 2014).

Podemos ver que los casos más fuertes sobre uso justo implican obras de fans que son no comerciales y transformativas ya que toman prestado lo mínimo que requieren de las obras originales y que no compiten con las obras originales en el mercado⁹¹.

Los orígenes del copyright en Estados Unidos, según asegura Lessig, tuvieron como objetivo otorgar a los autores los derechos de publicación de sus obras, por lo que, quienes no tuvieran este derecho no podrían editar esos libros a menos que obtuvieran un permiso del autor. Frente a esto, Lessig asegura que es comprensible y que está justificado este tipo de protección. Sin embargo, no opina lo mismo de la protección de los “derechos derivados”:

Si escribes un libro, nadie puede hacer una película de tu libro sin tu permiso. Nadie puede traducirlo sin tu permiso. CliffsNotes no puede hacer un resumen sin tu permiso. Todos estos usos derivados de tu obra original están controlados por el dueño del copyright. El copyright, en otras palabras, es ahora no solo un derecho exclusivo sobre tus escritos, sino un derecho exclusivo sobre tus escritos y una proporción muy grande de los escritos que inspire. (2005:118).

Otro aspecto para destacar de la legislación norteamericana –a diferencia de lo que sucede en la ley argentina– es el reconocimiento de la parodia, ya que es uno de los tipos más comunes de las obras de los fans. De hecho, “muchos de los videos de fanáticos publicados en YouTube pueden ser clasificados como parodia” (Cianfaglione, 2011:20)⁹².

La ley de Copyright protege los usos paródicos de materiales con derechos de autor por dos razones principales. En primer lugar, es poco probable que un titular de derechos de autor le otorgue una licencia a un usuario que está planeando burlarse de su trabajo; esta es la teoría de las fallas del mercado. En segundo lugar, permitir los usos paródicos defiende los intereses de la Primera Enmienda. (Cianfaglione, 2011:19)⁹³.

Teniendo en cuenta esta situación, los FanVids que fueran parodias de obras originales podrían ser permitidas en Estados Unidos pero no así en Argentina. Es más, en Estados Unidos

⁹¹ “Are fan fiction and fan art legal?”, por Lauren Davis en io9.com. Publicado el 12 de agosto de 2012. Disponible en <http://io9.com/5933976/are-fan-fiction-and-fan-art-legal> (visitado el 20 de junio de 2014). La traducción es propia.

⁹² La traducción es propia.

⁹³ La traducción es propia.

incluso “es posible comercializar trabajos de fanáticos, especialmente cuando esos trabajos critican o parodian al original”⁹⁴.

3. c. ii. La Digital Millennium Copyright Act (DMCA)

La Digital Millennium Copyright Act (DMCA)⁹⁵, que se firmó en 1998 y entró en vigencia dos años después, es una ley estadounidense que implementa los dos tratados de la OMPI (TODA y TOIEF), por lo que, además de sancionar a quienes copian sin permiso obras cubiertas por copyright, también considera una infracción la producción y distribución de tecnología que permita evadir las medidas de protección del copyright –lo que se conoce como DRM⁹⁶–. Esto es, precisamente, a lo que se refiere la controvertida sección 1201⁹⁷, sobre la que opina la Electronic Frontier Foundation (EFF):

En la práctica, las disposiciones de la DMCA contra la elusión han hecho poco para detener “la piratería en Internet”. Sin embargo, la DMCA se ha convertido en una seria amenaza que pone en peligro el uso justo, impide la competencia y la innovación, paraliza la libre expresión y la investigación científica e interfiere con las leyes de intrusión informática⁹⁸.

Como explica Lessig (2005:133) la DMCA no se diseñó solo para proteger obras con copyright, porque para eso ya estaba la Copyright Act, sino que “regulaba dispositivos que estuvieran diseñados para saltarse medidas de protección del copyright”⁹⁹. Es decir, cambió el objeto que regulaba. Teniendo en cuenta esto, los fans que tuvieran que “romper” algún código que protege el copyright de las obras audiovisuales que quieren utilizar para producir sus propios

⁹⁴ “Are fan fiction and fan art legal?”, por Lauren Davis en io9.com. Publicado el 12 de agosto de 2012. Disponible en <http://io9.com/5933976/are-fan-fiction-and-fan-art-legal> (visitado el 20 de junio de 2014). La traducción es propia.

⁹⁵ La Digital Millennium Copyright Act está disponible en: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (visitado el 3 de abril de 2015).

⁹⁶ Sigla en inglés de Digital Rights Management (en español conocido como Gestión Digital de Derechos). Para profundizar sobre este tema, ver Patiño Mayer, 2014.

⁹⁷ La sección 1201 puede leerse en la Copyright Act de Estados Unidos (2011:250). Disponible online en <http://www.copyright.gov/title17/92chap12.html#1201>

⁹⁸ “Digital Millennium Copyright Act” por la Electronic Frontier Foundation (EFF). Disponible en <https://www.eff.org/issues/dmca> (visitado el 3 de abril de 2015). La traducción es propia.

⁹⁹ En su libro Código 2.0, Lessig afirma: “podemos construir, diseñar o *codificar* el ciberespacio para proteger principios que juzgamos fundamentales; o bien podemos construir, diseñar o *codificar* el ciberespacio para dejar que desaparezcan” (2009:28). Ese código es uno de los cuatro tipos de regulación que explica en “Las leyes del ciberespacio” (1998:1-2).

videos, estarían infringiendo la DMCA solo por romper ese código. No importaría si su obra derivada cumple o no con la doctrina del uso justo de la Copyright Act.

Cada tres años, la Oficina de Copyright de los Estados Unidos tiene una reglamentación para proceder a considerar excepciones a la sección 1201. En julio de 2014, la EFF presentó seis solicitudes de excepciones¹⁰⁰, entre las que se encontraba una solicitud de excepción para remixes, que presentó junto a la Organization for Transformative Works (OTW)¹⁰¹. Sobre esta y otra petición similar que presentaron juntos, la OTW explica:

Las peticiones procuran renovar las excepciones que la OTW ayudó a asegurar en el 2009 y 2012, las cuales permiten a vidders quebrar la encriptación¹⁰² de contenido audiovisual provisto vía DVDs y servicios de distribución en línea, con el propósito de realizar vids transformativos no comerciales. Además de procurar la renovación de dichas excepciones, la petición de la OTW también procura expandir las excepciones para que incluyan discos Blu-Ray¹⁰³.

Esta excepción, de ser aprobada nuevamente, se extenderá desde 2015 hasta 2018, año en el que se deberá volver a presentar la solicitud de excepción para proteger las acciones de los fans que necesiten traspasar las fronteras tecnológicas para poder acceder a los contenidos que utilizarán en sus FanVids o Mashups. Patiño Mayer cita a Burk, quien sostiene que “una buena forma de devolver el equilibrio a favor del bien público es, en lugar de seguir sumando excepciones, agregarle a la ley una figura de ‘uso indebido’” o lo que se conoce como Copyright Misuse (2014:58).

3. d. La Ley 11.723 de Propiedad Intelectual en Argentina

¹⁰⁰ Todas las solicitudes de excepción de 2015 se encuentran disponibles en <https://www.eff.org/es/cases/2015-dmca-rulemaking> (visitado el 3 de abril de 2015).

¹⁰¹ “Remix exemption request” de la Electronic Frontier Foundation y la Organization for Transformative Works. Presentado el 6 de febrero de 2015. Disponible en <https://www.eff.org/es/document/eff-and-organization-transformative-works-remix-exemption-request> (visitado el 3 de abril de 2015).

¹⁰² Este término se encuentra en el texto original, pero se considera más apropiado el concepto de “cifrado” en su lugar.

¹⁰³ “Asistencia legal” en el portal web de la Organization for Transformative Works. Disponible en <http://transformativeworks.org/asistencia-legal> (visitado el 3 de abril de 2015).

En Argentina se habla de derechos de autor y no de copyright. Esto implica una tradición distinta pero que aun así forma parte de los derechos de propiedad intelectual:

En la legislación argentina se abandona la idea del privilegio y se reconoce al derecho de autor como un derecho de propiedad, como se lo consideraba en Inglaterra desde la adopción, en 1710, del Estatuto de la Reina Ana y en Francia con la sanción de los decretos de 1791 y 1793 de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, normas fundacionales que marcaron el comienzo del fin de la época de los privilegios y el nacimiento, respectivamente, de la concepción jurídica angloamericana del copyright, de orientación comercial, vigente en los países de tradición jurídica basada en el common law y de la continental europea o latina del *droit d'auteur*, de orientación individualista, formada en los países de Europa continental y seguida en América Latina y por numerosos países de África y del este de Europa. (Lipszyc y Villalba, 2009:3).

En Argentina, como explica Miguel Ángel Emery, la ley “11.723 tiene base en el artículo 17 de la Constitución Nacional, al establecer que ‘todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley’”¹⁰⁴ (2009:1). La propiedad intelectual es el resultado de la apropiación de un común intangible, por lo que el derecho del autor surge a partir de la creación de la obra que puede incluir palabras, notas musicales, etcétera¹⁰⁵. De hecho, una de las particularidades de la ley 11.723 es que es una de las pocas del mundo que se reconoce el derecho de autor en términos de propiedad lo que “tiene consecuencias directas sobre la vida social y el acceso a la cultura” (Busaniche, 2010:34). Además, en 1999 se promulgó la ley 25.140 que aprueba el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas y los dos tratados de la OMPI.

Con respecto a la mención de la protección de los autores y de sus obras en el origen de la Constitución Nacional, Busaniche cita a Alberdi, quien afirmó:

¹⁰⁴ La Constitución Nacional está disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (visitado el 2 de abril de 2015).

¹⁰⁵ William Fisher hace un listado de “las materias primas propiedad de la comunidad en su conjunto, con las que los trabajadores individuales mezclan su trabajo con el fin de producir productos intelectuales” que son siete: “1. el universo de los ‘hechos’; 2. idiomas (vocabularios y gramáticas); 3. nuestro patrimonio cultural; 4. el conjunto de ideas que son aprehendidos por lo menos por una persona, pero sin ser propiedad de nadie; 5. el conjunto de ideas que son aprehendidos por los menos por una persona; 6. el conjunto de todas las ideas ‘alcanzables’; y 7. el conjunto de todas las ‘ideas posibles’”. (2001:19).

La propiedad intelectual puede ser atacada por el plagio, mediante la facilidad que ofrece la difusión de una idea divulgada por la prensa o por otro medio de publicidad. Para remediarlo, la Constitución ha declarado que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que la ley le acuerde. (2013:78).

Sin embargo, los casos de las obras creadas por los fans, tales como los FanVids, FanFilms o Mashups, a partir de los contenidos originales de obras como, por ejemplo, las series de televisión Sherlock, Buffy la cazavampiros y The Vampire Diaries o películas como Harry Potter, entre otras¹⁰⁶, son obras derivadas, no plagios, producto de la *creatividad amateur*¹⁰⁷ que, además, no buscan el fin de lucro. Los fans creadores de estas obras tienen como objetivo compartirlas con el resto de la comunidad y formar parte del circuito de la cultura, similar a las culturas orales a las que hace referencia Lessig, como se mencionó en la introducción de este trabajo.

En la ley argentina de propiedad intelectual no existe la excepción del uso justo, así como tampoco se incorporó la cláusula del progreso, a pesar de que en el preámbulo de la Constitución Nacional se hace referencia al objetivo de “promover el bienestar general”. La Ley 11.723 de propiedad intelectual hace hincapié en proteger el derecho del autor, quien merece el reconocimiento y la protección de las obras creativas que son parte de su propiedad. De hecho, según el informe sobre Acceso al Conocimiento de Consumers International, Argentina es el segundo país del mundo en el listado de legislaciones de derechos de autor más restrictivas¹⁰⁸. Uno de los motivos es el hecho de que no incluya en sus artículos el uso justo de una obra protegida.

Por otro lado, algo que sí tiene la Ley 11.723 –que no está en la ley estadounidense–, en sus artículos 51 y 52, es el reconocimiento de los derechos morales de los autores que, como se mencionó más arriba, también están incluidos en algunos de los convenios y tratados internacionales a los que suscribió Argentina. Lipszyc y Villalba explican de qué se trata este derecho:

El derecho moral nace como derecho subjetivo en cabeza exclusiva del autor, quien lo puede ejercer discrecionalmente: puede decidir en qué momento su obra está pronta para que la

¹⁰⁶ Con sólo buscar “fan fiction videos” en YouTube aparecen listas completas de ejemplos. Algunos disponibles en <https://www.youtube.com/playlist?list=PL6C1A2A915AD97BE7> (visitado el 10 de mayo de 2014).

¹⁰⁷ Como la define Lessig en *Remix*.

¹⁰⁸ Disponible en <http://a2knetwork.org/reports2012/argentina> (visitado el 2 de abril de 2015).

conozca el público y la forma en que ello tendrá lugar, o puede optar por no divulgarla (mantenerla inédita), por modificarla e, inclusive, por destruirla. Puede decidir que se divulgue con su nombre o con un seudónimo o en forma anónima. (2009:140).

Con respecto a este derecho, Julio Raffo considera que:

La teoría de los derechos morales resulta ser innecesaria para explicar el contenido y características de los derechos autorales y, si bien es parte central del paradigma hegemónico, muchas de sus afirmaciones no son compatibles con las normas ni con la experiencia jurídica. (2011:135).

“Lo extrema que ha llegado a ser la legislación de copyright hace difícil, y a veces imposible, una amplia gama de creatividad que cualquier sociedad libre –si reflexionara sobre ello tan solo un segundo– permitiría que existiera, legalmente” (Lessig, 2012:46). Es precisamente esto lo que puede suceder con la implementación de la ley 11.723, cuando se prioriza la protección del derecho de autor por sobre la libertad de creación de nuevas obras por parte de la comunidad, considerando violación de ese derecho o “piratería” a cualquier uso no autorizado de las obras protegidas.

Como explica Busaniche: “Entre 1933 y 2009, la ley fue revisada para ampliar el espectro de obras cubiertas, para extender los plazos de regulación, establecer algunas limitaciones y excepciones, agregar penas y sanciones y crear el dominio público pagante” (2013:101). Esto deja a la vista que ninguna de las revisiones sobre la ley tuvo como misión liberalizar el acceso y la circulación de las obras ni habilitar la creación de obras derivadas sin la necesidad del permiso o autorización del autor¹⁰⁹.

3. e. ¿Cómo se aplican las leyes? El rol de los intermediarios: YouTube

Después de presentar y analizar la legislación internacional y las leyes nacionales de derechos de autor y copyright, es necesario observar de qué manera las aplica YouTube a través de sus términos de uso y condiciones y de su tecnología de ID de Contenido, que es el servicio de

¹⁰⁹ Para profundizar sobre los debates en torno a la sanción de la ley 11.723 y el repaso histórico de cada una de las modificaciones aplicadas hasta la actualidad, ver Busaniche (2013), Lipszyc y Villalba (2009) y Emery (2009).

análisis automático de videos que ofrece la plataforma a los titulares de estos derechos¹¹⁰. Como explica González, “YouTube es, para este grupo de fans, lo que los foros son para la *fan fiction* literaria: el punto de encuentro para compartir; un espacio de diálogo” (2013:31). Estos fans publican sus FanVids, FanFilms o Mashups, realizados a partir de imágenes y sonidos que están cubiertos por copyright, en este espacio que está en la red.

Es decir que, a partir de los avances de las Tecnologías de la Información y la Comunicación –TIC– y de Internet, así como de las posibilidades brindadas por plataformas para compartir contenidos, como es el caso de YouTube, se introdujo una nueva problemática para el sector de la industria cultural que solía detentar el oligopolio de la creación de las obras audiovisuales. Además, como explica Lessig, “con el surgimiento de Internet, los usos que antes estaban sin regular¹¹¹, ahora se supone que están regulados” (2005:164).

La plataforma de videos funciona como el intermediario necesario para que los fans puedan hacer públicas sus producciones, por lo que los titulares de derechos no le presentan el reclamo al usuario, sino a YouTube. Es la empresa quien ejerce el rol de mediador, ya sea a través de mecanismos automáticos o manuales, entre los denunciados y los denunciantes, sin que intervenga la Justicia.

Cada vez resulta menos extraño enterarse que algún nuevo video ha sido eliminado de YouTube por infracción del copyright¹¹². Algunos son videos caseros que incluyen música, otros son episodios de series o películas completas que fueron compartidas en la plataforma sin haber sufrido ningún cambio. Sin embargo, algunos de los videos son obras derivadas realizadas por fans, tanto de los Mashups¹¹³, crossovers ficcionales¹¹⁴, FanVids¹¹⁵, así como las que son recreadas por

¹¹⁰ En su sitio, YouTube explica con detalles y videos tutoriales en qué consiste este servicio y cómo funciona la herramienta <https://support.google.com/youtube/answer/2797370> (visitado el 16 de noviembre de 2014).

¹¹¹ Como las creaciones amateurs, por ejemplo.

¹¹² “Power Rangers Fan Video Yanked From YouTube; Filmmakers Vow To Fight” en deadline.com. Publicado el 26 de febrero de 2015. Disponible en <http://deadline.com/2015/02/power-rangers-youtube-video-removed-joseph-kahn-1201382423/> (visitado el 3 de abril de 2015).

¹¹³ Como es el caso de “Argentina según Hollywood” realizado por Federico Fabrizio. Disponible, luego de haber sido de baja –como se verá en el capítulo 4– en su canal de YouTube: Parte 1 - <https://www.youtube.com/watch?v=RXN0mqmGqjc> y Parte 2 - <https://www.youtube.com/watch?v=-raKcPhFz3w> (visitados el 3 de abril de 2015).

¹¹⁴ La editorial especializada en género *pulp* define así al concepto de *crossover ficcional*: “crear una nueva historia a partir de personajes, o situaciones conocidas, haciéndolos coincidir en una mezcla o cruce imposible, pero que tiene el suficiente gancho como para ganarse al lector solo con plantear la idea”. Disponible en

los usuarios –los FanFilms–¹¹⁶. Como afirma Lessig, “jugar con una historia y publicarla para otros te expone al menos al requisito de ofrecer una justificación” (2005:166).

Con respecto a esto, Clark, citada en González (2013:12), “se refiere a las restricciones que se dan en la plataforma respecto de la utilización de material protegido bajo leyes de derecho de autor y la discusión sobre qué es un uso justo”. En los FanVids, el derecho de autor que puede ponerse en juego es, por un lado, el de las imágenes que son tomadas de los textos fuente para editar y contar visualmente una nueva historia, y, por otro lado, el de la música que se utilice en la edición del video clip, cuando no se utilice el audio original del material audiovisual sobre el que se basa el FanVid. En esos casos, puede suceder que se reclame el copyright de la música y no de la imagen, por lo que YouTube podría poner en silencio el video y solo dejar que se reproduzcan las imágenes. De esta manera, el vid perdería el sentido de la historia que intenta contar a través de la música, que nunca es casual sino intencionalmente elegida con ese objetivo.

El eje del conflicto de este trabajo son los contenidos publicados por los fans en YouTube, la plataforma en la que se pueden publicar y compartir videos, que pertenece a la empresa de tecnología Google desde 2006¹¹⁷. Esto es central porque es precisamente YouTube el intermediario a través del que se ejecutan las leyes de propiedad intelectual:

YouTube tiene un sistema para realizar denuncias, sobre contenidos que violen la propiedad intelectual, y de esa forma dar la baja de dichos contenidos, pero en favor de YouTube, el principal negocio (y por el cual fue realizado el servicio) es compartir vides [sic] de formato “casero”, y mantiene políticas dentro de la empresa para dar la baja de esos contenidos, por

<http://www.relatospulp.com/articulos/tematicos/267-crossover-ficcional-esencia-pulp.html> (visitado el 3 de abril de 2015).

¹¹⁵ Son videos musicales que utilizan las imágenes de las versiones “originales” y les agregan un tema musical que le da el sentido global a la historia que quieren contar. Un ejemplo es “Harry Potter | Time of our lives (TRIBUTE)”, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=QDZRIavFj-M> (visitado el 3 de abril de 2015).

¹¹⁶ Un caso reciente fue el de “El chico del barril”, una parodia de El Chavo del 8 que es una recreación de los personajes pero en una historia de tipo más dramático y de misterio con inclusión de los gags representativos del programa de televisión. El trailer está disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=OfidmnlN01M>. El 11 de julio de 2014 se había publicado la noticia de la eliminación del video en YouTube de la cuenta oficial de la productora EnchufeTV, a cargo de la parodia (en esa misma fecha todavía podían encontrarse nuevos links que replicaban el video que había sido eliminado). “EnchufeTV está sorprendido por retiro de video de 'El chico del barril' de YouTube” en El Telégrafo. Disponible en <http://www.telegrafo.com.ec/tele-mix/item/enchufetv-esta-sorprendido-por-retiro-de-video-de-el-chico-del-barril-de-youtube.html> (visitado el 23 de julio de 2014).

¹¹⁷ “Google compra la web YouTube por 1.300 millones” en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2006/10/10/actualidad/1160468878_850215.html (visitado el 3 de abril de 2015).

fuera de YouTube también, **mediante la notificación y bajada automática del contenido**¹¹⁸, con la notificación al usuario que cometió la infracción.¹¹⁹

Este sistema es frecuentemente utilizado por las grandes productoras cinematográficas que dedican una parte importante de su trabajo a monitorear contenidos subidos a YouTube para saber si están violando sus derechos de copyright. De hecho, la plataforma de Google optimizó el sistema para facilitar el proceso tanto a los denunciantes como a los denunciados, a quienes se les explica qué sucedió con su video, en el caso de que éste hubiera sido removido por infracción al copyright¹²⁰. Sin embargo, esta situación genera el conflicto de considerar a los intermediarios como responsables directos de la supuesta infracción cometida, lo que puede llevar –y en muchos casos lo hace– a que sea el intermediario quien elimine de forma automática los contenidos denunciados. De esta manera, no se cumple el debido proceso para analizar si efectivamente el usuario es o no infractor.

En relación al acceso a obras en el entorno de Internet, la ley¹²¹ no reconoce siquiera la posibilidad de realizar copias temporales o transitorias. Además, el marco jurídico actual en Argentina no tiene previsiones en relación a la limitación de responsabilidad de los intermediarios como proveedores de servicios de internet, buscadores, foros o redes sociales en relación a las infracciones de copyright que pudieran cometer sus usuarios. De hecho, en esta ausencia regulatoria se enmarcan casos famosos en Argentina, como el juicio penal contra el portal Taringa! y las causas contra el sitio de películas y series Cuevana (Busaniche, 2013:144).

Existe todavía cierta complejidad para aplicar las leyes de propiedad intelectual, teniendo en cuenta que Internet borra fronteras en términos técnicos pero existen legislaciones nacionales que no

¹¹⁸ Lo que se conoce por sus términos en inglés “notice and takedown” y que YouTube describe como algo fácil de realizar por los titulares de derechos en <https://support.google.com/youtube/answer/2807622?hl=en> (visitado el 3 de abril de 2015).

¹¹⁹ “Comentarios del fallo ‘P., L. y otros’” por Rodrigo Iglesias de HackLab Barracas (sin fecha). Disponible en http://wiki.hackcoop.com.ar/Comentarios_Fallo_YouTube (visitado el 3 de abril de 2015).

¹²⁰ “Administrar tu contenido en YouTube: Si deseas enviar una notificación por un supuesto incumplimiento de los derechos de autor, obtén información sobre lo que debes hacer si consideras que tu video se eliminó por error o sobre cómo impugnar una coincidencia de Content ID. En los recursos a continuación encontrarás información sobre nuestros procesos de administración de derechos, que son fáciles de usar.” Disponible en <http://www.youtube.com/yt/copyright/es-419/#yt-copyright-manage-content> (visitado el 11 de mayo 2014).

¹²¹ Se refiere a la Ley de Propiedad Intelectual 11.723.

pueden aplicarse a cualquier usuario. Con respecto a esto, Viviana Dirolli, abogada especialista en propiedad intelectual de obras audiovisuales, explica:

No hay una única posición y no hay una doctrina ni jurisprudencia unánime sobre esto. Hay distintas posiciones. Yo tiendo a pensar que si vos hacés algo en Argentina y una productora local hace el reclamo en Argentina no podría aplicarse el uso justo de la normativa de copyright de Estados Unidos¹²².

El 24 de marzo de 2015, se presentaron los Principios de Manila¹²³ sobre responsabilidad de intermediarios, en el marco de la convención RightsCon realizada en Manila, Filipinas. Estos principios son “lineamientos y recomendaciones para gobiernos y empresas con el propósito de permitir a los usuarios de Internet participar de la red sin amenazas a su libertad de expresión”¹²⁴. Estos principios, que deberían aplicar para los casos que involucran a YouTube –como intermediario– son:

1. Los intermediarios deben estar protegidos por ley de la responsabilidad por contenidos de terceros.
2. No puede requerirse la restricción de contenidos sin una orden de una autoridad judicial.
3. Las peticiones de restricción de contenidos deben ser claras, inequívocas, y respetar el debido proceso.
4. Las leyes, órdenes y prácticas de restricción de contenidos deben cumplir con los tests de necesidad y proporcionalidad.
5. Las leyes, políticas y prácticas de restricción de contenidos deben respetar el debido proceso.
6. Las leyes, políticas y prácticas de restricción de contenidos deben incluir transparencia y responsabilidad (rendición de cuentas).¹²⁵

3. e. i. Términos de uso y condiciones

¹²² Entrevista realizada a la Dra. Viviana Dirolli, abogada especialista en derechos de propiedad intelectual en el audiovisual. La entrevista fue realizada en su estudio de abogados el 17 de marzo de 2015. Ver anexo.

¹²³ Disponibles en inglés en <https://www.manilaprinciples.org/> (visitado el 9 de mayo de 2015).

¹²⁴ “Los principios de Manila: proteger al mensajero para proteger el mensaje” por J. Carlos Lara. Publicado el 2 de abril de 2015 en el sitio web de la ONG Derechos Digitales, disponible en <https://www.derechosdigitales.org/8517/los-principios-de-manila-protector-al-mensajero-para-protector-al-mensaje/> (visitado el 9 de mayo de 2015).

¹²⁵ “Se presentaron los Principios de Manila sobre responsabilidad de intermediarios” en el sitio web del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo, disponible en http://www.palermo.edu/cele/noticias/principios_manila.html (visitado el 9 de mayo de 2015).

Este apartado es para mostrar de qué manera YouTube, que es el intermediario entre los fans y los titulares de derechos de copyright, retoma las leyes de propiedad intelectual. Debido a que YouTube pertenece a la compañía Google, son sus Condiciones de servicio generales las que se aplican como base a todos los usuarios y los contenidos que éstos publiquen en la plataforma. De esta manera, bajo el título de “Protección de la privacidad y de los derechos de autor”, Google explica:

Respondemos a las notificaciones de presuntas infracciones de los derechos de autor y cancelamos las cuentas de los usuarios que cometen infracciones reiteradas de acuerdo con el proceso establecido en la **ley estadounidense de protección de los derechos de autor (Digital Millennium Copyright Act, DMCA)**.¹²⁶

La DMCA es a la que responde YouTube –y Google–, por estar su sede central en los Estados Unidos, donde fue sancionada. Como respuesta a esta medida de Google y YouTube, la Organization for Transformative Works (OTW), a través de su sitio web, intenta brindar una asistencia legal a los fans que publican sus producciones audiovisuales en esta plataforma y que deben enfrentarse a que les eliminen sus videos. Por ejemplo, a la pregunta “cómo discutir una eliminación de YouTube o presentar una contra-notificación a la DMCA”¹²⁷, responden con un link a una “Guía acerca de remociones de YouTube”¹²⁸ publicada en el sitio web <http://fairusetube.org>.

Por su parte, Google explica:

Nuestros servicios muestran contenido que no pertenece a Google. Este contenido es responsabilidad exclusiva de la entidad que lo haya puesto a disposición. Podemos revisar el contenido para determinar si es ilegal o infringe nuestras políticas¹²⁹, y eliminarlo o negarnos a publicarlo si tenemos razones suficientes para considerar que infringe nuestras políticas o la ley.

¹²⁶ Condiciones de servicio de Google. Disponible en: <https://www.google.com/intl/es/policies/terms/> El resaltado es propio.

¹²⁷ Publicada en su post “Fan Video y Multimedia”. Disponible en: <http://transformativeworks.org/es/fan-video-y-multimedia> (visitado el 4 de abril de 2015).

¹²⁸ La guía está disponible en <http://fairusetube.org/guide-to-youtube-removals> (visitado el 4 de abril de 2015).

¹²⁹ En el caso de YouTube existe el “Programa de verificación de contenido”. Disponible en: <https://support.google.com/youtube/answer/6005923> (visitado el 4 de abril de 2015).

Siguiendo con los términos de uso y condiciones las condiciones del servicio, YouTube tiene sus propias reglas, además de las que se aplican a modo general desde Google. Bajo el título de “No te pases de la raya”¹³⁰, en su versión en español, la empresa advierte sobre la importancia de cumplir con diversas normas que el usuario no debe tomarse “a la ligera”. Entre ellas se encuentra la dedicada a respetar los derechos de autor, donde dice:

Sube únicamente obras tuyas o de las que tengas autorización. Esto implica no subir vídeos que no hayas creado ni utilizar contenido en tus vídeos cuyos derechos de autor pertenezcan a otra persona; como, por ejemplo, **pistas musicales y fragmentos de programas protegidos por derechos de autor**¹³¹ o vídeos creados por otros usuarios sin la autorización necesaria.

De hecho, para quienes quieran aprender más sobre “Copyright en YouTube”, la empresa tiene un espacio dedicado a proveer esa capacitación en lo que denominan una escuela del copyright¹³². Ahí mismo es a donde YouTube envía a los usuarios que infringen estas normas repetidas veces y cuyas cuentas han sido bloqueadas. Para volver a activar su cuenta, el usuario debe asistir –virtualmente– a la escuela del copyright.

Google, en sus Condiciones de servicio informa que ofrece “información para facilitar a los titulares de derechos la gestión online de sus derechos de autor”¹³³. A partir de esto es que, como se menciona más arriba, YouTube ofrece el servicio de ID de contenido, que es:

Un sistema de identificación automática de contenidos protegidos mediante el cual, los titulares de derecho de copyright pueden identificar y gestionar contenidos existentes en el

¹³⁰ “No te pases de la raya” en Normas de la comunidad. Reglas básicas para que YouTube sea un lugar entretenido y seguro para todos. Disponible en: <http://www.youtube.com/yt/policyandsafety/es/communityguidelines.html> (visitado el 4 de abril de 2015).

¹³¹ Estos contenidos son la base de los FanVids o Mashups ya que son el medio a través del cual hacen referencia a las obras que quieren comentar, criticar, parodiar, etcétera. El resultado es propio.

¹³² “Copyright en YouTube” está disponible en <http://www.youtube.com/yt/copyright/#yt-copyright-education> (visitado el 4 de abril de 2015).

¹³³ “Protección de la privacidad y de los derechos de autor” en Condiciones de servicio de Google. Disponible en: <https://www.google.com/intl/es/policies/terms/> (visitado el 4 de abril de 2015).

sitio. Cuando el ID de contenido¹³⁴ identifica una coincidencia entre un video y un archivo de una base de datos, se aplica la política elegida por el propietario del contenido. (González, 2013:70).

Los tipos de políticas que puede elegir un titular de derechos son cuatro: **obtención de ingresos** a través de anuncios que se publican antes o durante el video; **bloqueo del contenido** en algunos o todos los países, ya sea que no se vea el video o que se **silencie** el sonido, depende del país en el que se encuentre el usuario (lo que se conoce a través de la dirección IP de la computadora desde la que accede); o **realizar un seguimiento**, que no afecta al video en sí, pero el propietario de los derechos del video tendrá las estadísticas de la reproducción en sus estadísticas.

Con respecto a los “sampleados” audiovisuales o remixes, Lessig plantea que, a pesar de que deberían considerarse de uso justo, este termina siendo un privilegio reservado para pocos debido a dos situaciones: los altos costos de la negociación de los derechos para la reutilización creativa de los contenidos; o los altos costos de un abogado (2005:94). Teniendo en cuenta el año de publicación de su libro, puede observarse cómo ha cambiado la situación en diez años. En parte, esto es debido al rol que ocupan en la actualidad los intermediarios a través de mecanismos como los que ofrece YouTube¹³⁵, por el que los usuarios no necesitan recurrir como primera opción a los abogados para hacer valer el uso justo.

Sin embargo, esto no significa que en el enfrentamiento entre el usuario y el titular de derechos, siempre gane el usuario:

Al tiempo que algunos de los videos codificados como “inciertos”¹³⁶ no fueron puestos en privado ni fueron removidos por los usuarios, la mayoría no se encuentra disponible como consecuencia de los reclamos por la violación del copyright realizados por varias partes, entre las que se destacan aquellas identificadas como medios tradicionales (Burgess y Green, 2009:9).

¹³⁴ El sistema de ID de contenido o Content ID es un sistema que pueden utilizar los propietarios de derechos de autor para identificar y gestionar fácilmente su contenido en YouTube. La explicación de cómo funciona está disponible en: <https://support.google.com/youtube/answer/2797370>

¹³⁵ Por ejemplo, frente a un reclamo de ID de contenido, el usuario puede impugnar si considera que este reclamo no es válido. La explicación en: https://support.google.com/youtube/answer/2797454?hl=es-419&ref_topic=2778545 (visitado el 4 de abril de 2015).

¹³⁶ Aquellos que la plataforma de videos no puede identificar en una categoría definida o que no pueden determinar si el contenido es creado por usuarios o por productores profesionales. (Burgess y Green, 2009:8).

CAPÍTULO 4: DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE CASOS

“Espero que tomen conciencia de cómo funciona la cultura pop moderna. El público va a pagar por la franquicia, pero quieren jugar con ella también. No podés solo dictar que ‘estas son las cosas que ustedes van a ver en la forma en que queremos que lo vean’. Esa ya no es la forma en que funciona la sociedad. Si querés el apoyo del *fandom* moderno, necesitás dejarlos participar.”

Joseph Kahn, director del FanFilm “Power/Ranger”¹³⁷

Debido a la imposibilidad de abarcar el análisis de la totalidad de los FanVids, FanFilms y Mashups publicados en YouTube, se toman sólo algunos casos que sirven de ejemplo para dar cuenta del eje del conflicto que se plantea en este trabajo. Estos ejemplos cumplen con el único objetivo de observar de qué manera influyen las regulaciones en materia de Propiedad Intelectual – que se detallaron en el tercer capítulo–, por un lado, y el rol que adquiere el intermediario – YouTube–, por el otro, en la producción y permanencia en la web de este tipo de obras derivadas¹³⁸.

4. a. Buffy, Twilight y todo Hollywood remixado. Mashup y *fair use*

Uno de los casos más relevantes, por la repercusión que tuvo en su momento, es el de Jonathan McIntosh, conocido también por su nombre de usuario *rebelliouspixels*, quien realizó un Mashup titulado “Buffy vs. Edward - Twilight remixed”¹³⁹, en el que mezcla escenas de la serie Buffy The Vampire Slayer (Buffy, la cazavampiros, en español) con escenas de la serie Twilight (Crepúsculo, en español). Este tipo de Mashup se conoce como *crossover* –que significa

¹³⁷ “Power Rangers Fan Video Yanked From YouTube; Filmmakers Vow To Fight” publicado en el sitio web [deadline.com](http://deadline.com/2015/02/power-rangers-youtube-video-removed-joseph-kahn-1201382423/) el 26 de febrero de 2015. Disponible en <http://deadline.com/2015/02/power-rangers-youtube-video-removed-joseph-kahn-1201382423/> (visitado el 3 de abril de 2015).

¹³⁸ En el anexo de este trabajo se presentan algunas capturas de pantalla con el fin de ejemplificar algunas de las situaciones mencionadas en los distintos casos: publicidad en videos, videos eliminados, *disclaimers*, notificaciones de YouTube, y restricción por edad.

¹³⁹ Actualmente, el video está disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=RZwM3GvaTRM> (visitado el 18 de abril de 2015).

literalmente “cruce”— debido a que lo que hace es interrelacionar historias y personajes con distintos orígenes¹⁴⁰.

El motivo por el que se seleccionó este caso es que es representativo de lo que se intenta analizar en este trabajo: 1) el autor del Mashup utilizó imágenes y audios de los textos fuente para relatar una nueva historia en la que se mezclan universos narrativos de dos diferentes producciones audiovisuales con el objetivo de hacer una crítica de la serie Twilight; 2) el video fue publicado en YouTube, que es la plataforma en la que se enfoca este análisis, considerándola como el intermediario a través del cual los fans ejercen su derecho a la libre participación en la vida cultural y donde también se aplican las regulaciones de derechos de autor y copyright; 3) recién después de tres años de estar publicado en la plataforma, el video recibió una denuncia por violación del copyright a través del sistema creado por YouTube para facilitar esta tarea a los titulares de derechos. La productora de Twilight, Lionsgate, no reconoció el uso justo de la obra de Jonathan y, luego de varios intercambios de reclamos, solicitudes y más reclamos, todos a través de YouTube, Lionsgate logró dar de baja el video.

El 9 de enero de 2013, Jonathan publicó en su sitio web que su video había sido removido injustamente de YouTube por una denuncia de Lionsgate¹⁴¹. En ese artículo relata lo sucedido, paso a paso, desde que publicó el video en junio de 2009¹⁴² y en el que explica que su Mashup es “un ejemplo de uso justo de la narración transformativa que sirve como una crítica visual de los roles de género y las representaciones de la cultura pop moderna de vampiros en los medios de comunicación”¹⁴³.

En el verano boreal de 2012, junto a la Electronic Frontier Foundation, Jonathan McIntosh exhibió su video en la Oficina de Copyright de los Estados Unidos durante las audiencias sobre las excepciones a la DMCA. Allí, el Mashup “Buffy vs. Edward” fue mencionado en las

¹⁴⁰ En este caso, el cruce es entre dos personajes e historias de series de televisión, pero podrían mezclarse también personajes del comic con historias de videojuegos o personajes de novelas con historias de películas, entre otros remixes.

¹⁴¹ “Buffy vs Edward Remix Unfairly Removed by Lionsgate” por Jonathan McIntosh. Disponible en <http://www.rebelliouspixels.com/2013/buffy-vs-edward-remix-unfairly-removed-by-lionsgate> (visitado el 18 de abril de 2015).

¹⁴² Hasta el 18 de abril de 2015, el video fue visto 3.681.936 veces –y contando–.

¹⁴³ La traducción es propia.

recomendaciones oficiales¹⁴⁴ como un ejemplo de un trabajo transformativo no comercial que debería estar exento del control de la DMCA.

Sin embargo, ese mismo año, Lionsgate había adquirido los derechos sobre la franquicia Twilight (a través de la compra de Summit Entertainment, por 412 millones de dólares), por lo que el 9 de octubre de 2012, McIntosh recibió una notificación de YouTube en la que se le informaba que, debido a que su video incluía contenido cuyos derechos le pertenecen a Lionsgate podrían comenzar a aparecer anuncios publicitarios alrededor del video o dentro del mismo.

Como explica el autor del Mashup, uno de los motivos por lo que no tenía activados los anuncios era porque no quería lucrar con estos trabajos. Lo primero que pensó Jonathan era que el sistema automático de ID de Contenido de YouTube había marcado el video y no entendía que cumplía con el uso justo, por lo que realizó un reclamo alegando que el video se encontraba protegido por la doctrina del *fair use*. Apenas 24 horas más tarde, YouTube le informaba que ese reclamo había sido rechazado por Lionsgate y que el video publicado estaba siendo monetizado con anuncios que aparecían sobre las imágenes.

McIntosh cuenta que se asesoró con un abogado de la ONG New Media Rights, quien escribió un argumento legal de mil palabras en el que explicaban que este video era un claro ejemplo de uso justo tal como existe y que eso cumplía con la naturaleza y el objetivo del uso transformativo. A través del mismo sistema de YouTube, Jonathan utilizó el segundo paso, la instancia de apelación en la que incluyó el escrito que le había elaborado su abogado.

Según relata, el 26 de noviembre de 2012 recibió una notificación de YouTube que decía que la productora había dejado de reclamar por el copyright de su remix. Jonathan había dado la batalla como ganada hasta que esa misma tarde recibió un nuevo reclamo de Lionsgate a través de la plataforma, que era exactamente igual al primero. Debido a que utilizaba sus contenidos con copyright, iban a comenzar a aparecer anuncios publicitarios. ¿Qué era lo que había pasado? El

¹⁴⁴ “Section 1201 Rulemaking: Fifth Triennial Proceeding to Determine Exemptions to the Prohibition on Circumvention”. Recommendation of the Register of Copyrights (pp. 120-135) United States Copyright Office (octubre de 2012). Disponible en: http://copyright.gov/1201/2012/Section_1201_Rulemaking_2012_Recommendation.pdf (visitado el 18 de abril de 2015).

primer reclamo había sido por los contenidos “audiovisuales” y este nuevo reclamo se enfocaba en los contenidos “visuales” solamente.

McIntosh repitió paso a paso lo que había realizado con el primer reclamo, pero esta vez el resultado fue diferente. El 18 de diciembre de 2012 recibió la notificación de YouTube en la que decía que la productora ignoraba los argumentos de uso justo, rechazaba su apelación y, en esa oportunidad, su video fue eliminado completamente de la plataforma. En su post, McIntosh afirma:

A pesar de lo claro y preciso del argumento de uso justo que existe para el video, Lionsgate Entertainment ha abusado del sistema de YouTube y ha presentado un *DMCA takedown* y ha borrado mi remix por “infracción de derechos de autor”¹⁴⁵.

Además del video, a Jonathan le bloquearon el acceso a su cuenta y, para recuperarlo, tuvo que asistir a la “escuela del copyright” y rendir un examen sobre uso justo. A través de un mail que Lionsgate envió al abogado de New Media Rights que estaba siguiendo el caso de “Buffy vs. Edward”, quedó claro que el motivo por el que se había pedido la eliminación del video había sido porque Jonathan había rechazado la monetización sobre su Mashup. A partir de esto, tanto Jonathan como los abogados de New Media Rights consideraron que la productora no estaba respetando la doctrina del uso justo. Como último recurso, después de que su video estuviera eliminado durante tres semanas, Jonathan envió una contra-notificación oficial de la DMCA a través de YouTube. Lionsgate tenía entre 10 y 14 días hábiles para permitir que se volviera a publicar el Mashup o para demandar a McIntosh.

El 10 de enero de 2013, YouTube le envió una notificación que decía que su video había sido nuevamente publicado en la plataforma, como si nada hubiera pasado y sin ninguna otra explicación. Actualmente, sigue publicado.

Otro caso similar es el del Mashup “Argentina según Hollywood”¹⁴⁶ en el que el creador, Federico Fabrizio, unió fragmentos de películas y series representativas de la industria audiovisual

¹⁴⁵ La traducción es propia.

¹⁴⁶ “Argentina según Hollywood” realizado por Federico Fabrizio. Disponible, luego de haber sido de baja, en su canal de YouTube: Parte 1 - <https://www.youtube.com/watch?v=RXN0mqmGqjc> y Parte 2 - <https://www.youtube.com/watch?v=-raKcPhFz3w> (visitados el 3 de abril de 2015).

estadounidense bajo diversos tópicos, que a pesar de no estar explícitamente etiquetados con títulos permiten identificar fácilmente de qué manera se muestra a la Argentina en esas producciones. En este trabajo no se analizará ni se describirá en detalle los temas presentados en el Mashup, ya que no es el motivo por el que se menciona. Lo que sí se destaca es que, al igual que el material remixado por Jonathan McIntosh, Federico también utilizó los videos y audios de los textos fuentes para contar algo distinto, a través del trabajo de edición¹⁴⁷.

Debido a que el paso a paso de lo que sucedió en el caso de “Argentina según Hollywood” es similar a lo relatado por Jonathan McIntosh con respecto a “Buffy vs. Edward”, no se repetirá la descripción completa, sino solo algunos fragmentos de lo relatado por Federico en la entrevista realizada el 24 de marzo de 2014.

En el caso de Federico, el conflicto surgió a partir de que el sistema automático de ID de Contenido había identificado unas imágenes de la serie de televisión *How I met your mother*, cuyos derechos pertenecen a la Compañía FOX. En el momento en que Federico publicó sus videos en YouTube, le llegó una notificación informando la situación a la que el creador del Mashup contestó remarcando que su video cumplía con tres de las cuatro condiciones del uso justo.

Al igual que sucedió con Jonathan, a Federico le llegó una respuesta vía correo electrónico en la que FOX consideraba que el video no cumplía con el uso justo. Federico Fabrizio explica que en la actualidad existe una instancia de apelación que antes no existía. En otro momento, de acuerdo con el mecanismo que tenía YouTube, la última palabra la hubiera tenido el titular de los derechos, pero ahora el usuario puede volver a contestar:

Cuando vos decís por segunda vez que los estás usando justamente, la única manera que tiene FOX de seguirlo es demandándote dentro de los 14 días hábiles. **Investigué y nunca jamás se demandó a ningún usuario de youtube**¹⁴⁸... esto es una forma de asustarte más

¹⁴⁷ La diferencia entre ambos videos es que, mientras el Mashup de Jonathan tiene una historia concreta entre dos personajes que pertenecen a dos textos fuente diferentes, el Mashup de Federico es un video detrás de otro que busca, como objetivo último, elaborar un compilado en el que quede en evidencia el modo en el que Hollywood, a través de sus producciones, “habla” –y opina– sobre Argentina.

¹⁴⁸ El resaltado es propio.

que nada y ahorrarle trabajo a youtube y a los departamentos de legales de FOX, etc. Bueno, lo pensé por unos días y mandé el segundo reclamo.¹⁴⁹

La respuesta no se hizo esperar y llegó un mail de parte de “FOX diciendo que modifique el video sacando TODOS los clips de ellos o que van a contemplar acciones legales”, relata Federico. A pesar de la incertidumbre que tuvo, decidió no contestar y no modificar nada del video. A las dos semanas, según explica, volvió a aparecer el video publicado con la cantidad de vistas y de comentarios. Durante todo el proceso de intercambio de mensajes, el video no estuvo público. “Nunca se demandó a un individuo en youtube. Mi pensamiento fue. Hay 99.99% de probabilidades de que no me demanden (...) Igual tuve incertidumbre... es que te asustan con ese sistema tan frío”, afirma Federico.

Como afirmaron diversas organizaciones que defienden los derechos en Internet, cumpliendo con su rol de *amicus curiae* en una apelación, “la creación del remix beneficia a la sociedad en general. Las obras remix ‘le contestan’ a los medios de comunicación, proporcionando comentarios políticos y culturales valiosos”¹⁵⁰. Con respecto a estos casos, amerita destacar una reflexión que Jonathan McIntosh publicó en su sitio¹⁵¹:

El temor es que el uso justo será ignorado en favor de un modelo de monetización en que las empresas de medios de comunicación “permitirán” obras críticas, educativas y/o de transformación sólo si pueden retener la propiedad efectiva y directamente beneficiarse de ellas¹⁵².

4. b. Power/Rangers. Conflictos con el FanFilm

A diferencia de los Mashups que utilizan los contenidos de los textos fuente para remixarlos y contar algo nuevo, los FanFilms son producciones más elaboradas para las que los fans o

¹⁴⁹ Entrevista propia realizada a través del chat de Facebook, el 24 de marzo de 2014. Ver Anexo.

¹⁵⁰ Brief of Amici Curiae Electronic Frontier Foundation, Organization for Transformative Works, The Center for Democracy and Technology, Public Knowledge, and New Media Rights in support of defendant-appellants. En “Appeal from the United States District Court for the Southern District of New York”. 30 de julio de 2014. (p. 11). Disponible en: <https://www.eff.org/files/2014/07/30/filedvimeoamicus.pdf> (visitado el 19 de abril de 2015).

¹⁵¹ “Buffy vs Edward Remix Unfairly Removed by Lionsgate” por Jonathan McIntosh. Disponible en <http://www.rebelliouspixels.com/2013/buffy-vs-edward-remix-unfairly-removed-by-lionsgate> (visitado el 18 de abril de 2015).

¹⁵² La traducción es propia.

creadores toman los personajes o historias y realizan su propia versión: sus guiones, actores, vestuario y su propia escenografía.

Este tipo de producción es la que realizó el productor Adi Shankar, con un FanFilm titulado “Power/Rangers”¹⁵³, basado en la serie de televisión para chicos. Es difícil imaginar que este tipo de producciones pudieran tener que afrontar los mismos procesos que los Mashups en cuanto a las denuncias, eliminación de contenido, intercambio de mails, entre otras instancias. Sin embargo, para quienes protegen celosamente sus derechos de autor, parece no existir distinción entre unos contenidos y otros.

Según relata el sitio web Deadline¹⁵⁴, el FanFilm “Power/Rangers” había sido publicado en YouTube -y en Vimeo- el martes 24 de febrero de 2015, por el productor Adi Shankar, y en apenas 48 horas había sido visto más de 12 millones de veces. El hecho de que se hubiera convertido en un éxito viral en YouTube fue lo que ayudó a que el sistema automático de protección de copyright de la plataforma lo detectara. ““Cuando un titular de derechos de autor nos avisa de un video que infringe sus derechos de autor, **eliminamos el contenido rápidamente**”¹⁵⁵ de conformidad con la ley¹⁵⁶, dijo un portavoz de YouTube a Deadline”¹⁵⁷.

En este caso sucedió algo similar a lo narrado en el apartado sobre los Mashups, ya que el creador del FanFilm emitió una contra-notificación para reintegrar el video que había sido eliminado. A partir de eso, hubo intercambios entre los abogados de ambas partes: por un lado, la compañía de Haim Saban, propietaria de la franquicia de los Power Rangers que está trabajando junto a Lionsgate¹⁵⁸ en la producción de una película; y, por el otro, Adi Shankar, el productor del FanFilm.

¹⁵³ El video “Power/Rangers Unauthorized [Bootleg Universe]” se publicó el 23 de febrero de 2015. Actualmente disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=vw5vcUPyL90&feature=youtu.be> (visitado el 18 de abril de 2015).

¹⁵⁴ “Power Rangers Fan Video Yanked From YouTube; Filmmakers Vow To Fight” publicado en el sitio web deadline.com el 26 de febrero de 2015. Disponible en <http://deadline.com/2015/02/power-rangers-youtube-video-removed-joseph-kahn-1201382423/> (visitado el 3 de abril de 2015).

¹⁵⁵ Precisamente, primero se elimina el video y, luego de que se comprueba que cumple con los requisitos del uso justo —si los cumple— se vuelve a publicar en la plataforma.

¹⁵⁶ Se refiere a la DMCA.

¹⁵⁷ La traducción es propia.

¹⁵⁸ La misma productora que encabezó la denuncia contra Jonathan McIntosh por su Mashup “Buffy vs. Edward”.

Las primeras declaraciones del abogado de Adi Shankar, Ashwant Akula Venkatram, fueron que el film “es uso justo y hay numerosos fan films en YouTube. Esto sienta un terrible precedente”. Además, cuestionó que el consejero general de Saban no hubiera enviado un cese y desista, sino que fuera directamente a YouTube¹⁵⁹.

Por su parte, Joseph Kahn, el director del cortometraje le dijo a Deadline¹⁶⁰:

Creo que este es un duro golpe al *fandom*. Creo que se están lastimando a ellos mismos. Creo que con este corto han conseguido más atención que nunca antes. ¿Cómo irrumpís en Internet con los Power Rangers? Creo que les dio mucha publicidad y revivió su conciencia de la cultura pop. En lugar de apoyar la buena voluntad de los fans, lo han convertido en un problema legal. No suena como si estuvieran pensando en el *fandom* en lo absoluto.

Es importante remarcar que, en este caso, el FanFilm tampoco tenía un fin de lucro, y todas las imágenes pertenecían a un rodaje propio, a diferencia de los Mashups. Kahn, el director del corto publicó en twitter varios comentarios acerca de su FanFilm y del hecho de que Haim Saban hubiera pedido que lo eliminaran de YouTube y Vimeo¹⁶¹:

No estoy haciendo dinero con esto y me rehúso a aceptar dinero de alguien. Ni siquiera estuvo en Kickstarter¹⁶², la pagué yo mismo. Esto se hizo para ser regalado de manera gratuita. Es como si dibujara una imagen de los Power Rangers en una servilleta y se la diera

¹⁵⁹ Esta es precisamente una de las conclusiones que se extrae de los casos expuestos en este trabajo, pero también de lo observado cotidianamente en relación a este tipo de conflictos. Los intermediarios, como es en este caso YouTube, han adquirido un rol central en las disputas referidas a los derechos de autor o copyright. Son quienes brindan las herramientas para dirimir los conflictos sin que se llegue a la instancia judicial, lo que ha eliminado el debido proceso y ha llevado a que todo se resuelva entre privados.

¹⁶⁰ “Power Rangers Fan Video Yanked From YouTube; Filmmakers Vow To Fight” publicado en el sitio web deadline.com el 26 de febrero de 2015. Disponible en <http://deadline.com/2015/02/power-rangers-youtube-video-removed-joseph-kahn-1201382423/> (visitado el 3 de abril de 2015).

¹⁶¹ Algunos de sus tuits publicados en los primeros días desde que se publicó el FanFilm y que se eliminó de Vimeo pueden leerse en: <https://twitter.com/JosephKahn/status/570301179885965313>, <https://twitter.com/JosephKahn/status/570301551073497089>, <https://twitter.com/JosephKahn/status/570335089193668608>, <https://twitter.com/JosephKahn/status/570408337784725505>, <https://twitter.com/JosephKahn/status/570666104340619266>

¹⁶² La plataforma de financiación colectiva para proyectos creativos.

a mi amigo. ¿Es ilegal dar gratis un dibujo que hice de un personaje en una servilleta a alguien? No.¹⁶³

Respecto del motivo que llevó a Kahn a realizar el cortometraje, le dijo a Deadline: “Solo quería hacer los Power Rangers bien por una vez (...) Era un experimento en el tono; era un desafío. Tomé la propiedad más tonta que se me ocurrió y traté de ver si podía hacerlo lo suficientemente serio”. Como relata James Van Der Beek, el actor principal del FanFilm –y reconocido por su personaje de Dawson en la serie adolescente “Dawson’s Creek” – el productor del corto, Adi Shankar es un gran fan de los Power Rangers¹⁶⁴.

Finalmente, después de algunos intercambios entre los abogados de Saban y los abogados del productor del FanFilm, Adi Shankar, el video volvió a publicarse en YouTube el viernes 27 de febrero. El acuerdo para volver a publicarlo fue que el video debía estar restringido por edad, para evitar que los menores lo vieran debido a que contiene imágenes violentas entre personajes considerados para niños.

En el caso de Vimeo, Shankar tuvo que publicar un *disclaimer* en el que aclaraba que el corto es un FanFilm, que no es un piloto, ni una serie, que no tiene fin de lucro y que es estrictamente para exhibición. Asimismo, la declaración dice que el experimento no está afiliado ni sostenido por Saban Entertainment o Lionsgate¹⁶⁵ y que no vende ningún producto, además de que no reclama los derechos por ninguno de los personajes y repite, entre paréntesis: “No me envíen nada de dinero, ni por Kickstarter, el video es gratis”¹⁶⁶.

En este caso, los creadores del FanFilm tuvieron que recurrir a la intervención de un abogado que llegara a un acuerdo con el titular de los derechos que realizó el reclamo, lo que implica una inversión de dinero que no todos los fans tienen disponible para casos como estos. Es por esto que es importante el rol que adquieren organizaciones como New Media Rights o la

¹⁶³ La traducción es propia.

¹⁶⁴ “James Van Der Beek on ‘Debooting’ Power Rangers and Being Caught With a Gay-Porn Version of Dawson's Creek” en Vulture. Disponible en: <http://www.vulture.com/2015/02/james-van-der-beek-on-debooting-power-rangers.html> (visitado el 19 de abril de 2015).

¹⁶⁵ De acuerdo a lo publicado por Deadline, Lionsgate y Saban están planeando una película basada en la serie de televisión Power Rangers, para chicos.

¹⁶⁶ “Power Rangers Bootleg Fan Film Returns To YouTube, Vimeo” publicado en el sitio web deadline.com el 27 de febrero de 2015. Disponible en <http://deadline.com/2015/02/power-rangers-bootleg-fan-film-returns-vimeo-youtube-1201383403/> (visitado el 18 de abril de 2015). La traducción es propia.

Organization for Transformative Works, que proveen de información y asesoramiento gratuito a los fans que tengan que enfrentar una situación similar y no sepan qué pasos deben seguir para hacer valer sus derechos de participar en la cultura a través de la creación de obras que cumplen con el uso justo.

4. c. El sube y baja de los FanVids

A pesar de no presentar acá un caso concreto, los FanVids no quedan fuera del conflicto con el copyright. De hecho, a pesar de que es frecuente encontrar diversos videos de este estilo que se mantienen publicados, también es factible que algunos sean eliminados si YouTube recibe el reclamo por los derechos de copyright.

En el caso de estos videos, los fans utilizan dos tipos distintos de textos fuente: por un lado, las imágenes originales de la película o serie sobre la que se basan para realizar su video; por el otro, la música que le dará el sentido a su FanVid, ya que este funciona como un video musical. En este tipo de obras, la narración de la historia es una mezcla entre el remix visual y la letra de la canción elegida por el fan. Debido a esta característica, los FanVids pueden recibir reclamos tanto por el fragmento visual como por el audio utilizado¹⁶⁷.

Algunos fans, con el fin de evitar que sus videos sean los elegidos para ser eliminados, incluyen un breve Copyright *Disclaimer* en el que declaran que no son propietarios de los derechos de las imágenes ni de la música utilizada para su obra, sino que solo son responsables de la edición realizada con esos contenidos. Asimismo, aseguran que su video cumple con los requisitos del uso justo y mencionan quiénes son los titulares de derechos de los textos fuente.

Uno de los FanVids seleccionados es “Buffy and Angel – Set Fire to the Rain” que contiene publicidad dentro del video a partir del segundo 10 y el usuario publicó el siguiente mensaje: “No estoy de ninguna manera asociado al contenido de este video o música y no hay intenciones de infringir al copyright”¹⁶⁸. En este caso, es probable que la publicidad sea una de las condiciones por

¹⁶⁷ Es decir, pueden recibir reclamos tanto por parte de la industria cinematográfica como por parte de la discográfica.

¹⁶⁸ “Buffy and Angel - Set Fire to the Rain”, realizado por el usuario *kurtlaynevedder89*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=53AF7xPoiuA> (visitado el 19 de abril de 2015). La primera parte del título menciona a los dos personajes involucrados en el FanVid y la segunda parte es el título de la canción utilizada en la

la que los titulares de derechos hayan permitido que el video continuara publicado en la plataforma, tal como le habían propuesto a Jonathan McIntosh en relación a su Mashup –algo que él rechazó debido a su argumento en defensa del uso justo–.

La misma situación de “Buffy and Angel – Set Fire to the Rain” se repite en los FanVids “Game of Thrones: Renly at the Gay Bar (Long Live the King!)”¹⁶⁹, “Harry Potter | Time Of Our Lives. (TRIBUTE)”¹⁷⁰, en los que ambos videos también contienen publicidad en el segundo 10 del video. Sin embargo, de estos casos, sólo el fan que realizó el FanVid de Game of Thrones incluyó la declaración que dice: “Este fan video mashup es una parodia creada para mi propio entretenimiento. La música es de Electric Six; la grabación es de la serie de HBO; la historia y los personajes son de George R. R. Martin”. En el caso del FanVid de Harry Potter, el usuario *lockwolf* no incluyó el *disclaimer* que suelen agregar los fans en sus videos.

En una situación distinta se encuentra el FanVid titulado “Star Trek + Nine Inch Nails = Closer”, ya que no contiene anuncios publicitarios y el *disclaimer* lo hace solo referido a la música, sobre la que reconoce la autoría del grupo Nine Inch Nails. Estos cuatro ejemplos representan a aquellos FanVids que permanecen publicados en la plataforma, bajo algunas condiciones que deben cumplir los usuarios.

Sin embargo, también sucede que algunos FanVids son eliminados de la plataforma. Por ejemplo, la fan y usuaria de YouTube, *CaFei*, había elaborado una lista de reproducción que contenía diversos FanVids que habían realizado otros usuarios y que ella consideraba “buenos y creativos”¹⁷¹. Estos videos, según parece interpretarse en la descripción de la lista, habían sido eliminados previamente y ella los había recopilado para volver a compartir. Sin embargo, al querer ver los videos contenidos en la lista de reproducción, se observa que muchos de ellos figuran como eliminados (y con las cuentas de usuarios, asociadas a esos videos, canceladas).

narración. En este caso, el fan utiliza un tema musical de la cantante Adele. Para profundizar sobre el análisis de los FanVids o *vidding*, ver González (2013).

¹⁶⁹ “Game of Thrones: Renly at the Gay Bar (Long Live the King!)”, realizado por el usuario *Sevenblueorchids*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=L2t1jCzxmUA> (visitado el 18 de abril de 2015).

¹⁷⁰ “Harry Potter | Time of our lives (TRIBUTE)”, realizado por el usuario *lockwolf*. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=QDZRIavFj-M> (visitado el 3 de abril de 2015).

¹⁷¹ “Deleted fanvids” [lista de reproducción] publicada por la usuaria *CaFei*. Disponible en: www.youtube.com/playlist?list=PL22B3C47140AD4D86 (visitado el 19 de abril de 2015).

En ninguno de los casos de los videos eliminados es posible saber qué sucedió con esos videos o con las cuentas de usuarios, ya que no aparecen mencionados. Los videos podrían haber sido republicados por otro usuario que cumpliera con los requisitos de incluir publicidad y el texto de *disclaimer*, o los usuarios que recibieron la cancelación de sus cuentas pudieron haber “migrado” a otra plataforma de videos, como Vimeo, para publicar sus FanVids.

En su trabajo, Daniela González, explica:

Organizaciones como la Organization for Transformative Works defienden el derecho a la creación de piezas de FanFiction (en cualquiera de sus formas) argumentando que estas son prácticas transformativas. Esta condición transformativa (y sin fines de lucro) es la que posiciona al vidding, por ejemplo, fuera del ámbito de la piratería y lo ubica en el ámbito de la creación artística (Lothian, 2009). (2013:68).

4. d. ¿Por qué estos casos?

Como se observa en la presentación de estos casos, el problema que existe es que las leyes – y el código–, tal y como se implementan en la actualidad, permiten que los titulares de derechos, a través del intermediario, puedan eliminar contenidos que están publicados en YouTube, incluso aunque no persigan un fin de lucro y aunque cumplan con los requisitos del uso justo. La abogada Viviana Dirolli asegura que “las leyes de derecho de autor, para ese tipo de creaciones, son un obstáculo” y sugiere:

empezar a hacer un análisis de las leyes de derecho de autor en función de las realidades y de la afectación de derechos que se pueden hacer o no, a la luz de todo este nuevo mundo que circula por Internet¹⁷².

A pesar de que en los casos presentados, los videos volvieron a publicarse en la plataforma, el conflicto que se presenta en este trabajo –y que se cuestiona– es que esos contenidos creados por los fans no deberían ni siquiera haber tenido que atravesar el intercambio de mails con los titulares de derechos, ni entre abogados. El problema existe en el hecho de que YouTube, como

¹⁷² Entrevista realizada a la Dra. Viviana Dirolli, abogada especialista en derechos de propiedad intelectual en el audiovisual. La entrevista fue realizada en su estudio de abogados el 17 de marzo de 2015. Ver anexo.

intermediario, es el que “cumple” con lo que solicitan los titulares de los derechos de autor o copyright y elimina contenidos o los retiene antes de que fueran publicados (debido a sus detección automática) sin siquiera considerar que esas obras cumplen con la doctrina del uso justo.

Con los casos presentados en este capítulo no se intenta afirmar que estas secuencias se repiten en el cien por ciento de los videos publicados por fans, sino que se intenta hacer hincapié en el hecho de que con la legislación actual y con el importante rol que adquirieron los intermediarios –que permiten resolver los casos sin llegar a la instancia judicial y que no se cumple con el debido proceso–, los titulares de derechos están habilitados a hacerlo con todos los videos y que el hecho de que no lo hagan solo responde al hecho de que son ellos quienes deciden no hacerlo.

De hecho, cuando se dio a conocer la noticia de que Disney había comprado Lucasfilm, una de las preguntas que surgió fue si iba a haber lugar para los videos de fans¹⁷³, debido a que, históricamente, Disney se había posicionado en contra de este tipo de obras –y se ha caracterizado por ser la compañía que más ha luchado por reforzar el copyright en todos los ámbitos posibles–, mientras que desde Lucasfilm las promovían¹⁷⁴. Por el momento, aunque hay algunos indicios de que Disney está mirando a YouTube y las creaciones de fans de otra manera, sobre todo a partir de las repercusiones de la película Frozen, no se han alejado del todo de su posición a favor de la protección maximalista del copyright¹⁷⁵. Viviana Dirolli, afirma:

Actualmente, si una productora o titular de derecho de autor decide denunciar para dar de baja un contenido tiene que ver con el reconocimiento de un paradigma propietario de esa obra, que le habilita disponer de la misma. Si le afecta o no le afecta creo que debería ser bueno que se ponga en debate¹⁷⁶.

¹⁷³ “Disney owns Lucasfilm: Will it have room for Star Wars fan movies?” publicado en arstechnica el 30 de octubre de 2012. Disponible en: <http://arstechnica.com/tech-policy/2012/10/disney-owns-lucasfilm-will-it-have-room-for-star-wars-fan-movies/> y “Will Disney Block Star Wars Fan-Made Content?” publicado en techdirt el 3 de noviembre de 2012. Disponible en: <https://www.techdirt.com/articles/20121101/13355120910/will-disney-block-star-wars-fan-made-content.shtml> (visitados el 19 de abril de 2015).

¹⁷⁴ Los premios a los FanFilms de Star Wars estaban auspiciados por la productora <http://www.starwars.com/star-wars-fan-film-awards> (visitado el 19 de abril de 2015).

¹⁷⁵ “How ‘Frozen’ fandom changed Disney’s stance on copyright infringement” publicado en The Daily Dot el 30 de mayo de 2014. Disponible en: <http://www.dailydot.com/opinion/disney-frozen-fandom-copyright-infringement/> (visitado el 19 de abril de 2015).

¹⁷⁶ Entrevista realizada a la Dra. Viviana Dirolli, abogada especialista en derechos de propiedad intelectual en el audiovisual. La entrevista fue realizada en su estudio de abogados el 17 de marzo de 2015. Ver anexo.

CAPÍTULO 5: DEBATES Y TENSIONES EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lo desarrollado en los capítulos anteriores se refiere específicamente al escenario que se plantea a partir de los derechos de propiedad intelectual en cuanto a la creación de obras derivadas que realizan los fans: FanVids, FanFilms y Mashups. Pero el objetivo de este trabajo es el de observar cómo esto afecta al derecho humano de la libre participación en la vida cultural. Lo que se analiza en este capítulo es la tensión que existe entre el derecho de autor y el derecho de tomar parte libremente en la vida cultural, en el marco de los Derechos Humanos, ya que esa libertad se ve restringida por el derecho que protege a los autores.

5. a. El Derecho a la libre participación en la vida cultural en la DUDDHH y en el PIDESC

En su tesis de maestría, Busaniche (2013:16) desarrolla con detalle el proceso de conformación de la Organización de las Naciones Unidas, en 1943, y de la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDDHH–, en 1948, sobre la que explica que ya desde el borrador preliminar aparecían los derechos culturales redactados de la siguiente manera: “(T)oda persona tiene derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, disfrutar las artes y compartir los beneficios de la ciencia” (Busaniche, 2013:18).

Sin embargo, después de mucho debate y no sin tensiones, la DUDDHH¹⁷⁷, adoptada el 10 de diciembre de 1948, el artículo 27, referido a los derechos culturales, se redactó de la siguiente manera:

1. Toda persona tiene derecho a **tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad**¹⁷⁸, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

¹⁷⁷ La DUDDHH está disponible en español en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (visto el 8 de febrero de 2015).

¹⁷⁸ El resaltado es propio.

En esta redacción, que es la definitiva, se destaca la incorporación del segundo párrafo que hace referencia a los derechos de los autores e inventores, que no estaban incluidos en el borrador preliminar. Esta incorporación es lo que permite caracterizar a la redacción de este artículo como “dual” (Busaniche, 2013:21), ya que mientras en el segundo párrafo se habla de la protección de intereses morales y materiales del autor de una obra, en el primero se incorpora la palabra “libremente” en cuanto a garantizar la participación en la vida cultural de la comunidad no de cualquier manera, sino haciendo hincapié en que debe ser libre. Esta incorporación en la redacción del artículo fue a partir de la sugerencia de la delegación de Perú:

José Encinas defendió la expresión al decir que no era suficiente reconocer que todos tienen el derecho a participar en la vida cultural, artística y científica de la comunidad, sino que se debía dejar en claro que este derecho se debía realizar en completa libertad, sin la cual no habría creación digna de un hombre. (Busaniche, 2013:24).

Esa libertad a la que se refiere Encinas es la que se ve perjudicada frente a la fuerza que tienen las leyes de derechos de autor en los casos mencionados en el capítulo anterior. Es difícil considerar libres a los creadores de contenidos que no saben si su video será considerado o no una violación al copyright y que no saben si será eliminado o no de la plataforma que utilizan para compartirlo.

Con respecto a la inclusión del párrafo en el que se declara el derecho a la protección de los intereses morales y materiales de los autores, el tema fue eje de debate, de conflicto, y de tensiones entre los países participantes, ya que las posturas no eran unánimes:

De hecho, en el marco de este debate, y considerando que los derechos de los autores ya estaban contemplados en el Convenio de Berna y en la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, uno de los argumentos a favor de excluirlos del artículo 27 fue que los derechos de propiedad intelectual estaban adecuadamente regidos por la

disposición ya existente en materia de derechos de propiedad o que no eran propiamente hablando un “derecho humano básico” (Busaniche, 2013:21).¹⁷⁹

Algunos años después de la publicación de la DUDDHH, en 1966, se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-¹⁸⁰, en el que se incluyeron algunos de los derechos consagrados por la DUDDHH. Entre esos derechos, el artículo 15 dice:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural¹⁸¹;**
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Como puede observarse, la redacción de este párrafo del artículo 15 refuerza lo planteado en el artículo 27 de la DUDDHH, agregando en el inciso c) protección de los intereses morales y materiales de los autores. Sin embargo, es importante destacar que tanto en la DUDDHH como en el PIDESC, el derecho a participar en la vida cultural se presenta primero, por lo que la parte dedicada a los autores se encuentra, de algún modo, subordinada, y deben operar en conjunto y relación permanente.

En efecto, los incisos a) sobre participación en la cultura y b) sobre el goce de los beneficios dimanantes del progreso científico y de sus aplicaciones, del artículo 15 fueron aprobados con 15 votos favorables frente a ninguno negativo, y sólo 3 abstenciones. En cambio, la discusión sobre el derecho a la protección de los intereses materiales y morales de los autores fue, como mínimo, controversial. (Busaniche, 2013:36).

5. b. La interpretación de los incisos a) y c) del artículo 15 del PIDESC

¹⁷⁹ La cita de este párrafo proviene de Morsink, pág. 221, citado en Green, María "El proceso de elaboración del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" E/C.12/2000/15 – 9 de octubre de 2000. pág. 5, citado en la tesis de maestría de Beatriz Busaniche.

¹⁸⁰ El texto completo y en español puede consultarse en el sitio oficial de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (visto el 8 de febrero de 2015).

¹⁸¹ El resaltado es propio.

Con respecto al PIDESC, es importante el rol que adquiere el Comité de Aplicación al interpretar los textos, alcances y limitaciones de los artículos del mismo, así como fijar las directrices de aplicación para los responsables de implementarlo en los países que lo hubieran ratificado. En este sentido es que aquí se menciona, con respecto al inciso c) del artículo 15, la Observación General Nro. 17 (2005) del 35to. período de Sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realizado en Ginebra, Suiza, del 7 al 25 de noviembre de 2005¹⁸², y, con respecto al inciso a) del mismo artículo, la Observación General Nro. 21 (publicada en 2010) del 43ro. período de sesiones¹⁸³. Ambos incisos, tal y como se comentó más arriba, son los que declaran derechos que se encuentran en conflicto.

Sobre el inciso a), la Observación General Nro. 21, en su Párrafo 6, dice:

El derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad. Para realizarlo, es necesario que el Estado parte se abstenga de hacer algo (no injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales), por una parte, y que tome medidas positivas (asegurarse de que existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos), por la otra.¹⁸⁴

Si se consideran las leyes nacionales de derechos de autor y de copyright mencionadas en el capítulo 3 de este trabajo, incluyendo la DMCA de Estados Unidos¹⁸⁵, se observa que no solo los Estados no se abstienen de hacer algo y no toman medidas positivas, sino que por el contrario esas leyes permiten tomar medidas que resultan negativas para el desarrollo de esa libertad, tal y como sucede en algunos de los casos presentados en el capítulo 4.

¹⁸² Observación General N° 17, adoptada el 21 de noviembre de 2005 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 35° Período de sesiones. Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005. Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan pro razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a). Apartado C del Párrafo 1 de artículo 15 del PIDESC. Disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf (visto el 16 de febrero de 2015).

¹⁸³ Observación General N° 21, publicada en 2009 por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. 43° Período de sesiones. Ginebra, 2 a 20 de noviembre de 2009. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturas). Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc> (visto el 22 de febrero de 2015).

¹⁸⁴ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General Nro. 21. Párrafo 6. 2009. El resaltado es propio.

¹⁸⁵ De hecho, debido a que Estados Unidos no tiene ratificado el PIDESC, la DMCA tiene más valor legal.

Además, en el Párrafo 44 de la misma Observación General, que corresponde a la sección de las Obligaciones jurídicas de carácter general de los Estados partes, dice:

El Pacto impone a los Estados partes la obligación inmediata de garantizar que el derecho conferido en el párrafo 1 a) del artículo 15 sea ejercido sin discriminación, de **reconocer las prácticas culturales y de abstenerse de injerirse en su disfrute y realización.**¹⁸⁶

De acuerdo con esta observación, es importante destacar que, en el caso de los FanVids, FanFilms y Mashups que son eliminados de la plataforma YouTube para cumplir con las normativas de derechos de autor, no se estarían siguiendo las directrices de aplicación fijadas por el Comité de Aplicación que indican que deben reconocerse las prácticas culturales, por un lado, y que los Estados partes deben abstenerse de injerirse en su disfrute y realización, por el otro. El reconocimiento de las prácticas culturales se asemeja a una de las regulaciones presentadas por Lawrence Lessig (1998, s/p), que tiene que ver con las normas sociales o los usos y costumbres. Las leyes de derechos de autor no reconocen estas prácticas culturales, ya que, de acuerdo a lo que dicen, estas prácticas son consideradas ilegales y se depende exclusivamente de la voluntad del autor o de los titulares de los derechos que no quieran denunciar estas obras derivadas.

Como se planteó en el capítulo 2 y se ejemplificó en el capítulo 4, la realización de los FanVids, FanFilms y Mashups es, precisamente, una nueva práctica cultural que, aunque tiene antecedentes en la cultura pre Internet, se desarrolló y expandió a partir de la digitalización de los contenidos audiovisuales y del despliegue de la conexión a Internet en todo el mundo. Algunos titulares de derechos de autor no simpatizan con estas prácticas, por lo que sus primeras acciones suelen estar orientadas a eliminar estos contenidos de las plataformas que las distribuyen gratuitamente. Lo que ellos remarcan es que los fans no pagan por utilizar esos contenidos, sino que se los apropian ilegalmente. Sin embargo, debe destacarse que los casos mencionados en este trabajo son aquellos que responden a la creatividad amateur, según el concepto de Lessig, y no lucran con los contenidos que publican en YouTube, por lo que, muchos de ellos cumplen con los requisitos del uso justo, y así logran que sus videos vuelvan a publicarse.

¹⁸⁶ El resaltado es propio.

En el párrafo 73, se refiere a las responsabilidades y obligaciones de los actores que no son Estados, de los que destaca al sector empresarial:

Si bien los Estados partes en el Pacto son los principales responsables del cumplimiento de sus disposiciones, todos los miembros de la sociedad civil (individuos, grupos, comunidades, minorías, pueblos indígenas, entidades religiosas, organizaciones privadas, empresas y la sociedad civil en general) tienen también obligaciones relacionadas con la realización efectiva del derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Los Estados partes deben regular la responsabilidad que recae sobre el sector empresarial y otros actores no estatales en cuanto al respeto de ese derecho.

Es importante esta directriz del Comité de Aplicación, ya que, a pesar de que quienes firman el Pacto son Estados, hace hincapié en el rol protagónico que tienen, en la garantía de derechos, todos los miembros de la sociedad civil, incluyendo a las organizaciones y empresas privadas que son quienes tienen poder para ejercer presión sobre los Estados y organismos internacionales para la sanción de leyes o de firma de tratados. A pesar de que el Comité reconoce que estos actores no son quienes firmaron el Pacto, le indica a los Estados que deben regular la responsabilidad que les toca, para hacerlos cumplir.

Con respecto al inciso c) del artículo 15, la Observación General N° 17, en su párrafo 1, distingue al derecho humano de “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” de los derechos legales que forman parte del sistema de propiedad intelectual, como es el caso de los derechos de autor y del copyright. En el mismo párrafo, el Comité explica las diferencias entre ambos:

Los derechos humanos son fundamentales porque son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto.

A partir de este planteo, se entiende, entonces, que las leyes de propiedad intelectual deben cumplir con el deber de ser un medio para estimular la creatividad y para preservar la integridad de las producciones creadas, pero siempre teniendo como objetivo el beneficio de la sociedad en su conjunto. No excluye una cosa de la otra, la protección de las obras no está pensada como algo aislado de la comunidad. El Comité no se refiere al beneficio del autor, sino de toda la sociedad.

Asimismo, en el párrafo 4 de la misma Observación General, el Comité remarca que este derecho está “intrínsecamente relacionado con los demás derechos reconocidos en el artículo 15 del Pacto”, incluyendo al derecho a participar en la vida cultural, y agrega: “La relación entre estos derechos y el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 los refuerza mutuamente y los limita recíprocamente”. Es decir que ese derecho que tiene el autor a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales de sus producciones se ve limitado por el derecho de otros seres humanos a participar en la vida cultural.¹⁸⁷

Es importante destacar que, tal como se indica en el párrafo 7, el Comité se refiere al autor como una persona física y no a las personas jurídicas que sean titulares de derechos de propiedad intelectual, ya que, “debido a su diferente carácter, sus derechos no están protegidos en el plano de los derechos humanos”.

Quizás el mayor conflicto para garantizar el derecho a la libre participación se encuentre en el párrafo 30, en el que se refiere principalmente a los intereses morales de los autores:

Los Estados tienen la obligación de respetar el derecho humano de los autores a beneficiarse de la protección de sus intereses morales y materiales, entre otras cosas absteniéndose de violar el derecho de los autores a ser reconocidos como los creadores de sus producciones científicas, literarias o artísticas y a oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de sus producciones, o a cualquier otra acción que atente contra éstas, que sería perjudicial para su honor o reputación.

¹⁸⁷ Más adelante, en el párrafo 11, el Comité de Aplicación asegura que los Estados Partes pueden adoptar normas elevadas de protección de estos intereses, pero, aclara, “siempre que estas normas no limiten injustificadamente el disfrute por terceros de los derechos reconocidos en el Pacto”.

El conflicto se encontraría en el hecho de que tanto los FanVids, FanFilms, como Mashups, siendo obras derivadas, son esencialmente una modificación o deformación de los textos fuente, por lo que el autor podría considerar que esas obras atentan contra la suya y que afectan su honor y reputación, y así solicitar su eliminación y censura. Esto entraría en contradicción con el inciso a) del párrafo 1 del artículo 15 del PIDESC, que es el derecho a la libre participación en la vida cultural.

La Observación General N° 17, en una parte de su párrafo 35 referido a las obligaciones conexas, menciona que debe existir un equilibrio entre el inciso c) del párrafo 1 del artículo 15 del PIDESC con los demás derechos reconocidos en el Pacto, y expresa:

Por consiguiente, los Estados Partes deberían cerciorarse de que los regímenes legales o de otra índole para la protección de los intereses morales o materiales que corresponden a las personas en razón de sus producciones científicas, literarias o artísticas no menoscaben su capacidad para cumplir sus obligaciones fundamentales en relación a los derechos a la alimentación, la salud y la educación, así como a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, o de cualquier otro derecho reconocido en el Pacto. **En definitiva, la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social.**¹⁸⁸

Es importante tener en cuenta la función social de la propiedad intelectual en relación directa con el derecho de participar en la vida cultural, para encontrar ese equilibrio que demanda el Comité de Aplicación. Con respecto a la relación entre estos dos derechos, Busaniche (2013:40) afirma que en ninguna de las dos redacciones, ni en la de la DUDDHH ni en la del PIDESC, se debatió sobre la tensión interna de los artículos 27 y 15 ni tampoco sobre la tensión entre el derecho a la libre participación y los derechos de los autores, o de qué manera podría resolverse ese conflicto. Por su parte, Julio Raffo (2011:204) da cuenta de la tensión existente entre el derecho acceso a la cultura y el derecho de autor, a partir del surgimiento de las nuevas tecnologías (TICs):

Es por ello necesaria la redefinición del alcance de los derechos autorales en la circunstancia global, generada por la irrupción de un nuevo espacio tecnológico y la sociedad de la información (TICs) para armonizarlos con los derechos de acceso a la cultura;

¹⁸⁸ El resaltado es propio.

institucionalizando jurídicamente lo que la gente ya impuso mediante su conducta generalizada, conducta social que es la fuente última e ineludible de toda legitimidad y de toda legalidad.

El 24 de diciembre de 2014, en el 28° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, presentó el Informe “Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura”. En el mismo, se resume la propuesta de la Relatora Shaheed:

Ampliar las excepciones y limitaciones a los derechos de autor a fin de potenciar la nueva creatividad, mejorar las contrapartidas que reciben los autores, aumentar las oportunidades educativas, preservar un espacio para la cultura no comercial y promover la inclusión y el acceso a las obras culturales¹⁸⁹.

Además, en su informe, la Relatora se refiere a las funciones de las limitaciones y excepciones al derecho de autor como medio para promover la participación cultural. En el ítem 63, asegura:

Otra función esencial es fomentar nuevas expresiones de creatividad. Las excepciones y limitaciones al derecho de autor pueden permitir que la caricatura, la parodia, la imitación y el apropiacionismo se basen en obras anteriores claramente reconocibles con el fin de expresar algo nuevo y diferente.

Finalmente, Farida Shaheed promueve “la participación cultural y científica alentando el uso de licencias abiertas, como las ofrecidas por Creative Commons”, y concluye, en el ítem 120, que “se deben prever alternativas a las sanciones penales y el bloqueo de contenidos y sitios web en los casos de vulneración de los derechos de autor”.

5. c. La situación en Argentina y Estados Unidos

¹⁸⁹ “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura” presentado en el 28° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de diciembre de 2014. Disponible en español en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Documents/A_HRC_28_57_SPA.doc (visitado el 9 de mayo de 2015).

A diferencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el PIDESC es vinculante para los Estados que lo han ratificado. Aquí se destaca un contraste fundamental entre la situación de Estados Unidos y la de Argentina, ya que el primero, a pesar de haber firmado el Pacto en 1977, nunca lo ratificó en el Congreso, por lo que no se integró a las obligaciones provenientes del mismo. Por su parte, Argentina, luego de firmar el 19 de febrero de 1968, lo ratificó el 8 de agosto de 1986¹⁹⁰ y le dio rango constitucional a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994. De esta manera, “al incorporar el inciso 22 al artículo 75 sobre las atribuciones del Congreso, quedó determinada la superioridad jerárquica de algunos tratados internacionales respecto de las leyes” (Busaniche, 2013:111), incluyendo a la ley 11.723 de propiedad intelectual.

El caso de Estados Unidos quizás sea el más importante debido a que es el país de donde proviene la mayoría de las producciones audiovisuales utilizadas para la elaboración de FanVids, FanFilms y Mashups, por un lado, y donde están los servidores de la plataforma de videos – YouTube– donde se alojan la mayoría de estas obras derivadas, por otro lado. El hecho de que este país no haya ratificado el PIDESC lo libera de la obligación de cumplir con las directrices del Comité de Aplicación. Sin embargo, no sucede lo mismo en Argentina, que sí lo ratificó y le dio carácter constitucional, y aun así la ley de Propiedad Intelectual, tal y como está redactada actualmente, y al no incluir –al menos– la doctrina del uso justo, es más restrictiva en cuanto a lo que permite hacer a los ciudadanos con las obras que están cubiertas por derechos de autor, ya que, como dice Lessig: “nos han acorralado hasta el punto que solo podemos defender que nuestros derechos dependen del uso justo” (2005:123). Aun así, Lessig considera que “una delgada protección basada en el uso justo tiene sentido cuando la inmensa mayoría de los usos están sin regular. Pero cuando todo se vuelve presuntamente regulado, entonces no bastan las protecciones del uso justo” (ídem).

La disponibilidad plena de los productos inmateriales debería provocar tanto mayor innovación como productividad, ya que un mismo producto inmaterial podría ser utilizado como bien de capital simultáneamente por infinidad de agentes, mientras que con las limitaciones de la privatización, sólo podría ser utilizado por el tenedor de sus derechos o de aquellos autorizados por él (Fazio, 2010:14).

¹⁹⁰ Información disponible en el sitio oficial de la Organización de las Naciones Unidas https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en (visitado el 8 de febrero de 2015).

Es importante destacar que, con respecto a la ley 11.723, “el reporte de Consumers International también da cuenta de la inexistencia de protección o garantías para la realización no comercial de remixes o mash ups de obras bajo propiedad intelectual. Tampoco hay excepciones y limitaciones para la parodia y la sátira” (Busaniche, 2013:144). La parodia y la sátira –muchos FanVids, FanFilms y Mashups lo son– son formas de la participación en la vida cultural, por lo que para garantizar que se cumpla este derecho, la ley de Propiedad Intelectual debería incluirlas como excepción. Dirolli, por su parte, considera que hay que poner “ciertas limitaciones al derecho de autor que habiliten a los que realmente no afecten intereses y que se pueda permitir hacer obra derivada”¹⁹¹.

¹⁹¹ Entrevista realizada a la Dra. Viviana Dirolli, abogada especialista en derechos de propiedad intelectual en el audiovisual. La entrevista fue realizada en su estudio de abogados el 17 de marzo de 2015. Ver anexo.

CONCLUSIÓN

¿Cuánta creatividad nunca se concreta sólo porque el costo de obtener los derechos es demasiado alto?

Lawrence Lessig, *Cultura Libre* (2005:92).

La cultura circula entre los seres humanos que la producen, la consumen, la intercambian, la transforman, la hacen crecer con cada intervención que realizan sobre algo ya creado por otro ser humano en algún otro rincón del mundo o en otro momento de la historia. Así es como la cultura vibra, cambia y se desarrolla, de acuerdo con el concepto de “vida cultural” tal como lo explica Lea Shaver (2009:644).

Esta forma de ser de la cultura se hace más intensa y se potencia cuando se observa el comportamiento de los miembros de la cultura fan. Las nuevas tecnologías, sobre todo la tecnología digital, permitieron volver a una cultura de “Lectura/Escritura”, como la denomina Lessig, en la que los fans ocupan un rol ya no de meros consumidores, sino de consumidores/productores.

Estos fans son creadores de obras cuyos contenidos hacen una necesaria referencia a obras anteriores. Esa referencia es la que les da sentido. Precisamente, los FanVids, FanFilms y Mashups que crean, son obras derivadas que cumplen su función al reconocer la existencia de una o varias obras anteriores a las que refieren. Teniendo en cuenta esto, se entiende que no cuestionen la autoría de dicha obra a la que citan, sino todo lo contrario.

Es importante remarcar esta idea de “**volver** a una cultura de ‘Lectura/Escritura’” para no olvidar que esta apropiación activa de los consumos culturales no es una conducta nueva de los seres humanos. Como se analizó en los capítulos precedentes de este trabajo, lo que sí es nuevo es la emergencia y expansión de las posibilidades técnicas que permiten realizar y compartir mayor diversidad de obras derivadas con más facilidad. Sin embargo, “en lugar de comprender los cambios que Internet permitiría, (...) estamos dejando que aquellos más amenazados por los cambios usen su poder para cambiar las leyes” (Lessig, 2005:27).

Pese a que la OMPI asegura que un sistema internacional de propiedad intelectual equilibrado y eficaz permite la innovación y la creatividad en beneficio de todos, esto no se refleja en los casos presentados en este trabajo, que son diversos ejemplos que suceden en la cultura fan. Las leyes y tratados internacionales de derechos de autor, al menos en este campo de la cultura, no parecen cumplir sus objetivos. Por un lado está la teoría detrás de la justificación de las leyes, y por el otro, su implementación.

Lo que se observa es que no hay tal equilibrio ni se permite la innovación y la creatividad en beneficio de todos. No puede afirmarse que todos se ven beneficiados cuando un ciudadano que realiza una obra como resultado de su creatividad amateur debe enfrentarse a los máximos representantes de la industria audiovisual para evitar que eliminen su obra de la web. No existe un “beneficio para todos” si los fans no saben si sus obras continuarán publicadas o no porque el sistema automático de YouTube no reconoce la existencia de la doctrina del uso justo. Las leyes, en estos casos, se aplican en forma preventiva, por lo que ni siquiera se sigue el debido proceso para comprobar si efectivamente hay delito o no. En este sentido, una visión cada vez más restrictiva de los derechos de autor atenta seriamente contra la circularidad cultural, y “las nuevas legislaciones estarían permitiendo en la actualidad un creciente proceso de privatización del conocimiento y la ciencia” (Fazio, 2010:7).

Teniendo en cuenta lo expuesto, se observa que las leyes y tratados internacionales en materia de derecho de autor y de copyright otorgan derechos exclusivos para la explotación comercial de las obras cubiertas por ellos, afectando, de esa manera, el derecho humano a la libre participación en la vida cultural que tienen todos los ciudadanos. Como afirma Lessig, “el papel de la ley es cada vez menos apoyar la creatividad y cada vez más proteger a ciertas industrias contra la competencia” (2005:31).

Los derechos de autor, que son para unos pocos –los autores–, no pueden estar por sobre el derecho humano a la libre participación en la vida cultural, que es para toda la Humanidad. De hecho, el derecho de autor reproduce la lógica de una cultura de “Solo Lectura” donde están los autores/productores por un lado, y los consumidores por el otro. Para garantizar el derecho humano a la participación en la vida cultural se debe promover una cultura de “Lectura/Escritura”, como la que menciona Lawrence Lessig. “La frase ‘vida cultural’ puede también sugerir que los seres

humanos no están completamente ‘vivos’ a menos que estén empoderados para tomar parte –de las maneras y formas que ellos elijan– en este esencial aspecto de la experiencia humana” (Shaver y Sganga, 2009:645).

En este contexto, es importante replantear los objetivos de la propiedad intelectual, revisar el concepto, las leyes y los tratados, con el fin de garantizar el desarrollo cultural por sobre los intereses económicos de la industria. Es importante que los derechos de autor y de copyright no estén por sobre el bienestar de toda la comunidad y que no limiten el desarrollo cultural. “Si la innovación se ve constantemente obstaculizada por estas responsabilidades legales dudosas e ilimitadas, tendremos una innovación mucho menos viva y mucha menos creatividad” (Lessig, 2005:158).

Para finalizar, es importante sumarse al planteo de Lessig acerca de la necesidad de “restaurar una legislación de copyright que deje la «creatividad amateur» libre de regulación” (2012:299). De esta manera, se estará un paso más cerca de garantizar la libre participación en la vida cultural de los ciudadanos que hoy ven restringidos sus derechos a cambio de la protección de los derechos de autor y de los intereses de una industria.

BIBLIOGRAFÍA

ALABARCES, P. y RODRÍGUEZ, M. G. (2008). Resistencias y Mediaciones. Estudios sobre cultura popular. Buenos Aires: Editorial Paidós.

BAJTIN, M. (2008). “El problema de los géneros discursivos”. En *Estética de la creación verbal*, pp. 248-294. México: Siglo XXI Editores. Disponible en: <http://circulosemiotico.files.wordpress.com/2012/10/estetica-de-la-creacion-verbal.pdf> (visitado el 13 de febrero de 2015).

BORDA, L. (2008). *Fan fiction: entre el desvío y el límite*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata. Disponible en http://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/borda_fan_fiction.pdf

BORDA, L. (2011). *Bettymaniacos, Luzmarianas y Mompirris: El fanatismo en los foros de telenovelas latinoamericanas*. Tesis de doctorado, Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

BORDA, L. (s/f). Desarrollo de la *fan fiction* en español: Xena, la princesa guerrera o Betty, la fea. Ponencia presentada bajo el eje temático “4) Representaciones, discursos y significaciones”.

BURGESS, J. y GREEN, J. (2009). La cultura popular de You Tube. Traducción al español a cargo de Fátima Cañavera Ferlino y Mariano Saborido y corregido por Adrián Yalaj. Disponible en: <http://catedradatos.com.ar/media/U3BurgessGreen.LaculturapopulardeYoutube.pdf> (visitado el 4 de abril de 2015). El texto original “YouTube. Online video and participatory culture” está disponible en: <http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic989302.files/WEEK%2011%20-%20NOVEMBER%2028/Burgess%20and%20Green%20-%20Youtubes%20Popular%20Culture.pdf>

BURKE, P. (2008). “Algunas reflexiones sobre la circularidad cultural”. En *Historia Social* N° 60, pp. 139-144. Valencia, España: Fundación Instituto de Historia Social y JSTOR. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/40657997> (visitado el 16 de noviembre de 2014).

BUSANICHE, B. (2005). “Las ideas y las cosas: la riqueza de las ideas y los peligros de su monopolización” en *¿Un mundo patentado? La privatización de la vida y del conocimiento*. El Salvador: Fundación Heinrich Böhl.

BUSANICHE, B. (2010). *Argentina copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Villa Allende: Fundación Vía Libre.

BUSANICHE, B. (2013). *Tensiones existentes entre la Ley 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina*. Tesis de maestría, FLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

CASTELLS, M. (2001). *La Galaxia Internet*. Madrid: Plaza & Janés Editores S.A.

CASTELLS, M. (2009). “Capítulo 2: La comunicación en la era digital” en *Comunicación y Poder*. Madrid: Alianza.

CENTRO CULTURAL ESPAÑA-CÓRDOBA. (2009). *¿Desea guardar los cambios? Propiedad intelectual y tecnologías digitales: hacia un nuevo pacto social*. Córdoba: Autor.

CIANFAGLIONE, N. (2011). *Hollywood Online: Fan Fiction, Copyright, and the Internet*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2094179>

DORNALETECHE RUIZ, J. y GIL PONS, E. (2011). “Mash-ups, re-cuts y fake trailers: manifestaciones mediáticas del consumidor contemporáneo”, en *Actas del IV Congreso Internacional sobre el Análisis Fílmico. Nuevas tendencias e hibridaciones de los discursos audiovisuales en la Cultura Contemporánea*. Madrid: Ediciones de las Ciencias Sociales de Madrid.

DRAHOS, P. y BRAITHWAITE, J. (2011) ¿A quién le pertenece la Economía del Conocimiento? Organización política detrás de ADPIC. Extracto editado y traducido para el Seminario Copyright/Copyleft. Debates en torno a la cultura en la era digital, Facultad de Ciencias Sociales, UBA. El libro *Information Feudalism: Who Owns The Knowledge Economy?* (2002) está disponible en <http://www.thecornerhouse.org.uk/resource/who-owns-knowledge-economy> (visitado el 4 de mayo de 2015).

EMERY, M. A. (2009). *Propiedad Intelectual. Ley 11.723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*. Buenos Aires, Editorial Astrea.

ESPINAL PÉREZ, C. E. (2009). *La(s) Cultura(s) Popular(es). Los términos de un debate histórico-conceptual*. Colombia, Universidad EAFIT, pp. 223-243. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/article/view/2137/1380> (visitado el 11 de abril de 2015).

FAZIO, A. (2010). “Las filosofías de la propiedad intelectual: sobre la privatización del conocimiento en el capitalismo actual.” En: *Cuadernos de Filosofía*, N° 53, Instituto de Filosofía “Dr. Alejandro Korn”. Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.

FISHER, W. (2001). *Theories of Intellectual Property Rights*. Mimeo.

GONZÁLEZ, D. (2013). *Vidding. Fanatismo, colaboración y creatividad en la era de YouTube*. Tesina de licenciatura, Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

JENKINS, H. (2005). *Textual Poachers. Television fans & participatory culture*. Londres: Editorial Routledge.

JENKINS, H. (2006). *Fans, bloggers, and gamers: exploring participatory culture*. Nueva York: New York University Press.

JENKINS, H. (2008). *Convergence Culture. La cultura de la convergencia de los medios de comunicación*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.

JENKINS, H., FORD, S. y GREEN, J. (2013). *Spreadable Media. Creating value and meaning in a networked culture*. Nueva York: New York University Press.

KOSCHMIDER, A., TORRES, V. Y PELECHANO, V. (2009). Elucidating the Mashup Hype: Definition, Challenges, Methodical Guide and Tools for Mashups. Trabajo presentado en el 2do Workshop sobre Mashups, Enterprise Mashups and Lightweight Composition on the Web.

LESSIG, L. (1998). “Las leyes del ciberespacio” en *Conferencia Taiwan Net '98*, Taipei: Mimeo. Disponible en: <http://www.uned.es/ntedu/espanol/master/segundo/modulos/audiencias-y-nuevos-medios/cibersp.htm> (visitado el 21 de abril de 2015).

LESSIG, L. (2005). *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*. Santiago de Chile: LOM Editores.

LESSIG, L. (2009). *Código 2.0*. Madrid: Traficantes de Sueños.

LESSIG, L. (2012). *REMIX. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital*. Barcelona: Icaria Editorial.

LOTHIAN, A. (2009). *Living in a Den of Thieves: Fan Video and Digital Challenges to Ownership*. En: *Cinema Journal*, Número 4.

LIPSZYC, D. y VILLALBA, C. (2009). *El derecho de autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley.

McCARDLE, M. (2003). *Fan Fiction, Fandom, and Fanfare: What's all the fuss?* *Journal of Science & Technology Law*, Volume 9, Issue 2, Boston University. Disponible en: <https://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume92/mccardle.pdf> (visitado el 30 de enero de 2015).

MARTOS NUÑEZ, A. (2006). “Tunear” los libros. *Fanfiction, blogs y otras prácticas emergentes de lectura*. En Ocnos: Revista de Estudios sobre lectura, Número II. Disponible en: <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/ocnos/article/view/221/200> (visitado el 20 de septiembre de 2014).

MARTOS NUÑEZ, A. (2011). *Sobre el concepto de apropiación de Chartier y las nuevas prácticas de lectura (el fan fiction)*, Alabe, número 4. Disponible en: <http://revistaalabe.com/index/alabe/article/view/88/62> (visitado el 20 de septiembre de 2014).

PATÍÑO MAYER, D. (2014). *DRM y Derechos Humanos. Cómo el control en manos privadas puede atentar contra el derecho de acceso a la cultura*. Tesina de licenciatura, Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

PEARSON, R. (2010). “Fandom in the Digital Era” en *Popular Communication: The International Journal of Media and Culture*: 84-95. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1080/15405700903502346> (visitado el 6 de abril de 2015).

RACIOPPE, B. (2012). *Liberar, compartir, derivar. Cultura libre y Copyleft: otros modos de organizarse para gestionar lo cultural-artístico*. Tesis de Maestría PLANGESCO. Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata. Disponible en: <http://www.articaonline.com/wp-content/uploads/2012/11/Tesis-Bianca-Racioppe.pdf>

RAFFO, J. (2011). *Derecho autoral. Hacia un nuevo paradigma*. Buenos Aires, Argentina. Marcial Pons Editores.

SHAVER, L. Y SGANGA, C. (2009) “The Right to Take Part in Cultural Life: On Copyright and Human Rights.” En: *Wisconsin International Law Journal* 27 (2010): 637-662. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1437319

TURK, T. (2011). “Metalepsis in Fan Vids and Fan Fiction.” En: *Klimek y Kukkonen (eds): Metalepsis in Popular Culture*. Berlin: Walter de Gruyter.

TUSHNET, R. (1997). “Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law.” En: *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, Volume 17, Issue 3: 651-686. Disponible en: <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=elr>

VERÓN, E. (1993). *La Semiosis Social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*. Barcelona, Editorial Gedisa S.A.

WILLIAMS, R. (1992). “Tecnologías de la comunicación e instituciones sociales” en *Historia de la comunicación*, vol. 2; Barcelona: Bosch Comunicación.

DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (OMC). Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm

Brief of Amici Curiae Electronic Frontier Foundation, Organization for Transformative Works, The Center for Democracy and Technology, Public Knowledge, and New Media Rights in support of defendant-appellants. En “Appeal from the United States District Court for the Southern District of New York”. 30 de julio de 2014. (pp. 9-13). Disponible en: <https://www.eff.org/files/2014/07/30/filedvimeoamicus.pdf> (visitado el 19 de abril de 2015).

Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. Diciembre de 2011. Disponible en: <http://copyright.gov/title17/circ92.pdf>

Constitución Nacional Argentina. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Convenio de Berna. Disponible en: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700

Copyright Act de Estados Unidos. Disponible en: <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Digital Millennium Copyright Act (DMCA). Disponible en: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

“Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura” presentado en el 28° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de diciembre de 2014. Disponible en español en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Documents/A_HRC_28_57_SPA.doc (visitado el 9 de mayo de 2015).

Ley 11.723 de Propiedad Intelectual de Argentina. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>

Observación general N° 21 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc>

Observación General N° 17, adoptada el 21 de noviembre de 2005 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 35o. Período de sesiones. Ginebra 7 a 25 de noviembre de 2005. Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a). Apartado C del Párrafo 1 de artículo 15 del PIDESC. Disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

“Section 1201 Rulemaking: Fifth Triennial Proceeding to Determine Exemptions to the Prohibition on Circumvention”. Recommendation of the Register of Copyrights. United States Copyright Office (octubre de 2012). Disponible en: http://copyright.gov/1201/2012/Section_1201_Rulemaking_2012_Recommendation.pdf (visitado el 18 de abril de 2015).

Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales. Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/beijing/>

Tratado de la OMPI de Derechos de Autor (TODA). Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/>

Tratado de la OMPI de Interpretaciones y Ejecuciones de Fonogramas (TOIEF). Disponible en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/>

ARTÍCULOS Y SITIOS ONLINE

“Are fan fiction and fan art legal?”, por Lauren Davis en io9.com. Publicado el 12 de agosto de 2012. Disponible en <http://io9.com/5933976/are-fan-fiction-and-fan-art-legal> (visitado el 2 de abril de 2015).

“Asistencia legal” en el portal web de la Organization for Transformative Works. Disponible en <http://transformativeworks.org/asistencia-legal> (visitado el 3 de abril de 2015).

“Aunque los pulps explotaron hasta la saciedad este recurso, sus orígenes son mucho más antiguos”. Publicado el 28 de abril de 2013. Disponible en <http://www.relatospulp.com/articulos/tematicos/267-crossover-ficcional-esencia-pulp.html> (visitado el 3 de abril de 2015).

“Comentarios del fallo ‘P., L. y otros’” por Rodrigo Iglesias de HackLab Barracas (sin fecha). Disponible en http://wiki.hackcoop.com.ar/Comentarios_Fallo_YouTube (visitado el 3 de abril de 2015).

“Copyright en YouTube” está disponible en <http://www.youtube.com/yt/copyright/#yt-copyright-education> (visitado el 4 de abril de 2015).

“¿Cuánto paga YouTube por cada visita?” por Ana Pérez Sánchez en el portal Finanzas y Economía, publicado el 22 de enero de 2015. Disponible en: <http://www.finanzas.com/cuanto-paga-youtube-por-cada-visita> (visitado el 25 de abril de 2015).

“Digital Millennium Copyright Act” por la Electronic Frontier Foundation (EFF). Disponible en <https://www.eff.org/issues/dmca> (visitado el 3 de abril de 2015).

“Disney owns Lucasfilm: Will it have room for Star Wars fan movies?” publicado en arstechnica el 30 de octubre de 2012. Disponible en: <http://arstechnica.com/tech-policy/2012/10/disney-owns-lucasfilm-will-it-have-room-for-star-wars-fan-movies/> (visitado el 19 de abril de 2015).

Estadísticas de YouTube. Disponible en: <https://www.youtube.com/yt/press/es-419/statistics.html> (visitado el 25 de abril de 2015).

“Fan Video y Multimedia”. Disponible en: <http://transformativeworks.org/es/fan-video-y-multimedia> (visitado el 4 de abril de 2015).

“Google compra la web YouTube por 1.300 millones” en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2006/10/10/actualidad/1160468878_850215.html (visitado el 3 de abril de 2015).

“Guía acerca de remociones de YouTube”. Disponible en: <http://fairusetube.org/guide-to-youtube-removals> (visitado el 4 de abril de 2015).

“How ‘Frozen’ fandom changed Disney’s stance on copyright infringement” publicado en The Daily Dot el 30 de mayo de 2014. Disponible en: <http://www.dailydot.com/opinion/disney-frozen-fandom-copyright-infringement/> (visitado el 19 de abril de 2015).

“James Van Der Beek on ‘Debooting’ Power Rangers and Being Caught With a Gay-Porn Version of Dawson’s Creek” en Vulture. Disponible en: <http://www.vulture.com/2015/02/james-van-der-beek-on-debooting-power-rangers.html> (visitado el 19 de abril de 2015).

Informe sobre Acceso al Conocimiento de Consumers International <http://a2knetwork.org/reports2012/argentina> (visitado el 2 de abril de 2015).

“La OMPI por dentro”, disponible en <http://www.wipo.int/about-wipo/es/> (visitado el 24 de marzo de 2015).

Lista de reproducción de YouTube sobre videos realizados por fans <https://www.youtube.com/playlist?list=PL6C1A2A915AD97BE7>

“Los principios de Manila: proteger al mensajero para proteger el mensaje” por J. Carlos Lara. Publicado el 2 de abril de 2015 en el sitio web de la ONG Derechos Digitales, disponible en <https://www.derechosdigitales.org/8517/los-principios-de-manila-protector-al-mensajero-para-protector-al-mensaje/> (visitado el 9 de mayo de 2015).

“Normas de la comunidad. Reglas básicas para que YouTube sea un lugar entretenido y seguro para todos”. <http://www.youtube.com/yt/policyandsafety/es/communityguidelines.html> (visitado el 4 de abril de 2015).

“Power Rangers Bootleg Fan Film Returns To YouTube, Vimeo” publicado en el sitio web deadline.com el 27 de febrero de 2015. Disponible en <http://deadline.com/2015/02/power-rangers-bootleg-fan-film-returns-vimeo-youtube-1201383403/> (visitado el 18 de abril de 2015).

“Power Rangers Fan Video Yanked From YouTube; Filmmakers Vow To Fight” publicado en el sitio web deadline.com el 26 de febrero de 2015. Disponible en <http://deadline.com/2015/02/power-rangers-youtube-video-removed-joseph-kahn-1201382423/> (visitado el 3 de abril de 2015).

“Principios de Manila” (en inglés) <https://www.manilaprinciples.org/> (visitado el 9 de mayo de 2015).

“Remix exemption request” de la Electronic Frontier Foundation y la Organization for Transformative Works. Presentado en julio de 2014. Disponible en <https://www.eff.org/es/document/eff-and-organization-transformative-works-remix-exemption-request> (visitado el 3 de abril de 2015).

“Se presentaron los Principios de Manila sobre responsabilidad de intermediarios” en el sitio web del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo, disponible en http://www.palermo.edu/cele/noticias/principios_manila.html (visitado el 9 de mayo de 2015).

“¿Sabías que originalmente Cincuenta sombras de Grey nació como un relato erótico basado en la saga Crepúsculo?”. Publicado en el portal “Trilogía Cincuenta sombras”. Disponible en: <http://www.trilogiacincuentasombras.com/sabias-que-originalmente-cincuenta-sombras-de-grey-nacio-como-un-relato-erotico-basado-en-la-saga-crepusculo/> (visitado el 12 de abril de 2015).

“The boy who lived forever” por Lev Grossman en Revista Time. 7 de Julio de 2011. Disponible en: <http://content.time.com/time/printout/0,8816,2081784,00.html> (visitado el 20 de septiembre de 2014).

“Will Disney Block Star Wars Fan-Made Content?” publicado en techdirt el 3 de noviembre de 2012. Disponible en: <https://www.techdirt.com/articles/20121101/13355120910/will-disney-block-star-wars-fan-made-content.shtml> (visitado el 19 de abril de 2015).

VIDEOS

Mashups

“Argentina según Hollywood” realizado por Federico Fabrizio. Disponible, luego de haber sido de baja, en su canal de YouTube: Parte 1 - <https://www.youtube.com/watch?v=RXN0mqmGqjc> y Parte 2 - <https://www.youtube.com/watch?v=-raKcPhFz3w> (visitados el 3 de abril de 2015).

“Buffy vs. Edward: Twilight remixed” realizado por Jonathan McIntosh. Disponible, luego de haber sido de baja, en su canal de YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=RZwM3GvaTRM> (visitado el 18 de abril de 2015).

FanFilm

“Power/Rangers Unauthorized [Bootleg Universe]”, realizado por Adi Shankar. Se publicó el 23 de febrero de 2015. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=vw5vcUPyL90&feature=youtu.be> (visitado el 18 de abril de 2015).

FanVids

“Buffy and Angel - Set Fire to the Rain”, realizado por el usuario *kurtlaynevedder89*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=53AF7xPoIU> (visitado el 19 de abril de 2015).

“Deleted fanvids” [lista de reproducción] publicada por la usuaria CaFei. Disponible en: www.youtube.com/playlist?list=PL22B3C47140AD4D86 (visitado el 19 de abril de 2015).

“Game of Thrones: Renly at the Gay Bar (Long Live the King!)”, realizado por el usuario *Sevenblueorchids*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=L2t1jCzxmUA> (visitado el 18 de abril de 2015).

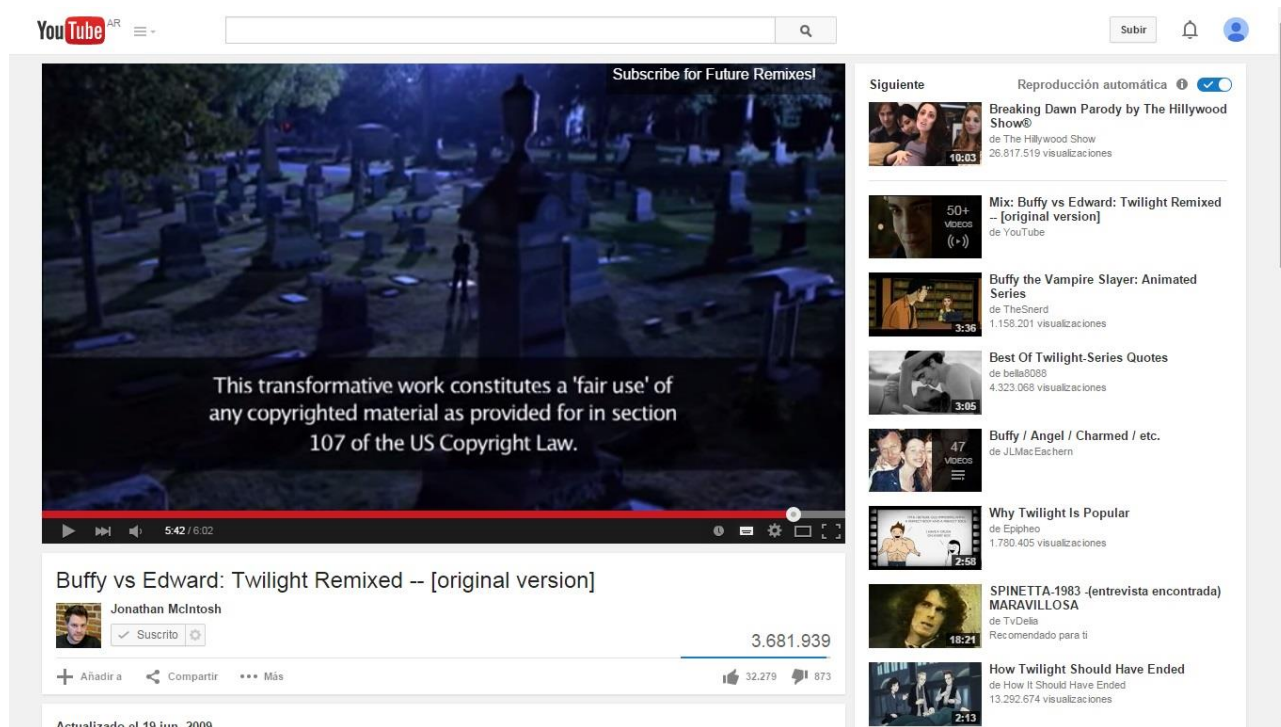
“Harry Potter | Time of our lives (TRIBUTE)”, realizado por el usuario *lockwolf*. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=QDZRIavFj-M> (visitado el 3 de abril de 2015).

“Star Trek + Nine Inch Nails = Closer”, realizado por el usuario *alexanderadb*. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=3uxTpyCdriY> (visitado el 18 de abril de 2015).

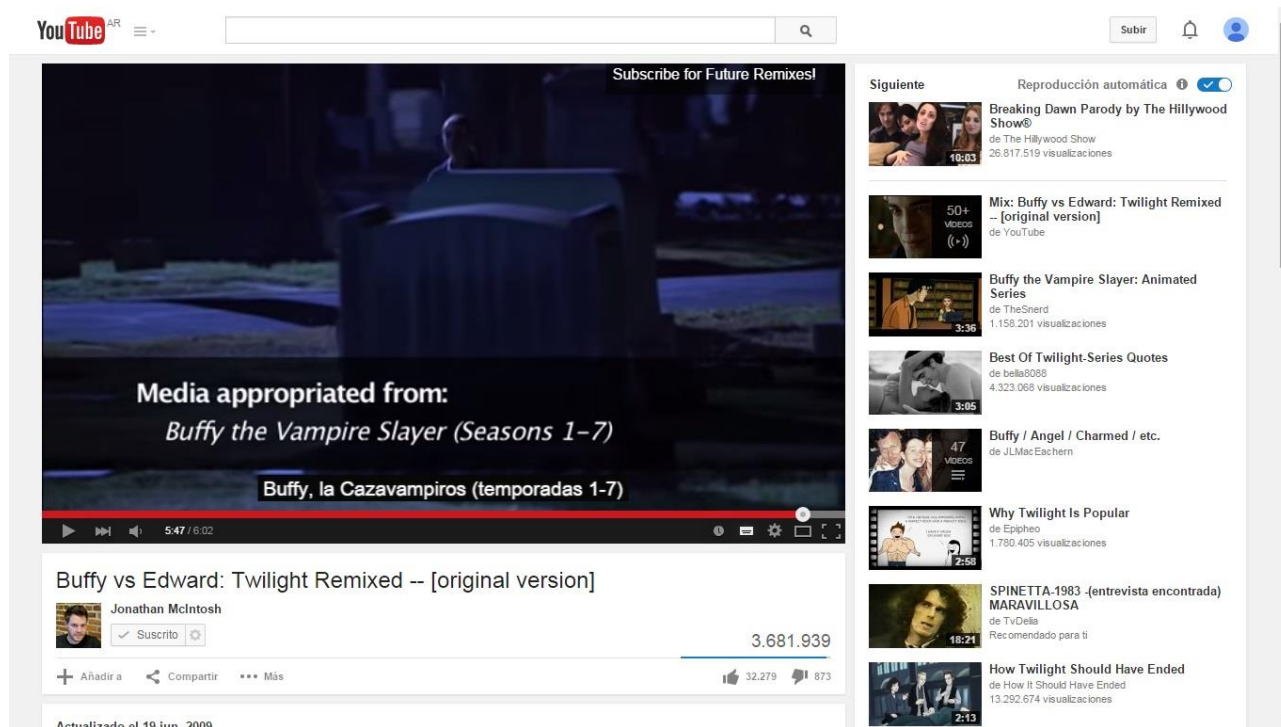
ANEXO 1

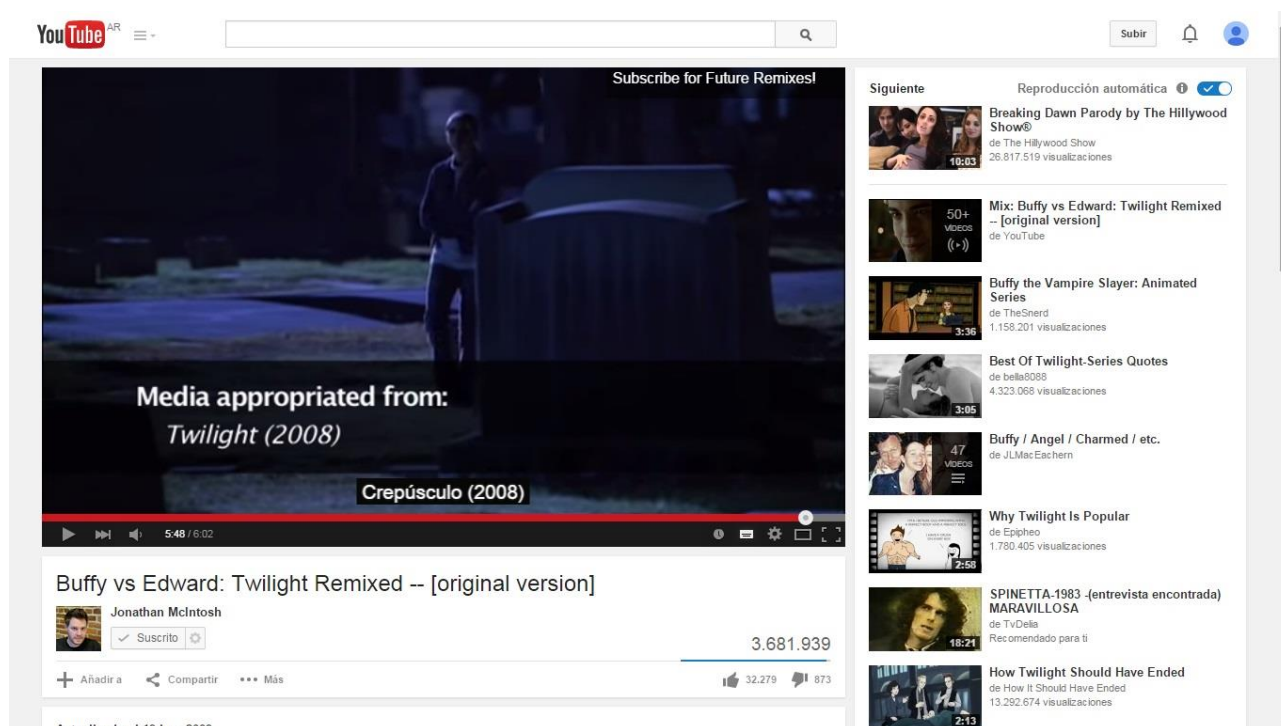
CAPTURAS DE PANTALLA

Buffy vs. Edward: Twilight Remixed.

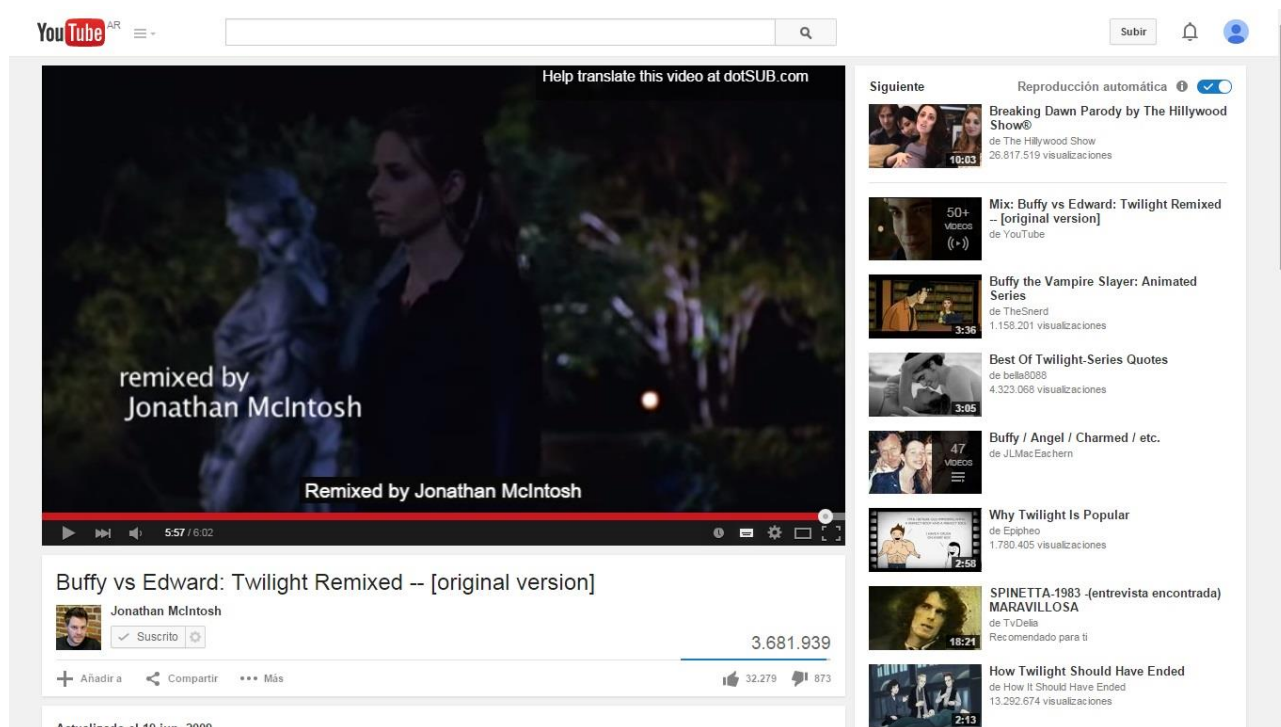


Texto de descargo de derechos (disclaimer) explicando que cumple con el uso justo.





Texto explicando qué textos fuente se utilizaron.

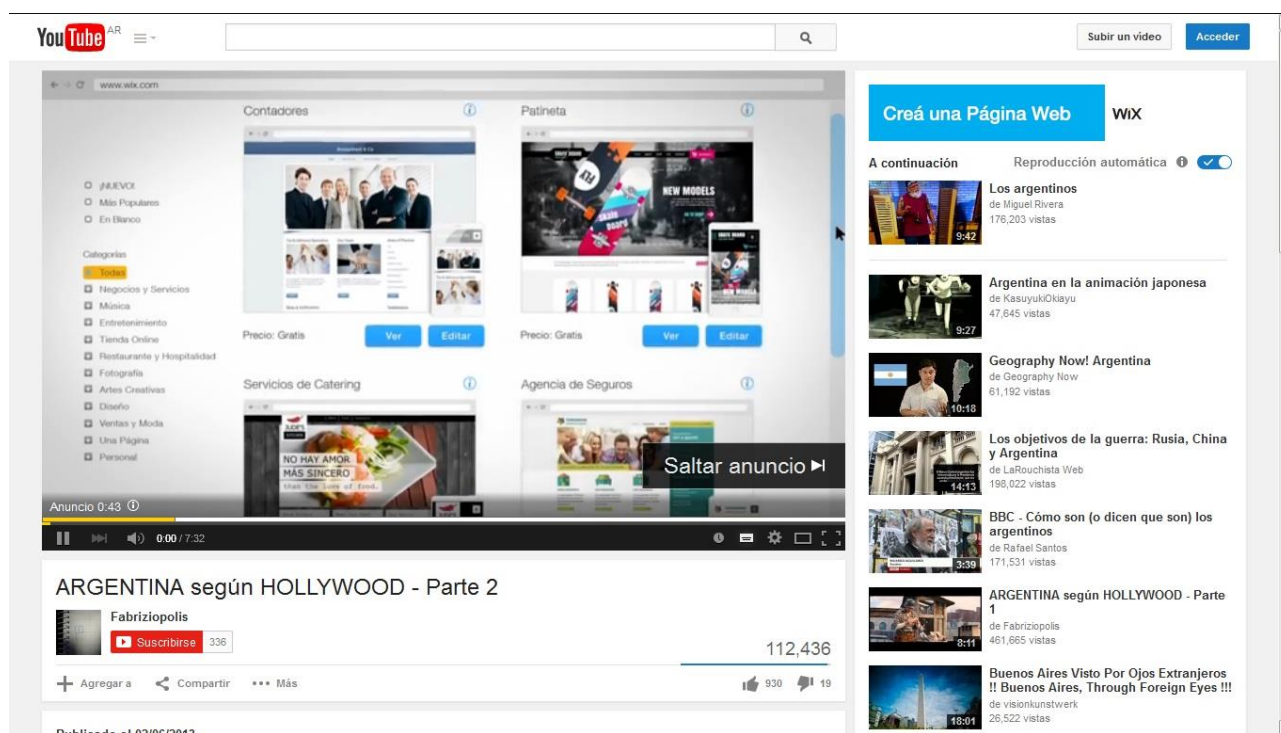


Texto que indica que es el autor de un remix.



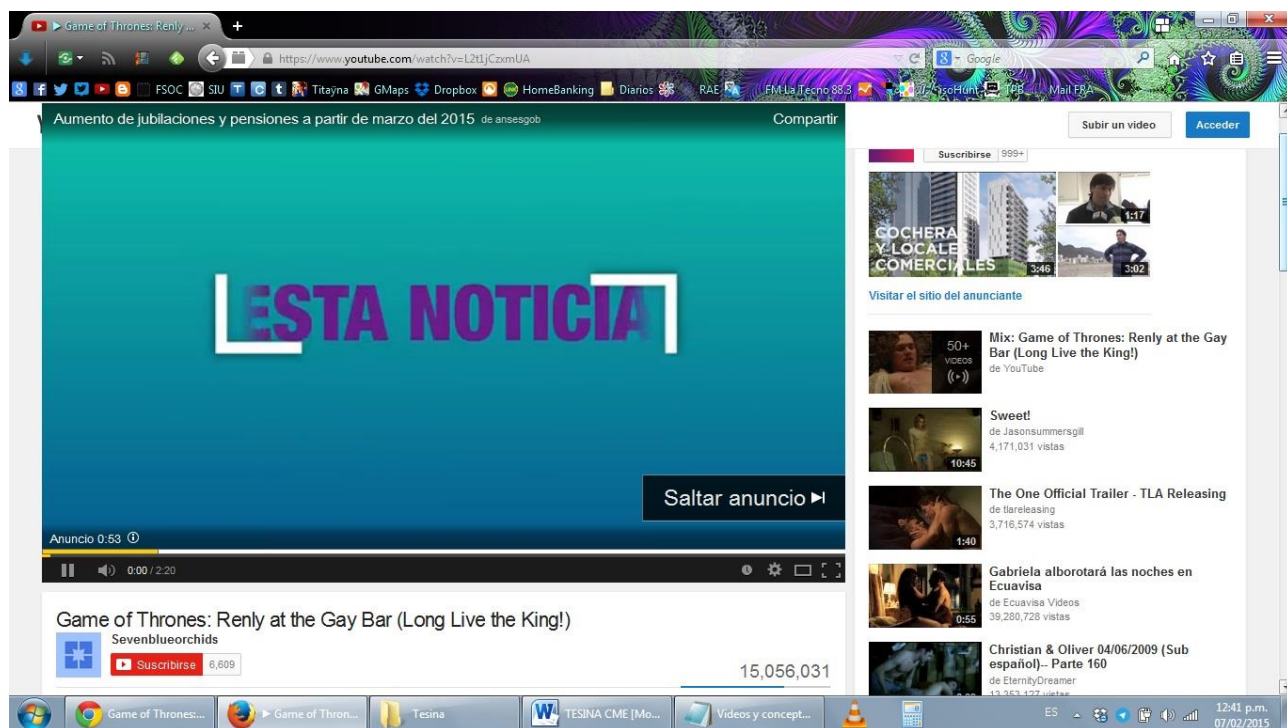
El video se muestra como eliminado por reclamos por violación del copyright.

Argentina según Hollywood



La segunda parte del video aparece con publicidad previa al video.

FanVids



FanVid de Game of Thrones con publicidad previa al video.



YouTube AR

Subir

Buffy and Angel- Set Fire to the Rain

kurtlaynevedder89

Suscribirse 28

26.644

+ Añadir a

Compartir

Más

196

4

Actualizado el 28 jul. 2011

Tu casa limpia siempre

ZOLVERS

40% OFF

CONTRATANDO UNA LIMPIEZA SEMANAL

MÁS INFORMACIÓN

Siguiente

Reproducción automática

Booth (Angel) & Bridget (Buffy) - You'll never see me Cry

de SassyDoudou

13.348 visualizaciones

Buffy/Angel- A Thousand Years

de BlurryAngel07

47.847 visualizaciones

Buffy and Angel - Cry

de Crystal

87.955 visualizaciones

B/A - Tears of an Angel

de buffyfan41

42.480 visualizaciones

Booth (Angel) and Bridget (Buffy) - Wish You Were Here

de SassyDoudou

17.977 visualizaciones

FanVids con publicidad dentro del video.

YouTube AR

Buffy and Angel AU-this woman`s work

sunsetfan

Suscribirse 598

262.840

+ Añadir a

Compartir

Más

383

34

Actualizado el 22 ene. 2011

Fan fiction: <http://surrenderyoursoul.lucidfanart...>

PLEASE READ: I hate how they never had Buffy remember the day she spent with Angel in LA, so I made my own little fanfiction video

The story: Angel is struggling with the memories of the day he spent with Buffy (Angel ep 1x8 I will remember you), Buffy who is in Sunnydale with no memories of that day discovers she is pregnant, she can't remember getting pregnant and casts a spell to make her remember, she then remembers the day and chooses not to tell Angel but she struggles with that decision and the memories of that day haunts her, to learn the rest, watch the video

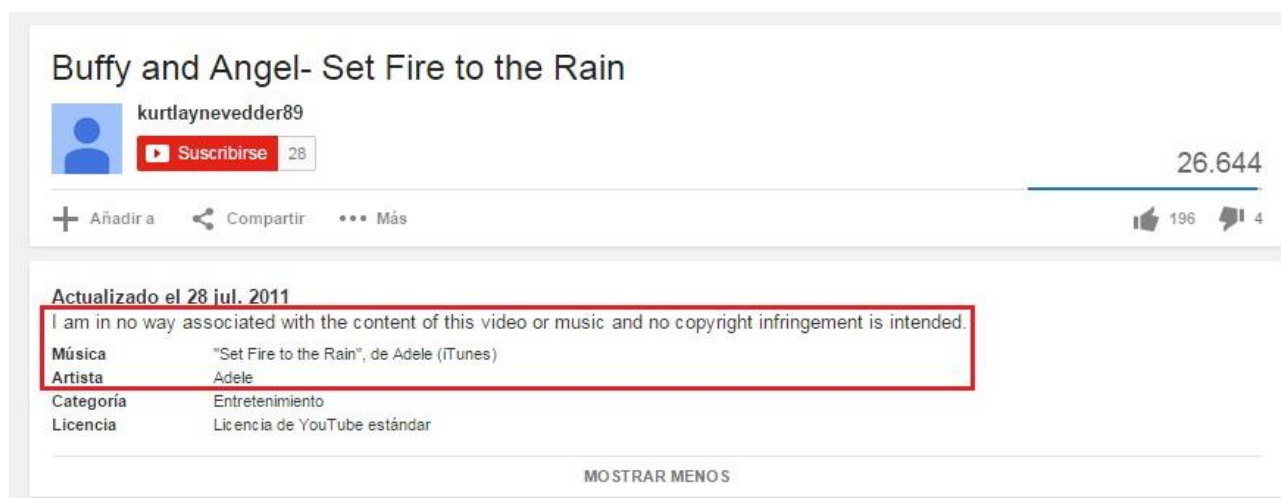
I had to change the pitch to upload it on youtube

the song the the clips belongs to their respectful owners, I own nothing but the editing

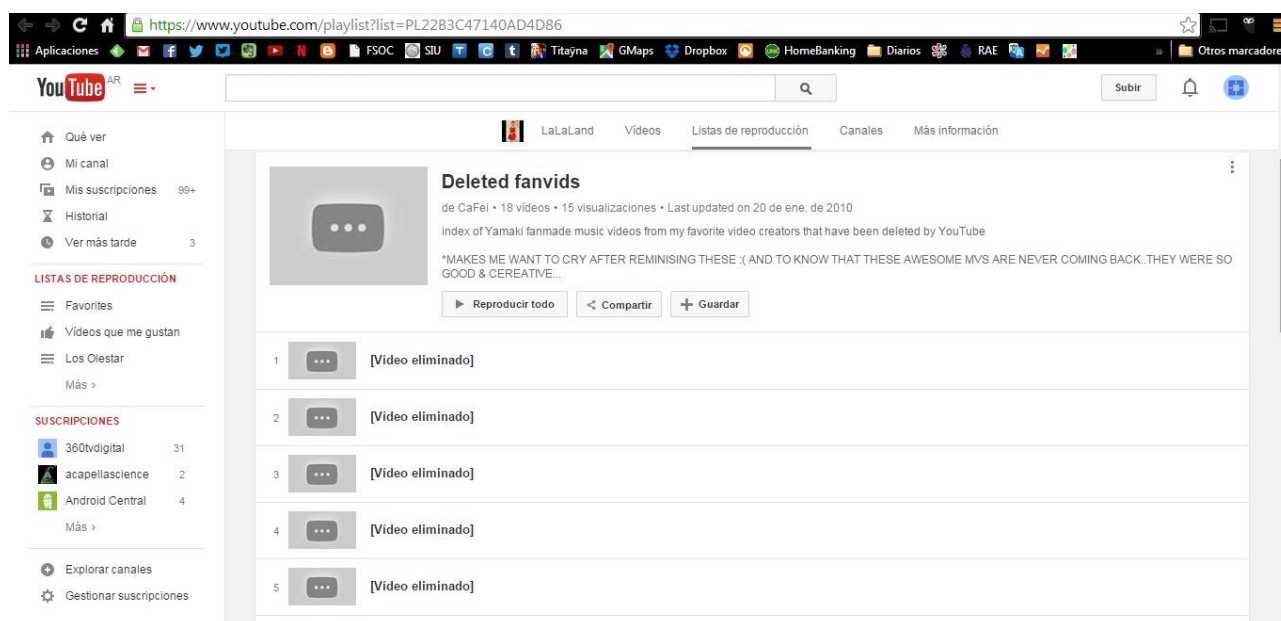
Música "This Woman's Work", de Kate Bush (iTunes)

Categoría Entretenimiento

Licencia Licencia de YouTube estándar

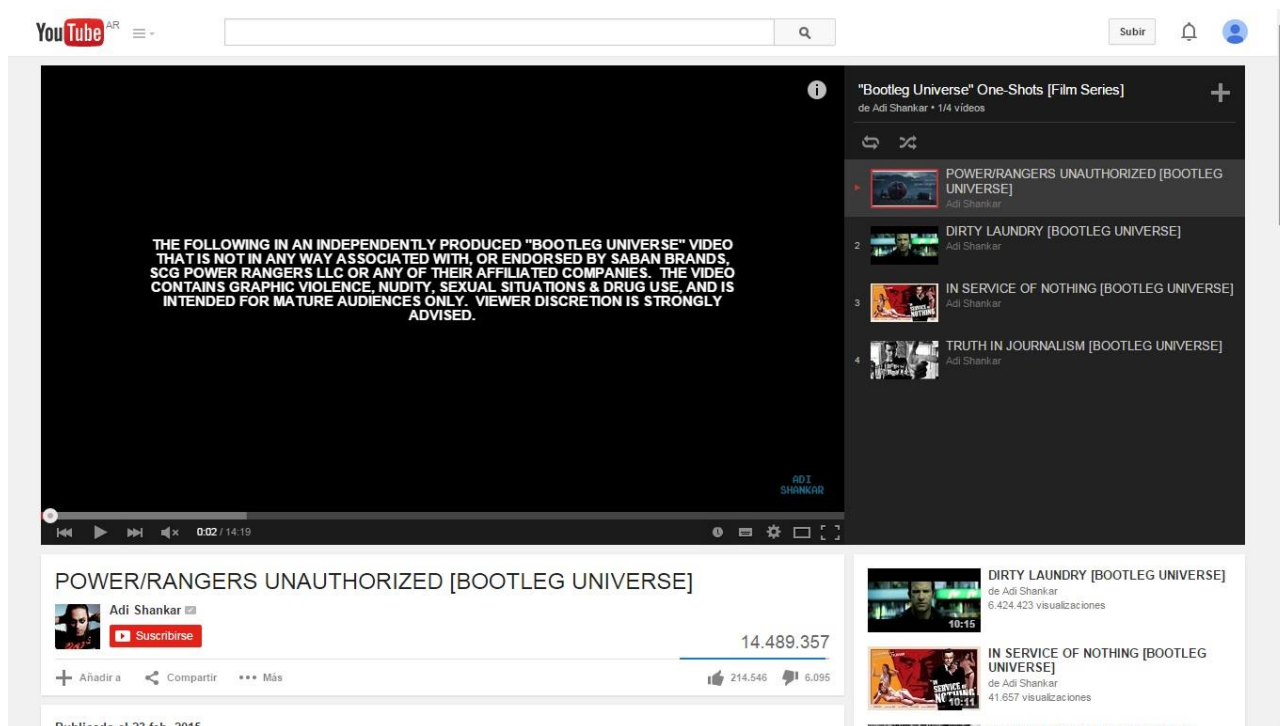


Disclaimers en los textos de la descripción de los FanVids.

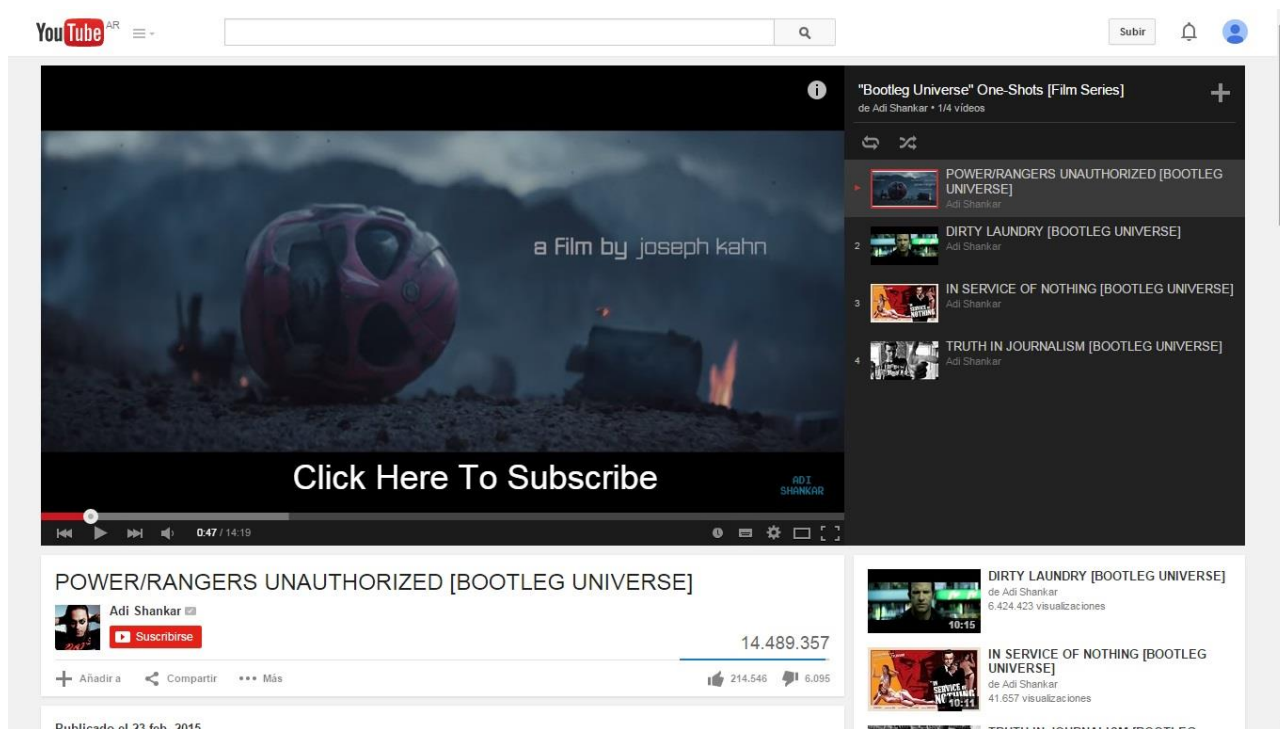


Lista de reproducción de FanVids que habían sido eliminados (otra vez eliminados).

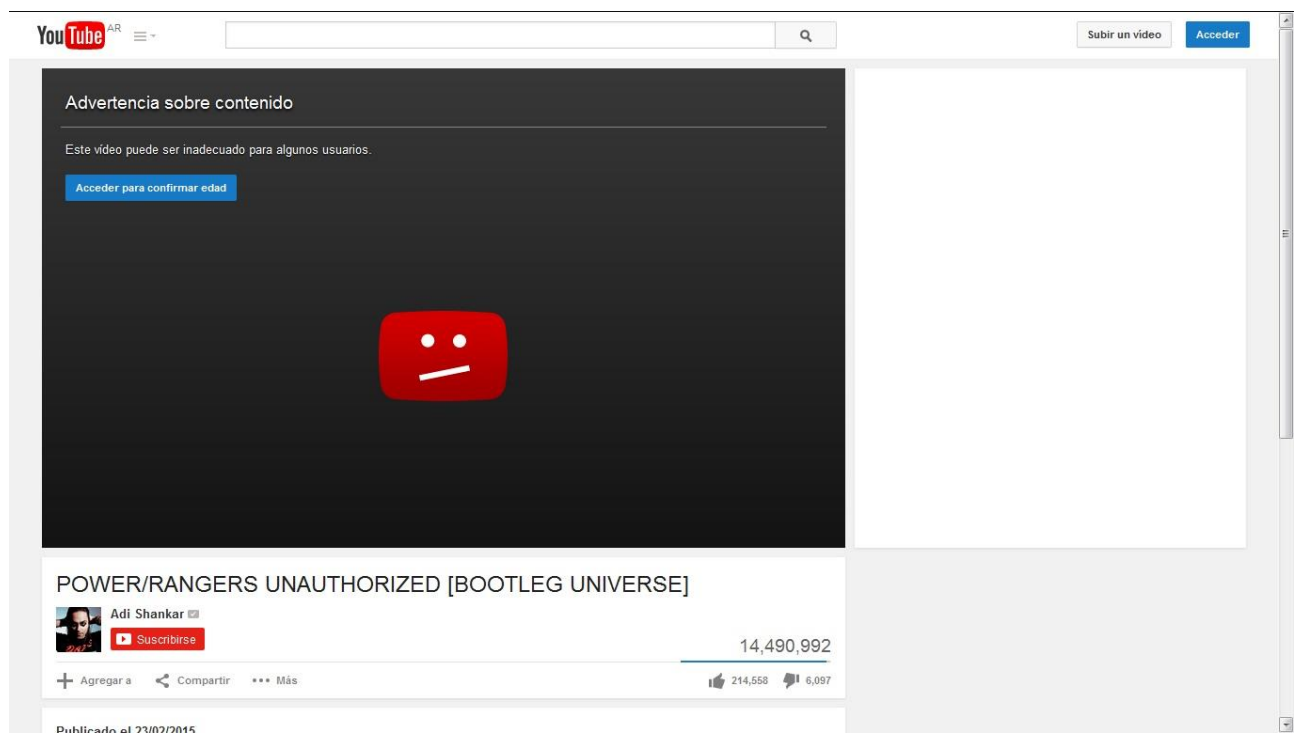
FanFilm Power/Rangers Unauthorized [Bootleg Universe]



Disclaimer previo al FanFilm.



Texto que indica el autor del FanFilm.



El acceso al video se encuentra restringido para usuarios que no identifican su edad y para menores de edad.

ANEXO 2

ENTREVISTAS

Entrevista realizada a Federico Fabrizio, autor del mashup “Argentina según Hollywood” (partes 1 y 2), a través del chat de Facebook, el 24 de marzo de 2014 (la entrevista fue transcripta tal cual fue redactada por el entrevistado para mantener el registro de la conversación vía chat).

Carolina - Hola, Federico. Estoy empezando a investigar para mi tesina y una amiga tuya me comentó que vos habías tenido un problema con YouTube. Que te habían eliminado unos videos por violación del copyright. Quería saber si podrías contarme un poco sobre lo que te pasó.

Federico - Te cuento. Subí dos videos sobre lo mismo. Argentina según Hollywood parte 1 y 2. Lo dividí en dos por temática y para que no se hiciera tan largo, pero era lo mismo.

Inmediatamente me detecta, en la segunda parte, la versión del tango “Por una cabeza” como propiedad de BMG o una de esas discográficas, y detecta los clips de *How I met your mother*, en los que aparece Enrique Iglesias como propiedad de FOX... esto lo hace YouTube automáticamente. Y obviamente con ese criterio uso diez capítulos de los Simpsons que son de FOX... pero como no los detectó, con eso no pasó nada. Cuando te detecta eso podés decir que es un error porque en realidad es tuyo, o tenés permiso de usarlo, o que cae en las regulaciones de fair use. Conocés eso?

Carolina - Sí, sí.

Federico - La cuestión es que el fair use se supone que es un argumento defensivo que se usa una vez que estás demandado. Te sigo contando cómo es el proceso de yt¹⁹²

Carolina - Dale, te leo.

Federico - Yo dije que era fair use, que tiene 4 condiciones de las cuales mi video cumplía con 3... bah, llené el formulario diciendo eso y escribiendo una explicación. Se habilitó mi video por unos

¹⁹² YouTube

días y después de esos días me llega un mail diciendo que FOX dice que no es fair use. Leyendo eso me doy cuenta que tmb lo de FOX es todo una cosa automática.

De ahí lo que podés decir vos es “NO, yo estoy seguro de que es fair use”, que aparentemente es algo nuevo. Hace unos años (no tengo enie, perdón) la última palabra la hubiera tenido FOX. Entonces, cuando vos decís por segunda vez que los estás usando justamente, la única manera que tiene FOX de seguirlo es demandándote dentro de los 14 días hábiles. Investigué y nunca jamás se demandó a ningún usuario de youtube... esto es una forma de asustarte más que nada y ahorrarle trabajo a youtube y a los departamentos de legales de FOX, etc. Bueno, lo pensé por unos días y mandé el segundo reclamo. Al par de días me llega un mail de FOX diciendo que modifique el video sacando TODOS los clips de ellos o que van a contemplar acciones legales. O sea, esa fue la primera evidencia que me pareció que significaba que un ser humano había visto el video porque me apretaban como diciéndome que sabían que había mas clips que los que saltaban. Ni les contesté y a las dos semanas volvió a aparecer el video con las vistas, comentarios, etc.

Carolina - ¿Eso lo firmaba alguien o era una firma institucional de FOX?

Federico - Creo que era un nombre propio. Tipo un abogado sería. A ver si tengo el mail.

Carolina - Ah, está bien. Si lo tenés, me gustaría leer qué te escribieron.

Federico - Federico,

It has come to our attention that you have filed a counter notice against our valid copyright claim. Fox does not permit the use of its intellectual property in this manner. The use of our content constitutes copyright infringement. We urge you to delete the video, or to alter it to remove ALL Fox content. If you do not do this within 10 days, we may be forced to consider legal action against you.

Regards,

Fox Web Enforcement.

No, no tiene nombre

Carolina - y ese mail fue el único que te llegó directamente de la FOX?

Federico - sí, todo lo demás era automatizado de youtube. Es que estuve leyendo sobre gente que tuvo problemas similares al mío y el problema es siempre llegar a una instancia en que una persona vea tu video. Es todo automático y muy al azar. Lo que hice yo fue una resignificación de fragmentos de películas... es tal cual para lo que crearon el fair use. No quisieron demandarme, nunca se demandó a un individuo en youtube. Mi pensamiento fue. Hay 99.99% de probabilidades de que no me demanden. Si llego a ser el primero... me hacen famoso jaja. Igual tuve incertidumbre... es que te asustan con ese sistema tan frío. Con el último paso youtube se lava las manos. Si FOX está tan convencido te tiene que demandar.

Carolina - Y cómo te asesoraste sobre el tema? O ya sabías algo sobre estas cosas?

Federico - Hay una organización sin fines de lucro con la que me contacté que se dedican a informar sobre esas cuestiones y te asesoran sin cobrarte... son abogados. Tienen videos de youtube, hacen charlas, etc. New Media Rights se llama.

Carolina - Lo bueno es que ahora ya quedaron publicados tus videos.

Federico - Sí, por ahora sí.

Entrevista realizada a la Dra. Viviana Dirolli, abogada especialista en derechos de propiedad intelectual en el audiovisual. La entrevista fue realizada en su estudio de abogados el 17 de marzo de 2015.

¿Cómo se aplica el derecho de autor a las obras audiovisuales?

El derecho de autor es un derecho de reconocimiento territorial y a través de convenios internacionales también y a través del reconocimiento que hacer cada uno de esos Estados implica que se pueda reivindicar esa propiedad en todo el mundo. Eso quiere decir que si en Argentina, a alguien le reconocen la titularidad, porque se dan las características de que hizo una obra y, en consecuencia, se lo puede considerar autor de esa obra y titular de esos derechos de propiedad intelectual, ese reconocimiento lo puede hacer a nivel universal. Y los convenios internacionales están diseñados de forma tal que no se exijan formalismos ni ritualismos específicos, más allá de que existen registros de propiedad intelectual. Pero el criterio principal es que la titularidad se adquiere a través de la creación de una obra. Es decir, el primer titular de derechos es su autor y los adquiere a través de la creación, más allá de que lo pueda probar o no, que es mayormente para lo que existen los registros, para clarificar los derechos. Sucesivamente, esa propiedad puede adquirirse en forma derivada a través de los acuerdos que haga ese autor con terceras personas o, a título universal, cuando se muere, sus herederos adquieran esa propiedad.

En el caso de los convenios y tratados internacionales, en los que, como es en el caso del PIDESC donde en el artículo 15, el inciso a) se refiere al derecho a la participación en la cultura y el c) a los derechos de los autores, ¿cómo ves la relación entre esos dos derechos que parecen contraponerse?

Ambos derechos son derechos reconocidos y lo son constitucionalmente. La propiedad intelectual y los derechos de autor están reconocidos dentro del artículo de propiedad en la Constitución argentina y el Pacto tiene rango constitucional. Con lo cual no es que hay un derecho que... En algunos casos, los derechos tienen ciertas contradicciones, como puede ser el derecho de acceso a la vivienda, el derecho de acceso a la salud, conviven con otro tipo de derechos como el derechos a la propiedad inmueble y demás. Lo cual no significa que para el Estado eso no genere obligaciones y necesidades de establecer políticas públicas ligadas a derechos reconocidos. Con el derecho a la

cultura pasa más o menos lo mismo. Yo no entiendo al derecho de autor como un obstáculo a vencer por parte del derecho a la cultura. Son dos derechos que deben convivir. Por supuesto que habrá algunas normativas que deban revisarse. No se puede interpretar la pretensión de consagrar derechos en términos absolutos. No hay ninguna normativa que se pueda analizar en términos absolutos. Pero eso no lo veo como un obstáculo sino un par. Dentro del ámbito de los derechos culturales uno de los pilares es el derecho de autor. Hay otros que sobre esto piensan distinto. Particularmente, yo creo que los derechos de autor son necesarios para el desarrollo de las industrias culturales y para el crecimiento de la cultura en sí misma.

¿Te puedo preguntar por qué?

Sí, claro. Los que se mueven contra esto dicen “de todas formas, no se puede reducir a la mera cuestión económica el hecho de la creación” y, probablemente, puede llegar a haber creación sin que exista el derecho de autor pero no así una industria cultural, y el hecho de que no haya una industria cultural hace que se reduzca notablemente el desarrollo de obras y quedarían reducidas a determinadas expresiones mínimas. Con lo cual habría una reducción, en sí mismo, de la cultura.

¿Qué opinás, teniendo en cuenta el derecho de autor, de las obras realizadas por los fans, tales como FanVids, FanFilms o los Mashups que hacen, utilizando contenidos con derechos de autor que no pagan, y comparten en plataformas como YouTube?

Formalmente, desde el derecho de autor, las leyes son un obstáculo para ese tipo de desarrollos, en la medida en que las obras originales sean obras con pleno reconocimiento de autoría. También hay como una circulación paralela a los derechos de autor, sin pretensión abolicionista, y basados en los mismos derechos de autor, el hecho de que ciertos autores, con pretensiones comunitarias, ponen en la comunidad, a través de las facultades que da el mundo de la web y el intercambio y la posibilidad de interactuar con una misma obra casi a título universal, aparece el lenguaje del Creative Commons. En ese caso, hay como un permiso del autor que habilita a que se pueda hacer obra derivada de esa misma obra. Pero en el caso en que no está dentro de ese mundo, las leyes de derecho de autor, para ese tipo de creaciones, son un obstáculo. Si está bien o está mal no lo juzgo yo, pero sí son un obstáculo. También se puede empezar hacer un análisis de las leyes de derecho de autor en función de las realidades y de la afectación de derechos que se pueden hacer o no, a la luz

de todo este nuevo mundo que circula por Internet. Yo estoy muy ligada al mundo audiovisual y si alguien sube la película de alguien a YouTube, yo entiendo que no tenía derecho a hacerlo y el titular podría reclamar que lo bajen. Ahora, puede haber algo dentro lo que me decís vos y distintas posibilidades y potencialidades que da a algunas cuestiones que están más ligadas a la diversión y que no tienen que ver, a veces, con lucrar, que creo que, en los próximos años, va a tener que repensarse o dar una nueva mirada de la propiedad intelectual, en la medida en que esa participación de la gente no afecten realmente los distintos intereses de los autores, en el modo de que se pueda generar alguna excepción. Sobre este tema, el sistema de Argentina y el de Estados Unidos son distintos. Porque acá nos tendríamos que meter con lo que son las excepciones a las leyes de derecho de autor, a las leyes de copyright. En Argentina, las excepciones deben establecerse expresamente en casos concretos, y ahí aplica el Convenio de Berna, que es una regla de tres pasos. Es decir que cada Estado debe establecer excepciones que entren dentro de esa regla, que no afecten los intereses y que sea con usos honrados. Deben establecerla, interpretarla y decirla. Un ejemplo es el derecho de cita. El sistema de Estados Unidos, desde mi punto de vista, es de orden más práctico, que es el sistema de fair use. Se establecieron, a través de casos y casos de jurisprudencia, criterios. Entonces, los criterios tienen que ver con, si la obra original usada se hizo con fines lucrativos o no, si en la que se va a usar tiene fines lucrativos o no. No quiere decir que en un caso o en otro no se aplique, sino que esos criterios ayudan a tomar la definición. Cuánto se usa de la obra anterior para la siguiente obra, qué incidencia tiene eso que se usa en el desarrollo comercial de la segunda obra y cuál es la relación de amplitud de duración de una con otra. También tal vez, el fair use, debería, para pensar en este tipo de obras, ver si no afecta el interés de los derechos de autor. Tal vez necesitaría tener una evolución, pero entiendo que es más dinámico y más fácil de adaptarse a nuevas realidades. Sobre todo en la interpretación de una realidad que siempre va a estar fuera de una norma o de una excepción concreta.

En la actualidad, ¿se están dando debates sobre modificaciones en regulaciones de propiedad intelectual?

Mayormente, en los ámbitos académicos, ONG y demás, está puesto bajo la lupa, por lo menos, sentarse a discutir sobre estos temas, lo que no quiere decir que necesariamente acarreen proyectos o reformas legislativas. En el caso de Argentina no hay demasiados proyectos en este sentido. Hay

algunas ONG que trabajan en estos temas y plantean reformas legislativas. Hay un proyecto de ley de excepción para bibliotecarios, que es bastante razonable y sensato, que anda dando vuelta.

Pensando en el origen del copyright, por un lado, y del derecho de autor en la ley de propiedad intelectual local, por el otro, ¿cuál era el objetivo que se buscaba con estos derechos y, en todo caso, creés que en la actualidad cumple con el mismo?

Hay como un parámetro que se usa comúnmente que dice que el derecho de autor, y el copyright también, surgió como reacción a un tipo de tecnología que fue la imprenta. A esta cuestión de orden práctica, a mí me gusta ir un poquito más atrás y pensar que antes que eso lo que surgió es un reconocimiento personal y social de la figura de un autor y del autor como propietario de una obra. Antes que eso, existía desde los tiempos primitivos alguien que tomaba tierra colorada, pintaba las paredes de una cueva, y hoy eso se considera arte y se lo considera un artista al hombre primitivo. Sin embargo, a nadie se le ocurre pensarlo en términos de autor propietario. Ese es un fenómeno que se fue dando más bien en el Renacimiento, con el reconocimiento de determinadas figuras, que también tratan una temática religiosa como se venía haciendo. Sin embargo, no había un reconocimiento de la singularidad del autor. Cuando hay un reconocimiento de la singularidad del autor, aunque no existe el derecho de autor, de alguna forma está cubierto porque es plena época de los mecenazgos y de apoyo de determinadas personas a algunos autores. Cuando los mecenazgos dejan de existir, y ya indudablemente se considera la singularidad del autor y la propiedad del autor sobre esa obra, se ve, de alguna forma, la necesidad de regularlo de alguna manera, y ahí empieza a aparecer en forma incipiente la regulación del derecho de autor. El primer estatuto comienza en Gran Bretaña con el Estatuto de la Reina Ana en 1710. Es el más antiguo. La ley de copyright de Estados Unidos es más sobre el fin de ese siglo, después empiezan a aparecer en Europa hasta que se establece el Convenio de Berna. En un comienzo, los derechos de autor eran territoriales, entonces los libros salían de la frontera de Francia y en Bélgica ya se podían imprimir tranquilamente.

Entonces, esa protección de los derechos de autor, de alguna manera, ¿tenía más incidencia en que no se copiaran las obras o también se regulaba sobre las obras derivadas?

Los primeros conflictos tenían que ver con los libros, con la industria de los librerías, como se los llamaba en ese momento, y tenía que ver, no tanto con las obras derivadas, sino con las copias exactas, y por eso tiene tanta trascendencia también lo de la imprenta. En el origen del derecho de autor te diría que la cuestión de la obra derivada no está en el centro del debate. Lo cual lleva a otra postura que puede ser cuestionada que tiene que ver, no solo con el autor, sino el autor con una tercera persona que es quien lo comercializa. Está el editor, después empiezan a aparecer otras figuras como el distribuidor. Que hacen a los derechos de autor pero que no son autores, son parte de la industria.

En este sentido, ¿cómo funciona el derecho de autor en el cine?

La obra cinematográfica es una obra compleja por dos motivos. Por un lado, porque aparece la cuestión de la obra derivada, que es una obra resultante. Eso quiere decir que necesariamente hay obras que preexisten, de las cuales deriva una obra distinta, de autoría distinta. Preexiste el guión, preexiste la música. La obra cinematográfica tiene un criterio muy distinto al más romántico de la creación de alguien que se inspira y hace una poesía. En el caso del cine hay muchas cuestiones administrativas como que necesitás las cesiones de derechos de todas las obras que van a conformar la obra final. Además, es una obra colectiva, con lo cual participan muchas personas para hacer una película. Entonces, ahí, ¿quiénes son los autores de la película? Las soluciones son distintas en el mundo. En el caso de Argentina se buscó la solución de determinar la autoría por asignación legal, que quiere decir que la ley dice quiénes son los autores de la obra. Eso está en el artículo 20 de la Ley 11.723 y dice que son el productor, el guionista y el director. Esos son los autores. Y dice la ley que, salvo “pacto en contrario”, tienen los mismos derechos. ¿Qué es el “pacto en contrario”? Es un acuerdo entre ellos de cómo se distribuyen los derechos. En el caso audiovisual y del cine, concretamente, en general, como el productor es quien pone, consigue y organiza los recursos para producir la película, normalmente es quien tiene cedidos los derechos para comercializar. En Argentina son quienes pueden disponer de la proyección y difusión de la obra, entonces son quienes hacen los reclamos. Aunque no tuvieran cedidos los derechos, la ley le otorga una facultad para determinar si se dispone la publicación o la difusión de la obra de la que fue productor.

¿Cuál es la opinión que tienen productores, directores o guionistas argentinos con respecto a los usos que se hacen de las tecnologías en cuanto a que los usuarios tomen sus contenidos para crear obras derivadas y compartirlas? ¿Existen reclamos sobre estos casos en el país?

En la Argentina, con respecto a la industria audiovisual, no son un problema ese tipo de casos. Tampoco está en el centro del debate. Si realmente ocurre es marginal y yo te diría que nadie está considerando que se ve afectada a la industria por este tipo de producciones que puedan llegar a hacerse. Lo que sí es preocupante para algunos es el uso que se hace de las obras y cómo se suben completas a plataformas como YouTube, y los sistemas que tienen, que no son norma vigente en nuestro país, pero sí lo incorporan algunas de estas plataformas, que es el sistema de noticed and takedown, que responde a la normativa de la DMCA, no termina resultando de orden práctico porque uno lo informa, YouTube se toma el mínimo recaudo de quién lo hace, lo bajan e inmediatamente al otro día lo pueden volver a subir.

¿Qué pasa con el tema de las jurisdicciones? Por ejemplo, con un usuario de Argentina que publique videos en YouTube utilizando contenidos realizados en Estados Unidos, ¿cuál sería la ley que regule lo que pasa en esos casos?

Bueno, ese es uno de los temas más complejos que trae este tema y que tiene que ver con las cuestiones de jurisdicción y normativa aplicable. Lo que sí hay que saber es que la mayoría de los casos, en las plataformas más conocidas, como es el caso de YouTube, tienen sociedades en casi todos los países o sociedades locales en casi todos los países, que son las que administran la publicidad. Es decir, vos hacés una obra derivada de algo, la hacés en la Argentina, la subís a una plataforma, como YouTube, en Argentina, y ahí podés quedar sujeta a distintos reclamos. Que se haga el reclamo en el lugar de las obras de origen o que se haga en el lugar donde se hizo o que se haga el reclamo contra la plataforma de estructura societaria local.

¿Y qué pasa con la doctrina del uso justo que aparece como una opción de defensa que tiene el usuario de YouTube? ¿Puede hacerlo si es un usuario de Argentina?

Sobre esto no hay una respuesta única, porque de hecho, de dinámico, esta es una materia completamente nueva que, como vos habrás visto, en Argentina estuvimos esperando el fallo de la

corte en relación al derecho de imagen y la relación con los buscadores. Lo que quiero decir es que no hay una única posición y no hay una doctrina ni jurisprudencia unánime sobre esto. Hay distintas posiciones. Yo tiendo a pensar que si vos hacés algo en Argentina y una productora local hace el reclamo en Argentina no podría aplicarse el uso justo de la normativa de copyright de Estados Unidos. Esta materia es una materia que da toda la sensación de que debería ser tratada por alguno de los convenios internacionales o algún convenio específico a nivel internacional y que se establezcan como determinados parámetros y que luego los Estados lo adopten en función de determinado consenso básico, que le puedan dar las particularidades. Pero sí es una materia propia de tratamiento a nivel convencional e internacional.

En Argentina, teniendo en cuenta que es un país que firmó y ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ¿se han tomado medidas para garantizar el equilibrio entre los derechos de los autores y el derecho a participar en la cultura?

En Argentina hay un entramado de políticas públicas ligadas a la cultura. Si alcanza o si es suficiente, no lo sé. No quiere decir que se hayan tomado medidas específicas desde la incorporación o del rango constitucional de los Pactos. Pero sí, y desde mi punto de vista, Argentina tiene un déficit de cortoplacismo en políticas. Por ejemplo, la política audiovisual es una excepción porque es una política pública que tiene vigencia con distintos gobiernos y en base a una ley que le da el marco institucional. La regulación viene de la Ley de Fomento de Cine que se aplica desde la década del 40 a la fecha, con una gran reforma en el 94, que la recicla en función de los nuevos escenarios que era el desarrollo de las nuevas tecnologías.

De alguna manera, esta regulación estaría dedicada a quienes quieren dedicarse a realizar cine.

Sí, principalmente. En forma secundaria, también beneficia a toda la comunidad porque la producción de cine es una de las formas más eficientes de representar a una cultura, con lo cual toda la sociedad puede acceder a su cultura. Con respecto a esto, Hollywood le ganó a todos. Con lo cual, sí entiendo yo que la regulación y el fomento de la cinematografía, de alguna forma, beneficia a toda la comunidad y a la participación en la vida cultural porque hay una representación de la

cultura nacional que no habría de otra forma, porque por la desmesura de proporción entre la industria de Hollywood y el resto de las industrias, no habría producción.

¿De qué manera una obra derivada que no tenga un fin de lucro podría afectar los intereses económicos del autor del cual se estén tomando los contenidos para esa obra?

Es una pregunta muy amplia. Pero actualmente, si una productora o titular de derecho de autor decide denunciar para dar de baja un contenido tiene que ver con el reconocimiento de un paradigma propietario de esa obra, que le habilita disponer de la misma. Si le afecta o no le afecta creo que debería ser bueno que se ponga en debate. Creo que, en definitiva, si habría que buscar una solución hacia algún lado, sería bueno poner ambas cosas. Poner, por un lado, ciertas limitaciones al derecho de autor que habiliten a los que realmente no afecten intereses y que se pueda permitir hacer obra derivada. Y que sí, necesariamente, vaya de la mano de un reconocimiento del autor. Por ejemplo, que subir una obra completa del autor quede realmente sancionado.

¿Existe alguna diferencia en cuanto a cómo influye la regulación de propiedad intelectual sobre los FanFilms, que es una grabación original, en comparación con los FanVids y Mashups, que sí utilizan los contenidos originales de la obra preexistente?

En términos legales, no habría diferencia. Requeriría siempre de la autorización del autor. A menos que lo que se haga sea tomar una idea tan genérica que no tenga protección.

¿Creés que puede llegar a haber un cambio en las regulaciones?

Creo que necesariamente va a haber un cambio. La verdad es que lo ideal sería que pueda hacerse consensuado a nivel internacional para que realmente tenga aplicación práctica, pero es muy difícil que se empiece desde arriba hacia abajo, con lo cual debería empezarse en cada uno de los países, empezar a negociar a nivel regional y después a nivel internacional.

Lo que pasa es que, si nuestra ley está supeditada a los convenios internacionales, existe un límite de hasta donde se puede modificar la ley nacional, ¿no?

Sí, hoy casi todos los Estados, sobre todo desde la sanción de los ADPIC, tienen ese límite, que es cuando en la OMC entra el tema de propiedad intelectual. Los convenios internacionales, junto con los ADPIC, funcionan como un piso.

A partir de la función que cumple YouTube como intermediario entre los usuarios y los titulares de derechos, ¿qué rol cumple la Justicia? ¿Existen casos que lleguen a esa instancia?

Algunos casos llegan a la Justicia, pero son más que nada por temas de publicación de obras completas. Hay reclamos de autores y de sociedades de gestión de derechos. Ahora, lo que no conozco que haya habido es el caso de que un usuario haya llegado a la Justicia para hacer un planteo de que se estaban lesionando su derecho de participar en la vida cultural en función de la normativa y convenios internacionales y el PIDESC, etc. De eso no conozco ninguno, pero me gustaría verlo. Sería interesante.