

Comité Asesor sobre Observancia

Decimoquinta sesión
Ginebra, 31 de agosto a 2 de septiembre de 2022

INFRACCIÓN DEL DERECHO DEL AUTOR EN EL SECTOR DE LOS VIDEOJUEGOS: RESUMEN

*Documento elaborado por el Dr. Gaetano Dimita, profesor titular, Centre for Commercial Law Studies, Universidad Queen Mary de Londres, la Dra. Yin Harn Lee, profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad de Bristol, y la Dra. Michaela Macdonald, profesora, School for Electronic Engineering and Computer Science, Universidad Queen Mary de Londres (Reino Unido)**

RESUMEN

El sector de los videojuegos es uno de los más pujantes dentro de las industrias creativas. Es joven, digital desde su origen, de alcance mundial, ágil, innovador, creativo e interactivo. Los videojuegos en sí mismos son productos digitales complejos, cuya creación, distribución y consumo se ven incentivados, permitidos y facilitados por los derechos de propiedad intelectual (PI). Por otra parte, a medida que las empresas de videojuegos adoptan una amplia gama de modelos de distribución y reciben corrientes de ingresos procedentes de múltiples fuentes —en especial a partir de la integración de otros medios de comunicación, eventos en vivo y espectáculos—, estamos asistiendo también a un cambio en la concepción de los videojuegos, que dejan de entenderse como *productos digitales* para convertirse en *servicios digitales*. Desde el punto de vista del derecho de autor, estos cambios fundamentales en los modelos de negocio del sector de los videojuegos requieren la introducción de un abanico diferente y variado de estrategias de observancia.

El diseño, el desarrollo y la distribución de videojuegos, así como el consumo de videojuegos por parte de sus usuarios y la interacción con ellos, tiene lugar en un marco conformado por diferentes tipos de derechos de PI, así como por un complejo conjunto de contratos entre todas

* Las opiniones expresadas en el presente documento corresponden a los autores y no reflejan necesariamente el punto de vista de la Secretaría de la OMPI ni el de sus Estados miembros.

las partes interesadas —desarrolladores, editores, distribuidores, minoristas, propietarios de plataformas y jugadores— a escala mundial. Estos contratos son esenciales para asignar los derechos de un modo que permita la comercialización de los videojuegos y haga posibles los múltiples modelos de negocio que coexisten en el sector. También son de vital importancia los acuerdos de licencia para usuarios finales (EULA, por su sigla en inglés) que deben suscribir los jugadores para poder utilizar un videojuego, y en los que se especifican detalladamente los permisos y restricciones que se aplican al uso del *software*.

Para completar el cuadro de este complejo ecosistema digital, hay que mencionar el papel cada vez más importante que ejerce la reglamentación en la configuración del sector, especialmente en relación con la viabilidad de los modelos de monetización y distribución. El sector de los videojuegos vuelve a estar en el punto de mira de la reglamentación, tanto por el renovado interés que existe por regular las microtransacciones y los contenidos inapropiados, como en lo que se refiere al empoderamiento de los consumidores y los usuarios y la creación de un entorno digital seguro para estos últimos, especialmente cuando se trata de niños y jóvenes.

Teniendo en cuenta la naturaleza de los videojuegos y el ecosistema del sector, la legislación de derecho de autor y los acuerdos de licencia resultan especialmente adecuados para configurar los modelos de negocio y las prácticas comerciales. Los videojuegos son medios intrínsecamente inmersivos e interactivos que amplían los límites de la creatividad y desafían las formas tradicionales de asignar los derechos, que también varían entre unas jurisdicciones y otras (hay regiones que cuentan con una jurisprudencia rica y madura en materia de videojuegos y otras en las que no hay ningún caso pertinente, lo que ya es de por sí una observación importante). En este estudio se ofrece una visión general de las infracciones del derecho del autor y de las estrategias para garantizar su observancia en el sector de los videojuegos, se identifican las áreas de alto riesgo (mapas de calor) y se proponen enfoques para abordarlas con éxito tanto a escala nacional como internacional (recomendaciones). Aunque las estrategias específicas de aplicación de la ley dependerán de varios factores, como la naturaleza de la infracción, sus posibles efectos perjudiciales, la naturaleza de la empresa que las adopta, la identidad del posible infractor, la jurisdicción en la que se produce, etc., es posible reconocer algunos temas comunes.

El estudio también pretende: 1) esbozar todo el abanico de usos creativos y prácticas comerciales específicas del sector de los videojuegos; 2) analizar los posibles riesgos asociados a estos usos y prácticas y los retos prácticos a los que se enfrentan los titulares de derechos a la hora de hacerlos valer; 3) considerar las posibles discrepancias entre las disposiciones jurídicas, las prácticas comerciales y los usos creativos, y el modo en que pueden resolverse; 4) identificar las tendencias futuras en relación con las prácticas emergentes y las estrategias de observancia.

I. VISIÓN GENERAL

1. Los titulares de los derechos de los videojuegos se encuentran con una serie de amenazas relativas a la infracción del derecho del autor, especialmente cuando el videojuego tiene éxito comercial. Estas amenazas pueden provenir de empresas competidoras, jugadores y terceros en general que pretenden utilizar la obra sin autorización o más allá de los términos de la licencia. Algunas amenazas son similares a las que se dan en otras industrias creativas (como la piratería, ya sea a través de la distribución en línea no autorizada de copias digitales o de la venta de copias físicas), pero otras son específicas y a menudo exclusivas de la materia de los videojuegos (por ejemplo, la venta de claves y cuentas).

2. La metodología empleada en este estudio ha consistido en identificar las principales prácticas y usos de los videojuegos; considerar las características exclusivas del sector de los videojuegos; establecer las implicaciones de estas características para la protección/infraacción de los derechos de autor y el posible solapamiento con otros tipos de derechos de PI; evaluar el nivel de riesgo y definir estrategias de observancia (incluida la tolerancia de una determinada práctica o uso), así como los retos prácticos a los que se enfrentan los titulares a la hora de hacer valer sus derechos exclusivos y cualquier diferencia observable entre mercados. Para ello se han tenido en cuenta una serie de factores clave, como el tipo y el género de los distintos videojuegos, los modelos de negocio y de distribución, la naturaleza de la base de jugadores y la relación que mantienen con el titular de los derechos y la jurisdicción. Cuando procede, se hace referencia a enfoques legislativos específicos, propuestas comerciales y casos de jurisprudencia pertinentes.

3. Estos factores dan como resultado una matriz en la que distintos géneros de videojuegos, así como distintos modelos de distribución y de negocio, pueden dar lugar a distintos tipos de infraacción del derecho del autor, los cuales exigen a su vez la adopción de diferentes estrategias de observancia. Las actividades se agrupan temáticamente en función del aspecto de la obra en el que se centra el análisis:

- el videojuego: aspectos clave, en particular la distribución y el acceso (por ejemplo, clonación, emuladores y ROM, venta de claves y venta de cuentas);
- alteración del videojuego (por ejemplo, *modding*, uso de derechos de PI de terceros dentro del juego);
- interferencia en la integridad del videojuego o en la experiencia de otros jugadores (por ejemplo, trampas, servidores privados); y
- reutilización creativa del videojuego (principalmente por parte de los jugadores, por ejemplo, creaciones de los usuarios en el juego, contenidos generados por los usuarios, retransmisiones en directo).

A. CLONACIÓN

4. La clonación de un videojuego consiste principalmente en la copia del diseño general, las modalidades de juego, los roles de los personajes o los requisitos para ganar, sin duplicar elementos concretos como el *software* subyacente, el arte o la música. Esta cuestión ha cobrado especial importancia en el contexto de la industria de los juegos para móviles, cuyo modelo de negocio hace que los juegos de más éxito sean los más susceptibles de sufrir este tipo de imitación. En las jurisdicciones donde los diferentes elementos que componen un videojuego están protegidos como obras separadas, pero no se protege la visualización audiovisual generada durante el juego, los titulares han tenido dificultades para hacer valer sus derechos frente a los productores de clones, aunque han tenido más éxito en jurisdicciones donde la legislación de derecho de autor es más expansiva. Debido a los costes y riesgos que conllevan los litigios, los desarrolladores independientes más pequeños prefieren recurrir a procedimientos de notificación y retirada y a estrategias de índole no jurídica, como denunciar públicamente (*naming and shaming*) a los presuntos productores de clones.

B. EMULADORES Y ROM

5. Los archivos de memoria únicamente de lectura (ROM) contienen datos digitales extraídos de copias físicas de videojuegos. Son especialmente importantes para los jugadores de juegos antiguos o retro: utilizando un archivo ROM en combinación con un programa emulador, se puede jugar a estos juegos antiguos en plataformas de software y hardware

actuales. Hasta hace poco, los titulares de los derechos ignoraban en gran medida el uso de emuladores y archivos ROM por parte de los jugadores, al ser una práctica limitada a juegos antiguos que ya no se comercializaban. Esta situación ha cambiado a raíz de una ola de renovado interés por los juegos retro. Si bien la creación y el uso de emuladores no se han considerado infracciones en las jurisdicciones donde se ha litigado la cuestión, la distribución de archivos ROM casi siempre constituirá una infracción, ya que implica la reproducción masiva de los videojuegos en cuestión. Las estrategias de las empresas de videojuegos en materia de observancia son un reflejo de sus estrategias corporativas globales. Las empresas que tienen planes de relanzamiento de sus títulos más antiguos han litigado activamente contra los operadores de sitios de ROM, mientras que las empresas que no los tienen parecen conformarse con ignorar esas actividades.

C. INTEGRIDAD DEL JUEGO

6. Las trampas en los videojuegos mediante el uso de *hacks*, *bots* y la explotación de *bugs*, así como la provisión de servidores privados no autorizados, tienen serias implicaciones para el derecho de autor, particularmente en lo que se refiere al derecho de reproducción, el derecho de comunicación al público, la elusión de las medidas tecnológicas de protección y el incumplimiento de los EULA. Los proveedores de videojuegos han sido muy activos en la adopción de medidas de observancia frente a los usuarios y creadores de estas herramientas, por lo que se ha establecido una amplia jurisprudencia en este ámbito (en particular en los Estados Unidos de América, Alemania, el Reino Unido y China).

D. MODDING

7. Se entiende por "*modding*" la práctica de alterar uno o varios aspectos de un videojuego, desde pequeños retoques hasta revisiones completas. Las modificaciones suelen requerir que el usuario tenga acceso al videojuego original, ya que no pueden funcionar sin este y no son piezas de *software* independientes. Si bien es una práctica tolerada en general, puede llegar a desplazar las ventas de nuevos contenidos oficiales, en especial a medida que la industria de los videojuegos se orienta gradualmente hacia alguna variante del modelo de videojuegos como servicio. Hasta la fecha, las estrategias de observancia se han centrado en las modificaciones que interfieren en el componente en línea de un videojuego y dan a sus usuarios una ventaja injusta sobre otros jugadores; por lo general, las medidas adoptadas son la suspensión o el cierre de las cuentas de estos usuarios.

E. USO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE TERCEROS EN EL MARCO DEL JUEGO

8. Los videojuegos suelen ir muy ligados a la cultura pop y dan cada vez más importancia al realismo, por lo que a menudo se plantea la cuestión de si la inclusión de determinados elementos o referencias vinculados a derechos de PI de terceros (por ejemplo, vehículos, obras de arquitectura, armas, huevos de Pascua¹, movimientos de baile, cameos, etc.) debe ir amparada por una licencia de los titulares de los derechos correspondientes, o si el uso está permitido en virtud de la legislación aplicable. Esta cuestión ha sido objeto de numerosos litigios hasta hace muy poco (especialmente en los Estados Unidos) y tiene un peso considerable en la evaluación de riesgos de las decisiones comerciales de los desarrolladores y editores de juegos.

¹ Mensajes ocultos, bromas y características secretas añadidas al videojuego para brindar recompensas a los jugadores.

F. USOS CREATIVOS

9. Habida cuenta de que los juegos son medios digitales de naturaleza intrínsecamente interactiva y creativa, la creatividad de los usuarios suele ser bienvenida y hasta fomentada, a pesar de que pueda dar lugar a infracciones en el uso de la obra original (en función del grado y la calidad de las opciones creativas de los usuarios dentro del juego). Se trata de una práctica ampliamente tolerada, en atención a los beneficios que conlleva la creatividad de los usuarios (popularidad, participación, creación de comunidades). En casos aislados, los titulares de los derechos recurren a procedimientos de notificación y retirada o a enfoques alternativos como licencias abiertas que contemplan los usos creativos de los contenidos de los videojuegos.

II. CONCLUSIONES PRINCIPALES

10. Las estrategias de observancia varían considerablemente en función de varios factores, como el tipo de videojuego, el género, los modelos de distribución y de negocio, la naturaleza de la actividad presuntamente infractora, el demandado (contexto, propósito de uso, cuota de mercado del demandado), el demandante (estrategia corporativa, cuota de mercado del demandante, relación con la comunidad) y la jurisdicción. No obstante, se pueden reconocer algunos temas y estrategias comunes.

11. Teniendo en cuenta la naturaleza interactiva de los videojuegos y los modelos de negocio que explotan plenamente las vertientes de la creatividad y la comunidad, es evidente que no todas las actividades potencialmente infractoras suponen una amenaza y, por lo tanto, no es necesario perseguirlas. De hecho, algunas actividades no autorizadas podrían incluso ser beneficiosas, directa o indirectamente, para el titular de los derechos: por ejemplo, cuando se trata de corrección de errores; mejora y ampliación del contenido a través del *streaming*; *modding*; o creación de obras de fans. En el mapa de calor del estudio se representa el nivel de riesgo correspondiente. La observancia puede no ser siempre la mejor opción, especialmente cuando el éxito no está garantizado. De hecho, es posible que no dé como resultado la solución deseada o prevista, sino que lleve a resultados meramente temporales o insatisfactorios (por ejemplo, el "efecto Streisand"² y el problema del "aplasta topes"³) o que genere una jurisprudencia contraproducente. A menudo existen enfoques jurídicos alternativos o soluciones técnicas (que también pueden ser más rentables). Las siguientes consideraciones preliminares son especialmente determinantes a la hora de definir una estrategia adecuada en materia de observancia:

- Ante una posible infracción del derecho del autor, las empresas de videojuegos muestran una tendencia a tolerar ciertos usos y prácticas siempre que tengan un impacto positivo desde un punto de vista económico y de comercialización.
- Los titulares de derechos se abstienen de exigir su observancia cuando esta no es estratégicamente adecuada desde un punto de vista de costos y resultados (por ejemplo, si la observancia de los derechos de autor no resuelve el problema subyacente).
- En algunos casos, los titulares de derechos adoptan usos creativos de los videojuegos a través de regímenes de licencia no convencionales (sujetos a ciertas limitaciones).

² Con ese nombre, denominado así tras un incidente en relación con la cantante estadounidense, se describe un fenómeno en el que los intentos de suprimir información tienen el efecto involuntario de difundir aún más esa información.

³ Un fenómeno en el que un problema muy generalizado se sigue produciendo aún después de que supuestamente se haya resuelto.

- El sector ha sido innovador y proactivo en la búsqueda de alternativas al litigio, ya sea contactando directamente con los presuntos infractores o aplicando soluciones contractuales o técnicas.

12. Asimismo, se han identificado algunas tendencias. En particular, es probable que la observancia de los derechos de propiedad intelectual y los acuerdos de licencia desempeñen un papel aún más importante en este sector de vanguardia y caracterizado por una rápida evolución, ya sea en el ámbito de los acuerdos de licencias cruzadas o en los problemas de interoperabilidad dimanantes de la ampliación de los contenidos generados por los usuarios en los videojuegos y el metaverso.

[Fin del documento]