



Normatividad vigente en Colombia para la protección de los derechos de autor en la creación de videojuegos

Juan Felipe Ramírez Vásquez

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

Asesor

Iván Adolfo Gordillo Vera

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia

Normatividad vigente en Colombia para la protección de los derechos de autor en la creación de videojuegos

2023

Cita

(Ramírez Vásquez, 2023)

Referencia
Estilo APA 7 (2020)

Ramírez Vásquez. J.F. (2023). *Normatividad vigente en Colombia para la protección de los derechos de autor en la creación de los videojuegos* [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos

Resumen

En el presente trabajo se estudian las prerrogativas que se otorgan a los creadores de videojuegos mediante el cuadro normativo que hace parte del sistema de propiedad intelectual en el marco del derecho de autor en Colombia. En su estructura, el primer capítulo contiene una breve conceptualización y descripción de algunos antecedentes que indican el desarrollo de los videojuegos con relación a los derechos de autor. Luego, se realiza un breve estudio sobre la calificación jurídica que han recibido los videojuegos en diferentes países, basado en convenios internacionales como el Convenio de Roma, Convenio de Berna, un estudio encargado por la OMPI, entre otros; así como las características de la propiedad intelectual contenida en la Ley 23 de 1983 y en los CONPES 3533/2008 y CONPES 4062/2021, en los cuales se establece que es necesario mantener vigente el debate sobre la necesidad de una normatividad específica que regule la complejidad que existe en la creación de videojuegos. Por último, se hace un estudio sobre las posibilidades que otorgan las normas nacionales a los autores de videojuegos, las cuales permiten concluir que en Colombia existen grandes vacíos frente a la legislación detallada de los videojuegos.

Palabras clave: Derechos de autor, videojuegos, propiedad intelectual.

Introducción

Este trabajo está encaminado principalmente a estudiar las prerrogativas que prescribe el sistema jurídico colombiano para los creadores de videojuegos en lo relativo a los derechos de autor, y así, propender por una discusión sobre la necesidad de un marco normativo especial en esta materia, ya que dicha discusión cobra fuerza en la actualidad colombiana, donde las políticas del Gobierno Nacional apuntan al desarrollo económico a través de la industria creativa. Además, resulta indispensable que los creadores de videojuegos puedan discernir los diferentes derechos de autor involucrados y la forma como se les protege en la legislación actual de Colombia, es por esto que se realiza una descripción tanto de los elementos que hacen parte de la creación de un videojuego, como de la forma en que se protegen. Para esto, se describen las características y conceptos de los derechos de autor con base en el contenido de los acuerdos internacionales ratificados por Colombia y las demás normas colombianas.

En la actualidad el desarrollo de un videojuego implica la participación de una pluralidad de disciplinas tanto científicas como artísticas, razón por la cual, lo relacionado con los derechos emanados de este tipo de creaciones adquiere una alta complejidad en la práctica, especialmente en lo que tiene que ver con su titularidad.

Es por lo anterior que se hace necesario el desarrollo de una legislación que integre todos los elementos que se articulan en la creación de un videojuego, ya que la normativa no tiene un avance acorde al tecnológico, lo cual genera un desequilibrio entre los agentes que hacen parte de esta industria respecto de otras formas de propiedad intelectual. Por lo que en el presente trabajo se realiza un estudio de las diferentes formas de clasificación jurídica que se ha dado a los videojuegos internacionalmente. De lo cual podemos anticipar que, a pesar de su crecimiento, la industria de los videojuegos carece de herramientas que brinden seguridad jurídica a los involucrados en el proceso de creación en Colombia.

Para definir la protección intelectual y sus respectivos derechos, se deben identificar los elementos que hacen parte de un videojuego, desde esta mirada podremos reconocer convenios internacionales como el Convenio de Roma/1961 donde se

reconocen los fonogramas como elementos de protección, o el Convenio de París/1883 donde se perciben las marcas y los dibujos de la misma manera, por mencionar algunos. A pesar del reconocimiento de los elementos y normativas internacionales y locales, encontramos el estudio "La situación jurídica de los videojuegos: análisis comparativo de enfoques nacionales", encargado por la OMPI, donde se indica que no se observa la existencia de una normativa específica que contenga de forma armónica los elementos susceptibles de amparo legal que intervienen en la creación de videojuegos, situación que nos lleva a puntos de contraste en el análisis de la normativa encontrada.

En Colombia encontramos algunas políticas que establecen criterios frente a la propiedad intelectual, como la CONPES 3533/2008, pero su enfoque específico hacia los videojuegos es casi nulo, además ninguna de ellas tiene como objetivo regular la protección de los creadores de videojuegos como categoría independiente. Sin embargo, sí existen normas generales que protegen a los autores, sin importar la naturaleza de su creación, las cuales pueden ser aplicables para la protección de los autores de videojuegos.

Para darle una estructura a este trabajo, se estudia en primer lugar, los videojuegos y sus características, teniendo en cuenta algunos antecedentes de su industria; además, se define y se delimitan los alcances del derecho de autor. En un segundo apartado, se estudia la concepción jurídica que se tiene sobre la creación de videojuegos a nivel internacional, basado en los estudios y convenios internacionales antes mencionados y en otros como el Convenio de Berna/1886, donde se mencionan algunas de las características mínimas para la protección de derechos de autor en países en vía de desarrollo. Además de presentar las diferentes posibilidades de regulación existentes internacionalmente frente a los videojuegos en naciones en vía de desarrollo, se intenta ubicar la de Colombia a partir de la normatividad nacional e internacional estudiada. Finalmente, se estudian las prerrogativas otorgadas por el derecho civil, penal y administrativo a los autores de las obras que componen los videojuegos, con el fin de entender cuál es la protección que tienen dichos autores frente a la normatividad vigente en Colombia. Por último, se presentan las principales conclusiones de este estudio.

1. Derechos de Autor y Videojuegos

Los derechos de autor son un tema crucial para la industria de los videojuegos en Colombia pues tienen un impacto significativo en la economía nacional e internacional. Los videojuegos son una forma popular de entretenimiento que involucran una variedad de talentos creativos, incluyendo diseñadores, programadores, músicos y artistas gráficos, entre otros. Por lo tanto, es importante que se protejan adecuadamente los derechos de autor de estas creaciones para garantizar que los creadores reciban el reconocimiento y la compensación que merecen por su trabajo. Además, la protección de los derechos de autor fomenta la innovación y la creatividad en la industria de los videojuegos, lo que puede conducir a un mayor crecimiento económico y la creación de empleo.

1.1 Antecedentes de la Industria de los Videojuegos

Si bien la historia moderna de los videojuegos tiene sus inicios en la década de los 70 del siglo XX, es importante mencionar algunos antecedentes, por ejemplo en el año 1952, cuando el profesor inglés de ciencias computacionales, Alexander S. Douglas, para su proyecto de doctorado basado en la interacción entre la computadora y los humanos, decidió codificar el juego que se conoce como triqui o tres en línea, para que este pudiera ser ejecutado por una de las primeras computadoras con capacidad de micro procesamiento de la historia, la ESDAC (Electronic Delay Storage Automatic Calculator). Este videojuego, bautizado también como OXO, fue uno de los primeros en incorporar elementos visuales y programáticos a las computadoras de la época (Facultat d'Informàtica de Barcelona, s.f). En la misma década, en el año 1958, el físico William Higginbotham, como resultado de su experiencia laboral y académica, creó el juego conocido como Tennis For Two, primer juego destinado al entretenimiento personal y con la capacidad de permitir la interacción entre dos jugadores; considerado el precursor de los videojuegos que se comercializan actualmente (U.S. Department of Energy, 2008). Un dato relevante sobre este último juego es que su autor nunca buscó patentar su invención o proteger sus derechos de autor, algo que en la actualidad resulta impensable debido a la relevancia económica que tienen estos derechos.

En el año 1962, en el Instituto Tecnológico de Massachussets [MIT], el videojuego Spacewar fue creado por Steve Rusell y por algunos colaboradores, juego de combate que consiste en 2 naves espaciales enfrentadas en batalla, cada una controlada por un jugador, con la finalidad de destruir la nave del contrincante y convertirse en la única nave sobreviviente. Este videojuego fue el primero en conseguir popularidad en la comunidad científica, pues su código era de dominio público y fue preinstalado de fábrica en muchas de las computadoras de la época. Es importante resaltar que el tratamiento que se le dio a dicho código fue muy similar al que se le da en la actualidad al software libre, por lo que se puede considerar como uno de sus principales antecedentes de la industria (Kent, 2001).

El año de 1972 marcó un hito en el mundo de los videojuegos, toda vez que sería lanzada al mercado la que es conocida como la primera consola doméstica de videojuegos de la historia, la Magnavox Odyssey, desarrollada por el ingeniero Ralph H. Baer para la compañía ATARI®. Esta consola fue uno de los mayores logros de la industria, principalmente porque logró popularizar los videojuegos en un amplio sector de la sociedad por fuera del ámbito científico y militar, logrando integrar un sistema que podía reproducir videojuegos de manera doméstica. De este modo, la década de los 70 significó una época de transición y de crecimiento para la industria de los videojuegos, microprocesadores y chips de memoria, donde destacan como algunos de los elementos que se integraron, además de la aparición de algunas de las empresas que se destacaron en el desarrollo de la industria, tales como TAITO CORPORATION® y ATARI® (Rubio Munárriz, 2018).

Los años 80 fueron cruciales y algo negativos para dicha industria, durante los primeros años el estancamiento tecnológico de las consolas y la mala calidad de los juegos comenzó a generar desconfianza en los consumidores, quienes para el año 1983 ya no querían saber sobre estos o tenían muy escasos intereses. Tal fue el desencanto de los usuarios por esta industria, que se le conoce como la “crisis de los videojuegos” (Ibidem). Tanto así que la compañía ATARI® estuvo a punto de quedar en bancarrota (Cano, 2014). En el mismo año, exactamente el 15 de julio de 1983, la compañía japonesa NINTENDO® haría una aparición estelar, lanzando en Japón la Famicom

(Family Computer), la cual terminaría haciendo historia como la salvadora de la industria, esta misma fue lanzada en el año de 1985 en Norteamérica bajo el nombre de NES® (Nintendo Entertainment System), en ella se incorporaron avances tecnológicos que permitieron aumentar significativamente la calidad de los videojuegos y la interacción de los usuarios con estos (Ibidem).

Lo expuesto antes marcó la llegada de videojuegos como el histórico Súper Mario®, el cual comenzó a integrar elementos susceptibles de protección como guiones, personajes, ilustraciones, música, entre otros, abriendo con dicha integración el camino para que otros videojuegos, como The Legend Of Zelda o Metroid, profundizaran su narrativa y sobresalieran entre los demás títulos de la época. Fue así como se creó un nuevo paradigma para la industria de los videojuegos, pues en los años venideros la mayoría de estos contarían con características similares, integrando narrativas mediante guiones, composiciones musicales y diseños gráficos, entre otros elementos que fueron el punto de partida para una serie de innumerables títulos, entre los que se destacan: Súper Mario, Link, Samus, o Sonic el Erizo (El país, 2022).

Si bien la carrera para integrar tecnología a los videojuegos había iniciado años atrás, sería en la década de los 90 cuando se establecería una marcada competencia por dominar dicho mercado. A inicios de esta, dominaban el mercado las compañías NINTENDO® y SEGA®, con sus consolas SNES® (Super Nintendo Entertainment System) y la Sega Genesis. Sin embargo, durante el transcurso de esos años se vio la incursión de otras grandes compañías como Commodore International, Amstrad y la Phillips con sus propias consolas, las cuales sufrirían rotundos fracasos en el mercado. Sería entonces en esta época cuando apareció SONY® con la Playstation, la única compañía capaz de entrar en la competencia, revolucionando el mercado gracias a su sistema de reproducción de videojuegos a través de CD-ROMs(Xataka, 2018).

Aunque no fue la primera en intentar el uso de CDs para portar sus videojuegos (EcuRed contributors, 2019), si fue la que lo realizó de la mejor manera y en el momento oportuno, logrando con dicho sistema almacenar videojuegos con una mayor calidad en los guiones, en los personajes y en los otros elementos creativos, consiguiendo captar a

un mayor número de video jugadores, y generando la mayor venta; en síntesis, millones de unidades alrededor del mundo (Carabaña, 2019).

Sin duda, la década de los 90 estuvo marcada por un cambio en la percepción del consumidor hacia los videojuegos, pues fue en este periodo cuando la industria deja de ser exclusiva de unos pequeños nichos sociales y se convierte en objeto de consumo masivo por parte de la sociedad, y con mayor acceso a una considerable cantidad de personas que estaban dispuestas a conseguir sus consolas de videojuegos.

En la primera década del actual milenio el desarrollo tecnológico en la industria de los videojuegos logró una especie de estabilidad, debido a la consolidación del dominio del mercado de las consolas por parte de tres grandes empresas: NINTENDO, SONY y MICROSOFT; esta última entraría a competir fuertemente en el año 2001 con su consola XBOX (Xataka, 2018).

La estabilización tecnológica se debió a que las tres compañías encontraron fórmulas similares para la reproducción de los videojuegos en sus consolas. Vale la pena mencionar que, durante esta época, también se dio un gran desarrollo de la tecnología de las computadoras de hogar para la reproducción de videojuegos, lo que las comenzó a posicionar como uno de los mejores medios de entretenimiento, al igual que los teléfonos celulares y las tabletas (Ibid.).

Al respecto, los equipos móviles como teléfonos inteligentes y tabletas son el actual competidor para los fabricantes de consolas en la industria de videojuegos, siendo incluso más populares que algunas de las consolas. Lo anterior se evidencia con los resultados estadísticos presentados por la prestigiosa consultora Newzoo, la cual muestra el recaudo anual de la industria de videojuegos por segmento de dispositivos para el año 2020, donde “los juegos móviles” fueron los que más ganancias generaron, con un total de 83.6 mil millones de dólares y una participación total de 49% de los ingresos totales de la industria; seguido por el mercado de las consolas, el cual alcanzó un total de ingresos de 51.2 mil millones (29%); y por último, el de los ordenadores, con un total de 37.4 mil millones (22%) (Newzoo, 2020).

Para concluir este apartado, cabe destacar que durante la primera década del actual siglo XXI se vio el nacimiento de diferentes formas de vivir la experiencia de interacción entre jugadores (JcJ) y jugador contra inteligencia artificial (JcIA). Esto gracias a la aplicación del internet a los juegos de computadora, las consolas y posteriormente a los de teléfonos móviles, lo cual dio lugar a la apertura de otros canales para la industria, como la transmisión y los deportes electrónicos (Gómez & Ramírez, 2016).

1.1.1. Nuevas Formas de Interacción entre los Usuarios y la Industria de los Videojuegos

En la última década la industria de los videojuegos ha continuado creciendo, pues el establecimiento de los paradigmas iniciados en las décadas anteriores se ha ido perfeccionando, tanto en la tecnología como en la creación de videojuegos, además de la experiencia realista que estos brindan a los usuarios. La aparición de las nuevas formas de entretenimiento e interacción entre la industria y los usuarios, como por ejemplo la de los deportes electrónicos, han traído consigo elementos totalmente nuevos a la industria. El crecimiento que han tenido estas modalidades de interacción con los usuarios ha generado millones de ganancias para la industria, pues esto ha significado un cambio trascendental en la cultura y la forma de consumo.

Como consecuencia de esto, los usuarios han dejado de ser meros consumidores para ser proveedores importantes del ecosistema económico de los videojuegos (Sánchez, 2021). Aunque los deportes electrónicos tienen un desarrollo relativamente nuevo en la industria, cuentan con bastante popularidad, además, esta clase de competencias genera una audiencia que participa de manera activa durante las transmisiones de los eventos, y que propicia un ambiente mediático similar al de los deportes tradicionales. Todo ello deriva en una nueva forma de percibir los videojuegos y una expansión en la dinámica de la economía en la industria. Para el fin del año 2021 se estimaba que los deportes electrónicos generarían aproximadamente 1.1 mil millones de dólares, teniendo un aproximado de 465.1 millones de espectadores, entre casuales

y entusiastas, y se calcula un crecimiento aún mayor para el 2024, donde se espera un aproximado de 577.8 millones (Newzoo, 2021).

1.1.2. Conceptualización y Características de los Videojuegos

A través de los años, los videojuegos han tenido diferentes acepciones, sin embargo, para este trabajo se abordaron los conceptos de Frasca (2001) citado por Gómez et. al. (2013) quien menciona que un videojuego: “incluye cualquier forma de software de entretenimiento por computadora, usando cualquier plataforma electrónica y la participación de uno o varios jugadores en un entorno físico o de red.” (Frasca 2011, como se citó en Gómez et al., 2013, p. 5). También se considera el de Aarseth (2007) citado por Gómez et. al. (2013), quien dice que los videojuegos: “consisten en contenido artístico no efímero (palabras almacenadas, sonidos e imágenes), que colocan a los juegos mucho más cerca del objeto ideal de las Humanidades, la obra de arte... se hacen visibles y textualizables para el observador estético” (Aarseth, 2007 como se citó Ibid). Por lo que, basados en estas dos concepciones, podemos inferir que los mencionados autores señalan dos elementos principales: el primero, el tecnológico, el medio por el cual se transmite y se interactúa con el juego; y el segundo, el componente artístico, que tiene que ver con la materialización de una idea a través de la creación con un componente estético.

De lo anterior se entiende que un videojuego tiene una relación intrínseca entre la tecnología y los derechos de autor, toda vez que, los videojuegos poseen tres características principales: en primer lugar, un soporte informático (software); en el segundo, la posibilidad física de interactuar con tal software (hardware), comúnmente a través de periféricos como los mandos, mouse o teclados; y en tercer lugar, la manifestación de la interacción entre el usuario y el software, a través de imágenes o sonidos que pueden ser interpretados y comprendidos por el usuario (López, 2013).

Por lo anterior, se entiende que a los videojuegos subyace una serie de creaciones protegibles por el derecho de autor, tales como: un guion, ilustraciones gráficas, creaciones musicales, entre otras, las cuales se integran al videojuego a través del software, todo ello sin dejar de lado las consideraciones artísticas que se pueden

encontrar en la creación de un videojuego integrando tecnología y estética, cuestión que de alguna forma le da más cabida al reconocimiento y protección de los derechos de autor y producción intelectual a sus creadores.

1.1.3. Elementos creativos que conforman un videojuego

Los videojuegos suelen estar compuestos por elementos tecnológicos que permiten la interacción con los usuarios, como, por ejemplo, las videoconsolas, computadoras o teléfonos inteligentes, pero también, requieren integrar un software, el cual contiene los elementos creativos que componen un videojuego. Estos elementos se han convertido en indispensables para los videojuegos, pues son en gran medida las imágenes, la música y las historias narradas los responsables del éxito de un videojuego; al respecto, Ramos (2014) indica que los elementos creativos que conforman los videojuegos son:

- **Elementos Sonoros.** Composiciones musicales; grabación de sonidos; voces; efectos de sonido importados; efectos de sonido internos.
- **Elementos Visuales.** Imágenes fotográficas (por ejemplo, formatos Gif, Tiff, Jpeg); imágenes en movimiento tomadas con dispositivos digitales (por ejemplo, formato Mpeg); animación; texto.
- **Código Informático (Código Fuente y Código Objeto).** Software o software principales del juego; código secundario; plugins (subrutinas de terceros); comentarios (Ramos, 2014, tabla 1).

Dichos elementos suelen hacer parte de cualquier videojuego moderno, y sobre ellos se puede afirmar que el sistema jurídico colombiano los considera como objeto de protección a través del derecho de autor. En el artículo 2 de la Ley 23 de 1982 se indica que los derechos de autor recaen sobre las creaciones de tipo audiovisuales y literarias que puedan materializarse por cualquier medio (Ley 23 de 1982, Sobre los Derechos de Autor, 1982). Si bien en Colombia no hay una normativa puntual hasta la actualidad referente a los derechos de autor en la creación de videojuegos, en el CONPES 4062 de 2021, en su calidad de herramienta jurídica como política pública, se hace explícita intención a incentivar, brindar apoyo y reconocimiento a todo tipo de producción

intelectual, a las creaciones e innovaciones sin importar su naturaleza, dadas las posibilidades que se encuentran en el mundo contemporáneo (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2021).

1.1.4. Autores de videojuegos

La normatividad colombiana no hace referencia directa al concepto de autor de videojuego, sin embargo, se puede decir que los autores de videojuegos son todas aquellas personas involucradas en el proceso creativo del mismo, pues como se puede inferir de lo prescrito en el artículo 8 de la Ley 23 de 1982, los elementos creativos que componen un videojuego, como lo son los audiovisuales o literarios, se consideran obras protegibles por el derecho de autor. Ahora bien, veamos algunos de los participantes más comunes en la creación de videojuegos.

Artistas. El artista en los videojuegos se encarga de lo relacionado con los elementos visuales del juego, como escenarios o personajes, además de la preparación técnica de estos para que los demás miembros del equipo puedan realizar su trabajo (Dondé, 2020). Por ende, en el ámbito de los videojuegos, cuando se trata del equipo de desarrollo, suele llamarse artistas a los responsables de la creación de todos los recursos gráficos del juego, pues son quienes crean y texturizan los modelos de los personajes con sus correspondientes animaciones, realizan los elementos del mundo, los niveles y todo tipo de contenido en tercera dimensión, así como las imágenes usadas en el juego para los menús, la interfaz de usuario, la maquetación, marketing y todos los componentes estéticos que sean requeridos.

Diseñadores. Los encargados del diseño del videojuego tienen como objetivo elaborar un documento donde se tendrán en cuenta todos los detalles que compondrán el juego (López, 2010). Además, el diseño de un videojuego debe tener en cuenta tanto los aspectos básicos como la idea a desarrollar, los aspectos técnicos e incluso aspectos de mercado. De lo anterior se puede inferir que el diseñador es el encargado de estructurar desde el inicio hasta el final el proceso de desarrollo de un videojuego, tanto

en el proceso artístico, como en el proceso técnico de desarrollo, de igual modo, en su fase final y comercialización.

Programadores. “El programador de videojuegos se encarga de implementar las mecánicas, la estética y la historia dentro de la experiencia interactiva del videojuego” (AMEXVID, 2019, párr. 2). Sin embargo, en la práctica no es para nada sencillo definir las funciones de un programador, pues estas personas deben tener amplios conocimientos en computación y dedicar mucho tiempo a su labor. La programación de juegos suele ser tan compleja que se requiere personal concreto dependiendo del rol específico que deban cumplir. Se considera al programador como fundamental en el proceso de creación, pues es el encargado de vincular la idea mediante el software con el hardware. En otras palabras, el programador de videojuegos se encarga de implementar las mecánicas, la estética y la historia dentro de la experiencia interactiva del videojuego.

Aunque los roles mencionados son indispensables para el desarrollo de videojuegos de gran y mediana envergadura, es común encontrar muchos otros roles importantes, definidos inicialmente por el diseñador del juego, entre estos tenemos por ejemplo: profesionales audiovisuales, encargados de crear los sonidos, melodías y diálogos del juego; es común encontrar también un director de proyecto, quien sirve como puente entre los diferentes roles y se encarga de asegurar los avances; el productor, que se encarga de hacer todo lo demás que no tenga que ver con el juego en sí, como creación de manuales, montaje de contenidos y materiales, entre otros. Además, un profesional de mercadeo, quien se encarga de vender el producto, por lo que debe hacer publicidad en medios especializados, concertar entrevistas o planificar eventos. Por último, están los roles del testeador y el de control de calidad (Llansó García, 2014).

De todo lo anterior es posible deducir que en muchos casos los cometidos e intervenciones se pueden entrecruzar y confundir durante todo el proceso de creación. Como vemos, los roles en el desarrollo de videojuegos sugieren un nivel de interdependencia, y aunque es posible que un programador desarrolle un juego sin

necesidad de otros intervinientes, es impensable en la actualidad que un juego de ese tipo cobre relevancia económica.

1.2. La Propiedad Intelectual

Resulta de suma importancia entender la relación que existe entre los derechos de autor y los videojuegos, es por esta razón que se hace necesario indicar en qué lugar del sistema jurídico colombiano se encuentran ubicados tales derechos y cuáles son sus características. Para esto, es necesario mencionar que los derechos de propiedad intelectual, según indica en su página web la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), son aquellos que se relacionan con las creaciones de la mente, las invenciones, las obras literarias y las artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio (OMPI, s.f.); por tanto, cuestiones que aparecen en los videojuegos. Por otra parte, la propiedad intelectual es considerada como una disciplina del derecho, la cual se encarga de proteger las creaciones intelectuales provenientes del esfuerzo o destreza humana y que tienen características que las hacen protegibles por el ordenamiento jurídico (García, 2016). Existen dos ramas principales de la propiedad intelectual que tienen relación con los videojuegos, la propiedad industrial, regulada desde el Convenio de París/1883, donde se explica de manera específica cómo las marcas, dibujos y diseños industriales se convierten en objeto de protección; y los derechos de autor, regulados desde el Convenio de Berna/1886, que alude a los derechos de los creadores de obras artísticas y literarias, como imágenes, ilustraciones, composiciones musicales, guiones, etc.

La normatividad en Colombia no hace referencia al concepto de la propiedad intelectual, sin embargo, sí desarrolla las categorías del derecho de autor y la propiedad industrial en diferentes Leyes como la Ley 23 de 1982 y la Ley 44 de 1993 sobre derechos de autor; y la Ley 178 de 1994 para la protección de la propiedad industrial, además hay que tener presente que existe normatividad internacional aplicable en Colombia como las decisiones andinas 486 del 2000, 351 de 1993, 391 de 1996, 344 de 1993, y el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Acuerdo de París sobre Propiedad Intelectual (ADPIC)

de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, y el convenio de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. En cuanto a esto, vale la pena mencionar que el CONPES 3533/2008. Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES)¹ el cual es una iniciativa del gobierno colombiano para proteger la producción intelectual, fomentar la creatividad y estimular la competitividad en el país. Dentro de este contexto, la industria de los videojuegos tiene un papel importante ya que se basa en la tecnología, la investigación y la innovación. Los videojuegos requieren de una alta dosis de creatividad y habilidades técnicas para desarrollarlos, lo que puede contribuir significativamente a la economía del país. Además, el fomento a la investigación y la innovación en la industria de los videojuegos puede generar nuevos avances tecnológicos y a su vez, aumentar la competitividad del país en el mercado global de videojuegos. Por lo tanto, la implementación del CONPES 3533/2008 puede ser beneficioso para la industria de los videojuegos en Colombia.

Por lo anterior, en el documento CONPES 3533 de 2008 se alude a la necesidad de proponer mecanismos y garantías legales que les aseguren a los creadores no solo la protección de sus producciones, sino la posibilidad de fomentarlos, comercializarlos, administrarlos y explotarlos. Aunque no expresa nada relacionado de manera puntual a los videojuegos sí expresa que: “Las industrias culturales agrupan, entre otras, la industria editorial de libros y música, los productores de fonogramas, revistas y periódicos, radio, cine y televisión, teatro, publicidad y programas de computador (software) (CONPES, 2008). Si se tienen presentes las consideraciones estéticas y las creaciones de programación digital, los videojuegos caben perfectamente dentro de sus miramientos.

¹ El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) es un documento que tiene como objetivo consolidar la generación y gestión del PI (Producción Intelectual) y su aprovechamiento como herramienta para incentivar la creación, innovación, transferencia de conocimiento y generar aumentos en la productividad. Este documento emite unos objetivos a mediano plazo con la participación de diferentes entidades nacionales como: la Dirección Nacional de Derechos de Autor, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Cultura, el Departamento Nacional de Planeación, entre otros

Según esto, los derechos relacionados con la propiedad intelectual tienen como fin proteger entonces, los intereses de los creadores, al ofrecerles prerrogativas en relación con sus creaciones. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-035 de 2015, indica:

Los derechos de autor se encuentran comprendidos dentro del concepto de propiedad intelectual. El artículo 61 de la Constitución Política plantea, de una parte, la obligación del Estado de proteger este tipo de propiedad y, de otra, el desarrollo de una regulación legislativa en la materia. La propiedad intelectual comprende la propiedad industrial, que hace referencia a las marcas y patentes; el derecho de autor y conexos (...); y los derechos sobre descubrimientos científicos y otras formas de creación de la persona. La especial protección de la propiedad intelectual tiene como propósito amparar la creación producto del talento, trabajo y esfuerzo humanos. Así mismo, en cuanto a su finalidad se señala que es la protección efectiva y adecuada de los autores sobre obras del ingenio en campos literario, artístico o científico; sin importar la forma de expresión, el mérito que posean las obras, ni su destino. Por "obra" se entiende "toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma (Sentencia C-035, 2015, párrafos 16 y 17).

1.3. *La Propiedad Industrial*

De acuerdo con los actuales esfuerzos realizados por el CONPES, la propiedad industrial: “consiste en una concesión del Estado a un particular para explotar una invención de manera exclusiva, así el titular de la patente tiene el derecho de impedir que terceros exploten comercialmente su invención durante plazo limitado” (CONPES 4062, 2021). Ello con la finalidad de proteger e incentivar las innovaciones y creaciones que posean una aplicación industrial.

El Convenio de París 1883 aprobado en Colombia por la Ley 178 de 1994 y la Decisión Andina 486 de 2000, dejan comprender que aunque no se tenga una definición única de propiedad industrial, se puede establecer los tipos que existen: las nuevas creaciones,

entre las que se encuentran las patentes de invención, las patentes de modelos de utilidad, y los diseños industriales (creaciones relacionadas con el aspecto estético de los productos industriales), y la propiedad comercial: las marcas, los lemas, los nombres y las denominaciones comerciales; y finalmente, los esquemas de trazado de circuitos integrados, y las indicaciones geográficas, además, la decisión andina indica que también son formas de propiedad industrial las indicaciones de procedencia, denominaciones de origen y los secretos empresariales. La protección de este tipo de creaciones tiene como fin determinar los límites de su utilización y evitar que se generen afectaciones de tipo económico y comercial en contra de los titulares del derecho.

Cabe mencionar que la propiedad industrial tiene una gran relevancia en la industria de los videojuegos, y que en Colombia se encuentra regulada en el Título II, del Código de Comercio, el cual fue modificado por la Decisión 486 del 14 de septiembre de 2000, de la Comunidad Andina.

También vale la pena mencionar que, la duración de la protección para patentes de invención en Colombia es de 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Para patentes de modelos de utilidad, la protección es de 10 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud. En cuanto a los diseños industriales, la protección es de 15 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Y finalmente, la protección para marcas en Colombia es de 10 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud y es renovable por períodos sucesivos de 10 años, Según lo prescrito principalmente por la Ley 178 de 1994, Ley 23 de 1982 y la Ley 44 de 1993. Aunque, También se pueden encontrar detalles sobre la duración de la protección de estos derechos en la Decisión Andina 486 de 2000, y en el Título X de la Circular Única de la Superintendencia de Industria Y Comercio de 2012.

1.4. Los Derechos de Autor

Frente a los derechos de autor, lo primero que se debe mencionar es que están reconocidos como derechos humanos en el artículo 27 numeral 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de la ONU, 1948). Dicha Declaración reza que, “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 su parte, el artículo 2 de la Ley 23 de 1982 establece que los Derechos de Autor “recaen sobre las obras científicas literarias y artísticas las cuales comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación.” (Congreso de Colombia, 1982, art. 2). Según lo anterior, podemos decir que los derechos de autor son todos aquellos derechos concedidos a cualquier persona que se presume titular de una creación intelectual, artística o literaria, y que como lo dice la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-276 de 1996:

El objeto que se protege a través del derecho de autor es la obra, esto es...la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento **que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.** “Dicha protección está condicionada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: el derecho de autor protege las creaciones formales no las ideas; la originalidad es condición necesaria para la protección; ella, además, no depende del valor o mérito de la obra, ni de su destino o forma de expresión y, en la mayoría de legislaciones, no está sujeta al cumplimiento de formalidades; cosa distinta es el registro que de ellas lleve el Estado, en el caso colombiano denominado Registro Nacional de Derechos de Autor, el cual tiene fines específicos de publicidad y seguridad jurídica, según se consigna de manera expresa en el artículo 193 de la Ley 23 de 1982”. Negrilla por fuera del texto original (Corte Constitucional de Colombia, 1996, título VI, parágrafo a, tercera consideración).

Por lo mencionado anteriormente, la Ley 1915 de 2018 que modifica la ya citada Ley de 1982, en su artículo 1 establece que:

Todo proceso relativo al derecho de autor, y ante cualquier jurisdicción nacional se presumirá, salvo prueba en contrario, que la persona bajo cuyo nombre, seudónimo o su equivalente se haya divulgado la obra, será el titular de los derechos de autor (Congreso de Colombia, 2018).

De lo anterior se entiende que en Colombia las obras gozan de protección desde el momento de su creación, siempre que su expresión sea lo suficientemente original, y que las formalidades del Registro Nacional de Derechos de Autor tienen el único fin de lograr publicidad y facilitar la oponibilidad frente a terceros. De igual manera, se infiere de esto que, las ideas por sí solas no son susceptibles de protección, por lo que es absolutamente necesario que estas se manifiesten en el mundo físico de alguna manera.

También, indican Granada et al (2020) que hoy cuando se habla de derecho de autor se debe tener en cuenta que se refiere a una disciplina jurídica que regula relaciones entre particulares, orienta el desarrollo de una industria, que crea cadenas de producción sobre las obras, crea un sistema de exclusividades, “es un escenario comercial donde los titulares explotan los bienes intangibles a través de contratos, licencias y diferentes formas de utilización” (p. 54), de allí la importancia de su regulación.

1.4.1. Delimitación de los Derechos de Autor. El derecho de autor está relacionado con las creaciones del intelecto humano, como las obras artísticas o literarias, así mismo está concebido con la intención de proteger los intereses de los autores frente a sus creaciones. Al respecto, se encuentra que en Colombia se considera que dichos intereses pueden ser de dos tipos, pues en el capítulo II de la Ley 23 de 1982 se observa que existe una división de los derechos de autor en: derechos de carácter patrimonial, establecidos en los artículos 12 y siguientes de la mencionada Ley y; los de carácter moral, definidos en el artículo 30 de la misma Ley. De esta misma forma se puede observar en la Sentencia C-276 de 1996 que la Corte Constitucional delimita los derechos de autor de la siguiente manera:

El derecho de autor comprende, las dimensiones morales y patrimoniales. La primera se traduce en el derecho personal o moral, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extra patrimoniales inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla

en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido. La segunda hace alusión a los derechos patrimoniales sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación (...) que establezca las condiciones y limitaciones para [su] ejercicio [...], con miras a su explotación económica, (reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra) (Corte Constitucional de Colombia, 1996, título VI, parágrafo b, tercera consideración).

Visto lo anterior, se puede afirmar entonces que los derechos que confiere el derecho de autor a sus titulares están divididos en dos tipos, los de carácter moral y los de carácter patrimonial, y dependiendo de cuál de estos tipos estemos hablando se predicarán unas u otras características. En el siguiente apartado se analizarán ambos tipos y sus características para tener mejor claridad en sus diferencias al momento de comprender la naturaleza de los derechos de autor dependiendo del caso.

1.4.2. Los Derechos Morales de Autor. Esta clase de derechos se caracterizan por ser perpetuos, inalienables, inembargables, intransferibles e irrenunciables. Así lo vemos tanto en el artículo 11 de la Decisión andina 351 de 1993, como en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982, los cuales indican que estos se dividen en:

Derecho de Paternidad. Es la facultad que tiene el autor de reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento, lo que quiere decir que puede exigir a un tercero que se le reconozca siempre como creador de su obra, indicando su nombre o seudónimo en todo acto de explotación o utilización.

Derecho de Integridad. Es la facultad que tiene el autor para oponerse a toda deformación o mutilación de la obra que atente contra el decoro de esta, o la reputación del autor.

Derecho de Ineditud. Es la facultad que tiene el autor para dar a conocer o no su obra al público.

Derecho de Modificación. Es la facultad que permite al autor hacer cambios a su obra antes o después de su publicación.

Derecho de Retracto. Es la facultad que tiene el autor de retirar de circulación una obra o suspender su utilización, aun cuando hubiera sido previamente autorizada. (Congreso de Colombia, 1982, artículo 30).

Como puede verse, estos derechos tienen como fin conservar incólume el vínculo que existe entre el autor y su obra, lo cual los hace personalísimos, razón por la cual la Corte Constitucional en Sentencia C-155 de 1998 eleva estos derechos a la categoría de fundamentales, pues considera que cumplen los requisitos esenciales de los derechos fundamentales “tales como su conexión con los principios constitucionales, contenido esencial y eficacia directa” (Bernal y Conde, 2017, pg. 58), por lo que se puede decir que de los derechos conferidos por el derecho de autor, los morales tienen una categoría jurídica mayor que los patrimoniales, por lo tanto, tienen un tratamiento especial por parte de las autoridades judiciales y administrativas colombianas.

1.4.3. Los Derechos Patrimoniales del Autor. Según la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA)], son todas las prerrogativas que otorga la Ley a los autores para que puedan explotar económicamente sus obras. En la Ley 23 de 1982, capítulo II, artículo 12 y ss. puede verse que, a diferencia de los derechos morales, las características patrimoniales apuntan a la posibilidad de usufructuarlos, pues son: transferibles, renunciables, e incluso se caracterizan por ser limitados en el tiempo. De igual modo, en el artículo 13 de la Decisión 351 de 1993 tiene como finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares sobre las formas de ingenio ya sea en el campo científico artístico o literario (Decisión 351, 1993, artículo 13)

Por ende, hay que entender entonces que, el autor de una obra tendrá que ser siempre una persona natural, sin embargo, cuando se trata de los derechos patrimoniales de dicha obra, pueden recaer tanto en personas naturales como en personas jurídicas diferentes al autor, pues estos pueden ser transferidos gracias a que la legislación

permite aplicar modalidades de contrato como: la cesión convencional, obra por encargo, transferencia en virtud de la Ley en caso de servidores públicos, e incluso la transferencia de estos puede darse por causa de muerte del titular (Olarte y Rojas, 2010).

En cuanto a las prerrogativas del titular, la Decisión Andina 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (hoy Comisión Andina), en su artículo 13, indica que recaen sobre los derechos de:

- **Reproducción.** Facultad exclusiva de fijar la obra en un soporte material, o realizar copias de esta, total o parcialmente, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocer, incluyendo medios análogos o digitales.
- **Comunicación pública.** Facultad exclusiva de divulgar la obra a una pluralidad de personas reunidas o no en un mismo lugar, sin que exista previa distribución de ejemplares de la creación.
- **Distribución.** Facultad exclusiva de disponer de la obra públicamente mediante la venta, arrendamiento o alquiler de ejemplares.
- **Transformación, adaptación o arreglo.** Facultad exclusiva de modificar, transformar o adaptar la obra. (Comisión Andina, 1993).

Entendemos entonces que para que un tercero pueda hacer uso legítimo de una obra protegida por el derecho de autor, es necesario que el titular de los derechos patrimoniales haya concedido previa y explícitamente la facultad de hacerlo bien sea de forma gratuita u onerosa. Según lo anterior, el autor de la obra puede renunciar o transferir sus derechos bajo diferentes modalidades de contratación que existen en la legislación colombiana, algunas de estas son: los contratos de licencia, la cesión de derechos patrimoniales de manera parcial o total, y la presunción legal como la de obra por encargo o bajo contrato de trabajo.

Dicho esto, es imprescindible conocer la duración durante la cual el titular de los derechos patrimoniales de autor posee tales prerrogativas, al respecto debe indicarse que derechos patrimoniales de autor, tanto de las personas naturales como jurídicas en Colombia se encuentra establecida en la Ley 23 de 1982 a partir del artículo 21. Para las

obras literarias, artísticas y científicas de autores individuales la protección dura toda la vida del autor más 80 años después de su muerte, mientras que, para las obras de autoría colectiva, la duración de la protección es de 80 años contados a partir de la divulgación de la obra. En el caso de las obras anónimas, la duración de la protección es de 80 años contados a partir de la divulgación de la obra o de su creación si no ha sido divulgada en ese plazo.

Según la Ley 23 de 1982, modificada por la Ley 44 de 1993 y la Ley 1915 de 2018, los derechos patrimoniales del autor tienen algunos periodos fijos de protección. A continuación, se mencionan algunos de los periodos de protección más relevantes respecto a la creación de videojuegos: Cuando se trata de persona natural duran toda la vida del autor y 80 años después de su muerte, cuando se trata de persona natural diferente al autor, esta será de 50 años contados a partir de su fallecimiento, y cuando se trata de una persona jurídica, La protección será por 70 años, pero contados a partir del primero de enero del año siguiente a la publicación autorizada de la obra (Congreso de la República, 2018, art. 4). Finalmente, es importante resaltar que la decisión 351 de la comunidad Andina de Naciones es la que establece los mínimos de protección a los cuales la legislación de los estados miembros debe acogerse.

Por otro lado, debe mencionarse que como frente a todos los derechos, existen algunos deberes, limitaciones y excepciones que se imponen a los titulares de los derechos patrimoniales de autor.

Respecto a los deberes, el artículo 17 de la Ley 23 de 1982 de Colombia establece en primer lugar, que el titular debe respetar los derechos de autor de terceros, es decir, no puede utilizar en sus obras, obras protegidas sin la autorización de su titular; asimismo, debe cumplir con las obligaciones contractuales establecidas en los contratos de cesión o licencia de derechos de autor que haya suscrito; también se encuentra el deber de conservar los ejemplares originales de la obra, esto con el fin de permitir su verificación y examen en caso de que sea necesario; además, el titular debe respetar el derecho moral de la obra, el cual incluye la atribución de autoría y la integridad de esta.

Se debe destacar que el incumplimiento de estos deberes puede generar responsabilidades y sanciones para el titular de los derechos de autor.

En cuanto a las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales del autor cabe señalar que son aquellas que permiten el uso de obras protegidas sin la autorización de su titular. Estas limitaciones y excepciones se encuentran principalmente en la Ley 23 de 1982 y en la decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones. Y puede decirse que en la práctica una de las limitaciones más importantes, se encuentra la denominada "cita", que permite la utilización de obras protegidas para fines académicos, científicos, informativos, críticos, etc. siempre y cuando se haga de manera razonable, se cite la fuente y se respete la integridad de la obra. Otra limitación es el derecho de uso privado, que permite la reproducción de obras para uso personal y sin fines de lucro. También se encuentra la excepción de uso para personas con discapacidad, que permite la reproducción de obras en formatos accesibles para las personas con discapacidad visual, auditiva, entre otras. Además, existe la limitación de uso de obras en bibliotecas y archivos, que permite la reproducción de obras para su consulta y estudio, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones y requisitos establecidos en la ley. Es importante tener en cuenta que estas limitaciones y excepciones no permiten la explotación comercial de las obras protegidas sin la autorización del titular, y que su aplicación debe ser realizada de manera responsable y respetando siempre los derechos de autor.

1.4.4. Derechos Conexos

Estos derechos tienen una estrecha relación con los derechos de autor, pues es necesaria la existencia de una obra para que de ella se puedan desprender los derechos conexos. Según Puerta Vilchez, M. A. (2017), esta clase de derechos tienen la finalidad de proteger los intereses de quienes hacen parte del ecosistema artístico, y que por algún medio ayuden a la publicación, creación o distribución de la obra y que su aporte merezca el reconocimiento y protección por parte de la Ley. Dentro de los sujetos sobre los que recaen este tipo de derechos, encontramos a los artistas intérpretes y ejecutantes, a los productores de grabaciones sonoras (también denominadas fonogramas), y a los organismos de radiodifusión. Al respecto de estos derechos, podemos decir que son el

reconocimiento que hace el sistema de propiedad intelectual a todas las personas naturales o jurídicas que hacen un aporte creativo lo suficientemente significativo sobre una obra existente como para adquirir protección singular.

Por último, en cuanto a la duración de la protección de estos derechos en Colombia, la duración es de 50 años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la realización de la respectiva grabación, interpretación, ejecución, emisión o transmisión. Esto se establece el artículo 29 de la Ley 23 de 1982 modificado por el artículo 2 de la ley 44 de 1993 el cual a su vez fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1915 de 2018 sobre derechos de autor.

1.4.5. Titulares de Derechos de Autor y Conexos, y Obras Protegibles por el Derecho de Autor

En Colombia los titulares de derechos de autor y conexos son todas aquellas personas naturales o jurídicas que por ministerio de la Ley puedan ser consideradas como tales, para esto, la Ley 23 de 1982 en su artículo 4 señala que estos son:

- El artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución;
- El productor, sobre su fonograma;
- El organismo de radiodifusión sobre su emisión;
- Los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares anteriormente citados;
- La persona natural o jurídica que, en virtud de contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20 de dicha Ley (Congreso de Colombia, 1982).

Cabe mencionar que el artículo 92 de la Ley 23 de 1982 indica que las obras colectivas creadas dentro de un contrato laboral o de arrendamiento de servicios, en las que sea imposible identificar el aporte individual de cada una de las personas naturales que contribuyen: “tendrán por titular de los derechos de autor al editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellos se realizan” (Congreso de Colombia, 1982).

En cuanto a las obras protegibles por el derecho de autor, encontramos en el artículo 2 de la norma anteriormente citada que son susceptibles de protección por los derechos de autor, obras como:

Los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas o las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer (Congreso de Colombia, 1982).

Sumado a lo anterior, el Artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, adiciona en primer lugar a los programas de ordenador y, por último, las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales (Comisión Andina, 1993).

Por otra parte, la legislación colombiana no ha escatimado esfuerzos por brindarle protección a los autores y titulares de derechos conexos desde el año 1995. De igual modo, en el CONPES 3533 de 2008 se hace el llamado para que tanto los autores como

los artistas conozcan sus derechos y las herramientas de negociación. Por ejemplo, se menciona:

En algunos casos el ejercicio de los derechos de explotación sobre una obra protegida por el derecho de autor o una prestación amparada por los derechos conexos no es posible ejercerlos, o resulta en extremo inconveniente hacerlo de forma individual. Para tales casos los titulares de esos derechos cuentan con la posibilidad de conformar sociedades de gestión colectiva a través de las cuales, como su nombre lo indica, de forma colectiva, se logra el pleno ejercicio de los derechos que la Ley les reconoce (CONPES, 2008, p.32).

Por último, es necesario recalcar que esta lista de obras es meramente enunciativa, pues el derecho de autor aplica a cualquier tipo de creación que cumpla con las características de originalidad, y que haya sido expresada de alguna manera que pueda ser protegida, es decir, que sea una idea materializada.

2. Clasificación para la Protección Jurídica de los Videojuegos a Nivel Internacional

Se ha estudiado el entorno de la creación de los videojuegos y los aspectos básicos sobre la propiedad intelectual, especialmente en lo que atañe a la propiedad industrial, los derechos de autor y derechos conexos; sin embargo, no se determinó a nivel jurídico cuál es la clasificación en la que se encuentran los videojuegos, ya que trata de una tarea que resulta compleja, dado que no existe consenso frente a esto a nivel internacional y mucho menos nacional. Ello implica que la clasificación jurídica de los videojuegos dependerá del país sobre el cual estemos hablando. Para lograr una aproximación a dicha clasificación se estudiaron las diferentes concepciones que se tienen al respecto alrededor del mundo, y que fueron abordadas en el estudio encargado por la Organización Mundial para la Protección de la Propiedad Intelectual (OMPI), *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches* (La

situación jurídica de los videojuegos: análisis comparativo de los enfoques nacionales) (Ramos et al., 2013). El cual arroja un panorama sobre la clasificación jurídica de los videojuegos en diferentes latitudes.

Lo primero a señalar es que este estudio indica la existencia de tres formas en las que se califica jurídicamente los videojuegos, ya que algunos países tratan a los videojuegos como programas de computadora (software); otros como obras multimedia; y otros los tratan con un enfoque distributivo, lo que quiere decir que pueden protegerse tanto por el derecho de autor como por el de propiedad industrial. Sin embargo, se aclara que ningún país estudiado tiene un cuerpo normativo dedicado específicamente a los videojuegos, sino que su clasificación se hace a través de la jurisprudencia o la doctrina nacionales, como podrá verse a continuación.

2.1 Como Programa de Computadora (software)

En países como: Argentina, Canadá, China, Israel, Italia, Federación de Rusia, Singapur, España, y Uruguay, se considera que los videojuegos son predominantemente un programa de computadora, por su dependencia de un software para poder cumplir su finalidad (ser jugados). Para entender esta postura es necesario definir qué es un programa de computadora. El artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, define el programa de computadora de la siguiente manera:

Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador, un aparato electrónico o similar sea capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso (Decisión Andina, 1993).

Por otro lado, según el artículo 23 de la Decisión Andina 351 de 1993, los programas de ordenador se protegen²: “(...) en los mismos términos que las obras

² Remisión expresa del artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) de 1996, y del artículo 10 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

literarias, dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.” (Comisión Andina, 1993).

Esta forma de concebir la protección de los videojuegos es la más común en los países estudiados. Sin embargo, presenta algunas limitaciones frente a la tecnología actual. Aunque es un tema complejo y bastante técnico, vale la pena realizar una breve explicación para lograr algo de ilustración y tener nociones sobre su creación y su funcionamiento.

El software se expresa a través del código fuente y el código objeto (Padilla & Flórez, 2014), el primero es el lenguaje de programación en el que se escriben las instrucciones y el segundo es en el que la computadora las lee. Ahora bien, en la actualidad se han desarrollado programas de Middleware, que ofrecen servicios y funciones comunes para las aplicaciones (Naur & Randell, 1969). En la industria de videojuegos este tipo de software se utiliza para facilitar el proceso de programación. Para no entrar mucho en detalles, con la utilización del middleware, la programación de algunos elementos de los videojuegos es exactamente igual sin distinguir entre un videojuego y otro. El problema con esto es que, según la protección de obras literarias, lo que se protege es la materialización de la obra, es decir, el software, en otras palabras, el código en el cual se escribe el programa. Por tanto, si el código es el mismo para diferentes creaciones, podrían presentarse problemas a la hora de identificar la originalidad de una obra.

Otro problema con esta clasificación es la identificada por Sarmiento (2016), quien indica que:

Existe indeterminación, por ejemplo, sobre en quién recaen los derechos patrimoniales y morales en las transmisiones de los torneos o de los jugadores interactuando con el videojuego (gameplays), (realizadas en sitios web como youtube.com o plataformas dedicadas exclusivamente a este servicio, tales como Twitch o Gamingtv) en los cuales puede considerarse que el jugador realiza un trabajo creativo (Sarmiento, 2016, párrafo 42).

Tal y como sucede con los personajes y modos de juego creados por los jugadores dentro de los videojuegos, existen vacíos en la normatividad frente a estos casos. Ello puede crear algunas confusiones que se deberían examinar a fondo desde los derechos conexos.

Finalmente, es posible afirmar que en Colombia la protección de un videojuego se logra a través de un registro que debe realizarse ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA), bajo la modalidad de software, por lo que se infiere que Colombia hace parte de los países en los que se tiene la clasificación jurídica de software para los videojuegos; sin embargo, como menciona Acosta (2021), la normatividad colombiana permite que se registre de forma independiente cada uno de los elementos creativos que conforman el videojuego. Además, cabe recordar que todas estas obras están protegidas por el derecho de autor desde el momento de su creación.

2.2 Como Obra Audiovisual

Una notable minoría de países, entre ellos, Kenia y la República de Corea, clasifican a los videojuegos como trabajos audiovisuales. En este tipo de concepción, el software no está desprotegido, pero, según el estudio de Ramos et al. (2013), el enfoque que se da a la hora de lograr la protección del videojuego tiene como prioridad lo relacionado con la producción audiovisual.

Bajo esta concepción, los videojuegos se protegen como obras audiovisuales, de la misma manera que se protegerían las cinematográficas. El problema con este tipo de protección es que se desconoce la complejidad que emana de la creación de un videojuego, lo que puede resultar en la omisión de los derechos de alguno o varios de los creadores. Por ejemplo, en el desarrollo de un videojuego intervienen muchas personas, cada una de ellas realiza un aporte creativo diferente y que merece ser reconocido. Este sistema presenta, según los autores del estudio, desamparo para dichos creadores, pues se hace muy complicado determinar su autoría (Ramos et al., 2013). En el caso de Colombia, el país no es Estado parte de tratados internacionales como el de Beijing sobre las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales (CONPES, 2021).

2.3 Clasificación Dualista

En este apartado se indica que otro grupo de países como: Bélgica, Brasil, Dinamarca, Egipto, Francia, Alemania, India, Japón, Sudáfrica, Suecia y los Estados Unidos de América, otorgan una clasificación distributiva a los videojuegos. Esto significa que, en su concepción, reconocen la complejidad que trae el proceso de creación de un videojuego, por lo que bajo esta forma de concebir la naturaleza jurídica de los videojuegos se acepta la protección de los mismos bajo las prerrogativas del derecho de autor e incluso bajo las de la propiedad industrial (Sánchez-Urzáiz , 2014, pág. 7).

Ahora bien, lo que determina la forma de protección en esta clasificación es la predominancia de uno u otro elemento dentro del videojuego en particular, por lo que será el creador o titular de los derechos quien decida cómo protegerlos. No es ninguna sorpresa que algunos de los países donde los videojuegos han tenido su mayor desarrollo, como son Estados Unidos de América y Japón, les den este tipo de clasificación, pues han tenido un desarrollo jurisprudencial más amplio que el resto de los países del mundo, en gran medida por haber sido los pioneros, y, por otra parte, porque la mayoría de las grandes compañías del medio pertenecen a dichas nacionalidades (Ramos et al. 2013).

A pesar de la existencia de estos enfoques, la discusión sobre la necesidad de la creación de un régimen jurídico que enmarque de la mejor manera posible todos los elementos que componen la creación de videojuegos y la forma como estos se relacionan con la realidad social, económica y política de un país, está cobrando cada vez más relevancia. Es por ello que la OMPI concluye que el desarrollo normativo, jurisprudencial, e incluso doctrinal en materia de videojuegos, es pobre en relación con la complejidad e importancia económica que tienen estos en la sociedad. Por lo tanto, considera que es necesario discutir la posibilidad de la creación de un régimen especial en materia de propiedad intelectual para los videojuegos, que contemple todos los aspectos inherentes a estos. Aunque, de alguna manera, reconoce el alto grado de dificultad que tiene lograrlo (Ibid.).

3. Prerrogativas Otorgadas por el Derecho de Autor a los Autores de Videojuegos en Colombia

La normatividad sobre derechos de autor en Colombia es amplia, y está incorporada en todas las ramas del derecho en donde se pueda predicar la creación e innovación humana como objeto de protección, cuestión que ha sido abordada anteriormente. Es por ello que en el presente capítulo se estudian las prerrogativas que han sido establecidas para los autores de videojuegos en materia civil, penal y administrativa. De este modo, a lo largo del capítulo se estudia la normatividad vigente en Colombia, la forma como se definen los derechos de autor en materia civil y las prerrogativas que este otorga a los autores; luego, en materia penal, en donde se mencionan las normas concebidas para proteger los derechos de autor y se estudia si su fin es proteger los derechos morales o los patrimoniales de autor; y por último, en materia administrativa, donde se estudia la forma en que se deben registrar los videojuegos y los efectos que trae dicho registro.

3.1. Prerrogativas en Derecho Civil

El Código Civil Colombiano en su artículo 671 indica que la propiedad intelectual es un tipo de propiedad especial, y que está regida por leyes especiales. Esto quiere decir que el legislador ha otorgado a la propiedad intelectual las mismas características y atributos que la propiedad común, los cuales se explicarán a continuación.

Acerca de las características, la Corte Constitucional en la sentencia C-189 de 2006 indica que la propiedad intelectual:

- (i) Es un derecho pleno porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos;
- (ii) Es un derecho exclusivo en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la

intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue –en principio– por su falta de uso; (iv) Es un derecho autónomo al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y finalmente; (vi) Es un derecho real teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas (Corte Constitucional de Colombia, 2006, sección VI, consideración 5).

Además de las características es necesario mencionar cuáles son los atributos de la propiedad intelectual en el derecho colombiano, los cuales tienen el mismo sentido que en la propiedad común, en otras palabras, quien es titular de un derecho de propiedad inmaterial como lo es la intelectual, tiene los mismos atributos que tiene el titular de un derecho material. Sobre esto la Corte Constitucional en sentencia C-133 de 2009 indica que:

Son atributos de propiedad: (i) el *ius utendi*, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir; (ii) el *ius fruendi* o *fructus*, que es la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación; y (iii) el derecho de disposición, consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien (Corte Constitucional de Colombia, 2009, p. 1).

De lo anterior se puede inferir que las características y los atributos de la propiedad a los que se refiere la Corte dan cabida a los derechos patrimoniales de autor en nuestro sistema jurídico. Pues, se puede observar que, según el artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993, las facultades de: reproducción, comunicación pública,

distribución y transformación, adaptación o arreglo, son las mismas facultades que otorga la propiedad, es decir, el uso, el usufructo y el derecho de disposición (Baena, 2000).

Ahora bien, los videojuegos no tienen la categoría independiente de obra protegible en Colombia, sin embargo, el artículo 23 del mismo cuerpo normativo de la Decisión Andina 351 de 1993, indica que los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, por lo tanto, a pesar de que los videojuegos son una obra compleja, compuesta por elementos como obras literarias o artísticas, ilustraciones originales, o los guiones originales, siempre ha de existir un software subyacente sobre el cual se ha de ejercer el derecho de propiedad.

De ahí que, como con cualquier otro tipo de propiedad, el autor o titular de una obra puede disponer de ella, y por lo tanto puede negociar libremente los aspectos patrimoniales que recaen sobre la misma. Las formas en las que se pueden negociar los derechos patrimoniales de autor están limitadas únicamente por el mercado y por las normas de orden público. Para negociar los aspectos patrimoniales de los derechos de autor se debe definir cuál es la intención de las partes, y si dicha intención implica la renuncia de los derechos por parte del autor o titular, o la mera cesión de estos, pues dependiendo de la intención que tenga el autor sobre sus derechos, estos podrían ser cedidos total o parcialmente, mediante un contrato de cesión, o mediante una licencia de uso.

Al respecto, Vega (2010) indica que el contrato de cesión se trataría de una forma de transmisión del derecho patrimonial, por acto entre vivos, que puede realizar el autor de una obra, o sus derechohabientes o causahabientes, e indica que además del contrato de cesión, existen otro tipo de contratos por los cuales se suelen transmitir los derechos de autor, entre ellos menciona: el contrato de prestación de servicios o elaboración de obra, el contrato de representación, el contrato de edición, el contrato de inclusión en fonograma, el contrato de licencia de software; además de la transmisión por causa de muerte y la transmisión por ministerio de la Ley., debe aclararse que estas dos últimas formas de transmisión no se dan por un acuerdo de voluntades sino que se

presentan por prescripción normativa o como en el caso del testamento, se trata de un acto jurídico unilateral. Por lo anterior, resulta importante resaltar que, cuando el modo jurídico para adquirir los derechos patrimoniales de autor sea un contrato (cesión, licencia) o acto jurídico unilateral (testamento), debe cumplir los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos: manifestación de la voluntad, capacidad entre las partes, junto con el objeto y la causa lícitos.

Por otro lado, si nos encontramos en el escenario en el cual la negociación se centra en el uso y no en la transferencia de los derechos de autor, suele emplearse el contrato de licencia. Al respecto, Ramírez (2018) indica que la licencia, es un contrato en el que las partes regulan los alcances de las actividades y usos que se puede dar al respecto de una obra bajo ciertos parámetros, que el autor permitirá con el fin de obtener una contraprestación. Como podemos observar, en estos casos la propiedad no se transfiere, pero hay un acuerdo entre las partes que permite el uso legítimo de la obra, con el fin y en las condiciones que se especifiquen en dicho contrato.

3.2. Prerrogativas en Derecho Penal

Es preciso recordar que tradicionalmente el derecho penal suele tener dos formas de entenderse, en sentido objetivo, y en sentido subjetivo. En sentido subjetivo, se entiende como el conjunto de normas que regulan específicamente el comportamiento humano; y en sentido objetivo, como la facultad del Estado de dictar y aplicar dichas normas (Mir, 2003). El Código Penal colombiano (C.P.C.) dedica el libro segundo, título VIII, artículos del 270 al 272, específicamente al derecho de autor, por lo que para comprender cuales son las prerrogativas que otorga el derecho penal a los titulares de derechos de autor se estudian algunos numerales de estas normas, y se determina si buscan proteger los derechos morales o patrimoniales de autor. Es preciso indicar que, hacer un análisis detallado de cada una de estas normas es una tarea que no corresponde a la finalidad del presente escrito, por lo que se hace hincapié solo en lo que se considere necesario para lograr ilustrar sobre las prerrogativas otorgadas por el derecho penal.

En primer lugar, el artículo 270 del C.P.C. “Violación a los derechos morales de autor”: Esta norma prescribe una pena que va desde 32 a 90 meses de prisión y una multa que va de 26.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para quien:

1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

PARÁGRAFO. Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad (Congreso de Colombia, 2000).

Puede observarse que esta disposición está concebida con el fin de proteger y brindar instrumentos coercitivos al titular de los derechos morales. En este sentido, se puede interpretar que el sujeto pasivo siempre será el autor de la obra, pues es el único sobre quien pueden recaer los derechos morales de autor. En cuanto al sujeto activo, será cualquier persona cuya conducta se adapte al tipo penal indicado. Esta norma responde entonces directamente a la necesidad de hacer efectivos los derechos otorgados por el artículo 30 de la Ley 23 de 1982, donde se consagran los derechos morales del autor.

Por otro lado, se encuentra el artículo 271 del C.P.C. “Defraudación a los derechos patrimoniales de autor”: En este caso la pena será de 2 a 5 años de prisión y de 20 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes para quien:

1. Por cualquier medio o procedimiento, sin autorización previa y expresa del titular, reproduzca obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.
2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.
3. Alquile o de cualquier otro modo comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.
4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.
5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título, sin autorización previa y expresa de su titular.
6. Retransmita, fije, reproduzca o por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de los organismos de radiodifusión.
7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de la televisión por suscripción.

PARÁGRAFO: La reproducción por medios informáticos de las obras contenidas en el presente artículo será punible cuando el autor lo realice con el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, o lo haga a escala comercial (Congreso de Colombia, 2000).

En esta ocasión la norma hace referencia a los derechos de autor otorgados por el artículo 12 de la Ley 23 de 1982, el cual establece que la reproducción de la obra y la autorización para hacerlo, son derechos patrimoniales exclusivos del autor. Por lo que, en principio, podríamos decir que, si un tercero sin autorización del titular realiza alguna de las conductas establecidas en este artículo, podría ser castigado. Por otro lado, el párrafo añadido por el artículo 36 de la Ley 1915 de 2018 incluye la condición del ánimo de “beneficio económico”, elemento al que se había anticipado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 29188 del 30 de abril de 2008, en la que se indica que:

Quien pretenda afectar... [Los derechos patrimoniales de autor] ha de obrar con ánimo de lucro y con la intención de lesionar ese patrimonio en beneficio propio o de terceros. Si bien estas exigencias no se encuentran expresamente consignadas en la norma prohibitiva, constituyen verdaderos elementos subjetivos del tipo que en cada caso han de ser constatados por el juez, en orden a declarar demostrada, en grado de certeza, la materialidad de la conducta. (Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2008).

Según esto, y en el caso del sujeto pasivo, podemos indicar que, al igual que en el artículo 270 del C.P.C., es el titular de los derechos, con la diferencia que traen las particularidades del derecho patrimonial frente al derecho moral de autor, y es que, el derecho patrimonial de autor puede recaer en personas naturales o jurídicas diferentes al autor. En cuanto al sujeto activo, es exactamente igual, es decir, puede ser cualquier persona, sin embargo, para que se configure el tipo penal no bastará con que la conducta se adapte a los verbos rectores, sino que además requerirá el ánimo de lucro para sí o para un tercero. Por lo tanto, de esta forma se armonizan las limitaciones y excepciones

al derecho del autor establecidas en los artículos 31 y siguientes de la Ley 23 de 1982, en lo aplicable según el artículo 21 de la decisión andina 351.

De igual manera, se examinará el artículo 272 C.P.C. “Violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones”, En este caso

la pena será prisión de 4 a 8 años y multa de 26.66 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a quien, con el fin de lograr una ventaja comercial o ganancia económica privada, salvo las excepciones previstas en la Ley:

1. Eluda sin autorización las medidas tecnológicas efectivas impuestas para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución o fonograma protegidos, o que protege cualquier derecho de autor o cualquier derecho conexo al derecho de autor frente a usos no autorizados.

(...)

4. Distribuya o importe para su distribución información sobre gestión de derechos sabiendo que dicha información ha sido suprimida o alterada sin autorización (Congreso de Colombia, 2000).

Este artículo consta de cuatro numerales, y se pueden dividir en dos grupos: los que tienen como finalidad tutelar las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor; y los que tutelan la información relativa a la gestión del derecho de autor. Por lo que se trajo a colación solo un numeral de cada uno de estos artículos a manera de ejemplo.

Al respecto de la tutela de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor, la Ley 1915 de 2018 establece algunas de las condiciones bajo las cuales los autores pueden conceder permisos y negociar acuerdos relacionados con sus creaciones. Esto significa que los autores tienen la facultad de establecer garantías en cuanto al uso de sus obras y el acceso a ellas. Además, la ley define el término "medida tecnológica efectiva", que se refiere a la tecnología, dispositivo o componente que controla el acceso a una obra protegida, interpretación, ejecución o fonograma protegido,

o para proteger cualquier derecho de autor o derecho conexo. Esta medida protege contra el uso no autorizado y no puede ser eludida accidentalmente (Congreso de la República, 2018, art. 12).

Un ejemplo práctico es el caso de un autor que crea un software como un Videojuego. En este caso, la Ley 1915 permite que el autor tenga el control del acceso al software y establezca medidas tecnológicas efectivas para evitar que otros lo copien o lo usen sin su autorización. De esta manera, el autor puede proteger de manera efectiva los derechos sobre su creación, lo que le brinda una mayor seguridad y control sobre su obra.

Según lo dicho, en este caso el sujeto activo es indeterminado, esto es, es cualquier persona que realice la conducta. En los numerales 1 y 3 el delito se configura, siempre que el o los titulares de los derechos hubieren adoptado las medidas tecnológicas necesarias a efectos de restringir el uso no autorizado de sus creaciones y el infractor las haya vulnerado; y en los numerales 2 y 4, se configura cuando se altere la información que sirve como fundamento para obtener los beneficios provenientes de la utilización de las creaciones (Olarte y Rojas, 2010).

Luego de estudiar estas normas, es posible decir que las prerrogativas penales otorgadas a los titulares de los derechos de autor tienen como fin lograr un efecto preventivo. En otras palabras, buscan evitar que sean vulnerados los derechos de autor, advirtiendo sobre las posibles penas en las que se puede incurrir en caso de la violación de alguno de estos, morales o patrimoniales, además de proveer las herramientas jurídicas a los autores para que reclamen sus derechos en caso de considerar que han sido vulnerados. Sin embargo, es necesario recordar que algunos de los tipos penales descritos en los artículos mencionados exigen el elemento de ánimo de lucro, y deberá aplicarse siempre el principio de lesividad.

Por último, Álvarez et al. (2013) quienes hacen un análisis detallado de estas normas, concluyen que:

El casuismo que se encuentra en las disposiciones analizadas, así como la dificultad de hacer una distinción tajante y definitiva en relación con la violación de

los derechos morales y patrimoniales de autor, podría hacer aconsejable la unificación en un solo artículo de las conductas lesivas para ambos derechos (Álvarez, 2013, p. 115).

De todo anterior, es posible destacar que, el contenido de las tres normas apunta a proteger los derechos que tienen los titulares de los derechos de autor, tanto en su esfera moral como en la patrimonial. De igual modo, es importante resaltar que en el documento CONPES 4062 de 2021, se han identificado diversas causas delictivas que atentan contra los derechos de autor tanto morales como patrimoniales. Como parte de la misión del CONPES, se realizó un diagnóstico que permitió verificar no solo vacíos en la legislación sino también en funcionarios, como fiscales y jueces, y en instituciones que deben brindar seguridad y apoyo, por ejemplo, la Fiscalía General de la Nación. Es así, que, en su propuesta, que se expande en un marco de acción hasta 2031, se busca fortalecer y capacitar a los funcionarios públicos encargados de la seguridad y ejecutar las leyes que amparan los derechos de autor, delitos a veces no muy visibles, pero que están ahí.

3.3. Prerrogativas en Derecho Administrativo

Existen diferentes formas de entender el derecho administrativo, una de ellas, es como la ciencia del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta. Por otro lado, cuando se habla de derecho público se entiende que implica todo lo relacionado con las funciones del estado, tanto las funciones legislativas, como las judiciales, y las administrativas propiamente dichas. En este caso nos ocuparemos de las prerrogativas que tienen los titulares de los derechos de autor frente a las funciones administrativas propiamente dichas del Estado, es decir, la forma como se debe registrar un videojuego y los efectos de tal registro.

En primer lugar, encontramos el Decreto 1066 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, que confirmó en cabeza de la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) y en ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y control, los asuntos relacionados con inscripción de soporte lógico (software); el registro nacional del derecho de autor y la

gestión colectiva del derecho de autor; por lo tanto, es necesario conocer la posición que tiene la DNDA sobre la forma en que se deben proteger los videojuegos. Dicha entidad, en su concepto 2-2021-18529, considera a los videojuegos como obras complejas, e indica que, a pesar de que sus diferentes componentes artísticos y literarios pueden ser protegidos de manera separada, la forma en que se registra el videojuego como un “todo” es a través de la inscripción de soporte lógico (software), la cual se ciñe a lo dispuesto por la Decisión Andina 351 de 1993, específicamente en su artículo 23, donde indica que el software debe protegerse en los mismos términos de las obras literarias.

Lo anterior no implica que los autores de las obras que componen al videojuego queden desprotegidos, pues, estos mantienen los derechos que les correspondan sobre sus obras, siempre que no hayan cedido o transferido sus derechos patrimoniales sobre estas. Su protección se logra de forma individual, dependiendo de las particularidades de la obra, y de su relación con el videojuego. Por ejemplo, el autor de una ilustración contenida en un videojuego debería previamente surtir el proceso de registro frente a la DNDA, para lograr la acreditación de su autoría, y posteriormente negociar sus derechos patrimoniales frente a quien correspondan los derechos de autor sobre el videojuego que ha de contener dicha ilustración, aunque el Registro Nacional de Derechos de Autor no implica una limitación para el autor en la negociación de los derechos sobre sus obras, pues dicho registro tiene fines específicos de publicidad y seguridad jurídica, según se consigna de manera expresa en el artículo 193 de la Ley 23 de 1982 de modo que si cede la totalidad de los derechos patrimoniales sobre su obra debe hacer constar esa cesión en el registro, para que esa cesión sea oponible a terceros. Por otro lado, quien registre un videojuego debería adquirir previamente los derechos de las obras contenidas en este, por cualquier medio que la Ley se lo permita, para evitar inconvenientes futuros.

Además, es necesario reiterar que las prerrogativas que otorga el derecho administrativo a los autores son, la obtención del medio probatorio idóneo y la oponibilidad frente a terceros mediante el registro de la obra, y que, ambas prerrogativas tienen como fin lograr el reconocimiento y facilitar la retribución como recompensa por el aporte a la sociedad, hecho mediante la creación.

Para finalizar, las prerrogativas otorgadas a los autores, en general, buscan brindar las garantías que permitan incentivar la creación. Es por ello que, las prerrogativas otorgadas a los creadores de videojuegos son de carácter dispositivo. Por ejemplo, en materia civil, el titular del derecho patrimonial de autor tiene la facultad de disponer de este, negociarlo, e incluso renunciar si así lo desea, en otras palabras, el derecho civil provee al autor de las herramientas básicas para entrar en el mercado y poder obtener beneficio económico de sus creaciones. Por su parte, el derecho penal provee al autor para que, por medio de la coerción estatal pueda hacer efectivos sus derechos en caso de considerar que han sido afectados. Por último, el derecho administrativo busca que las demás prerrogativas que se han otorgado a los autores o titulares puedan ser exigibles a través del registro de sus obras, y así, demostrar de manera idónea su derecho frente al resto de personas.

4. Consideraciones Finales

Tras estudiar algunos antecedentes y las características de los videojuegos, es posible considerar que en la actualidad su creación y su éxito en el mercado dependen en gran medida de los aportes intelectuales, lo que implica que existe una estrecha relación entre ambos. A pesar de esto, no existe una regulación de propiedad intelectual que incluya todas las particularidades de la industria de la creación de videojuegos. Esta situación ha sido objeto de análisis por parte de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI), la cual ha estudiado la concepción que se tiene sobre la protección jurídica de los videojuegos en diferentes países y ha concluido que existen diferentes formas de protegerlos. A pesar de que los intervinientes en dicha industria no están desamparados, es necesario discutir e implementar leyes que se ajusten a la complejidad de este tipo de obras.

A propósito de esto, en Colombia se encuentran en vigencia normas en materia civil, penal y administrativa que integran el sistema de propiedad intelectual y que otorgan a los autores o titulares algunas herramientas para que puedan proteger sus obras. Pues en materia civil, el legislador ha equiparado al titular de los derechos de autor con el titular de los derechos de propiedad, en este sentido, los derechos patrimoniales que

tiene el autor o titular se equiparan al del uso, goce y disposición contenidos en el Código Civil. Mientras tanto, en materia penal existen normas específicas que permiten a los titulares de los derechos denunciar los actos que consideren violatorios de estos, con el fin de ser resarcidos, no solo los derechos patrimoniales sino también los derechos morales.

Por último, el Estado colombiano, en función de sus facultades administrativas, radica en cabeza de la Dirección Nacional de Derechos de Autor la función de llevar el registro nacional de derechos de autor, así como en el CONPES 3533 de 2008, con el fin de que los autores tengan prueba idónea en caso de requerir oponibilidad frente a terceros. De igual modo, la actualización del CONPES 4062 de 2021, aunque no especifique los videojuegos dentro de la normativa nacional, busca generar el aprovechamiento de herramientas para incentivar la creación, innovación y transferencia de conocimientos, como la producción intelectual.

Se evidencia entonces que, a pesar de que en Colombia los videojuegos no cuentan con regulación específica en materia de derechos de autor, al igual que el resto de los países estudiados, el sistema de propiedad intelectual desarrollado en la normatividad vigente ampara a los creadores de las obras que convergen en la creación de los videojuegos, razón por la cual, se puede afirmar que los creadores de videojuegos no se encuentran desprotegidos en el sistema jurídico colombiano. Sin embargo, vale la pena estudiar la complejidad que existe en esta industria, tomando en cuenta la cantidad de personas que intervienen en el proceso de creación, comercialización y consumo, además de las nuevas modalidades de creación, y de entender el poco desarrollo normativo que se tiene al respecto, para que se puedan promover normas que permitan armonía con la realidad de la industria de los videojuegos.

Referencias

- Álvarez A, J. C., Ceballos Bedoya, M. A., & Muños Sierra, Á. M. (2013). De los delitos contra los derechos de autor en el Código Penal colombiano. *Nuevo Foro Penal*, 9(81), 93-115. doi: <https://doi.org/10.17230/nfp.9.81.3>
- AMEXVID., (08, abril, 2019). ¿Qué hace un programador de videojuegos? Obtenido de Asociación Mexicana de Videojuegos: <https://cutt.ly/pD9nqCV>
- Acosta, C. (04, agosto, 2021). Estos son los conceptos sobre los derechos de autor en la creación de un videojuego. Obtenido de Asuntos: legales: <https://rb.gy/adun1m>
- Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derecho Humanos, adoptada en la resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- Baena, M. (2000). *De las Obligaciones en Derecho Civil y Comercial*. Bogotá, Colombia: Legis Editores.
- Bernal, D. y Conde, C. 2017. Los derechos morales de autor como derechos fundamentales en Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 24 (dic. 2017), 53–66. <https://doi.org/10.18601/16571959.n24.03> .
- Cano, I. (2013 de Julio de 14). *Nintendo NES, La consola que salvó a los videojuegos de la desaparición*. Obtenido de ABC España: <https://bit.ly/3iWRmm8>
- Carabaña, C. (26 de diciembre de 2019). *Un cuarto de siglo de PlayStation: las claves de su éxito*. Obtenido de GQ España: <https://shortest.link/2Rb0>
- Concepto 2-2021-18529 (Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) 2021)
- Congreso de la República de Colombia. (1873). Código Civil Colombiano, Artículo 671 de la Ley 84 de 1873. Obtenido de <https://shortest.link/2QQf>
- Congreso de la República (1982). Ley 23 de 1982 Sobre los Derechos de Autor. Obtenido de <https://shortest.link/2Rwq>

Normatividad vigente en Colombia para la protección de los derechos de autor en la creación de videojuegos

Congreso de la República de Colombia (1994). Ley 178 de 1994, Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial" D.O. No. 41.656. Obtenido de <https://shortest.link/2Z3N>

Congreso de la República de Colombia (2000). Código Penal Colombiano Ley 599. Obtenido de <https://shortest.link/2QTS>

Congreso de la República de Colombia de 12 de julio de 2018. Ley 1915 de 2018. Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derechos de autor u derechos conexos Obtenido de <https://shortest.link/2QUs>

Consejo Nacional de Política Económica y social (2008). CONPES 3533 de 14 de julio de 2008. Bases de un plan de acción para la adecuación del sistema de propiedad intelectual a la competitividad y productividad nacional 2008-2010. Bogotá D.C. Obtenido de:

Comisión de la Comunidad Andina. (2000). Decisión 486 de 14 de septiembre de 2000, Régimen Común sobre Propiedad Industria. Obtenido de <https://shortest.link/2RfY>

Comisión del acuerdo de Cartagena (1993). Decisión Andina 351, Regimen común sobre derecho de autor y derechos conexos Obtenido de <https://shortest.link/2ReW>

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C-276 (Corte Constitucional, Sala Plena (Julio César Ortiz Gutiérrez M.P.) 20 de junio de 1996). Obtenido de <https://shortest.link/2Z3u>

Corte Constitucional de Colombia de 15 de marzo de 2006. Sentencia, C-189. Sala Plena. (Rodrigo Escobar Gil M.P). Obtenido de <https://shortest.link/2QQI>

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia, C-133. Sala Plena (Jaime Araujo Rentería M.P). Obtenido de <https://shortest.link/2YET>

Corte Constitucional de Colombia. (2015) Sentencia, C-035-15 (Corte constitucional, Sala plena (María Victoria Calle M.P.) 28 de enero de 2015). Obtenido de <https://shortest.link/2Z3h>

- Dondé, E. (20 de agosto de 2020). Como obtener trabajo de artista en videojuegos. Obtenido de Industria Animación: <https://rb.gy/ucihjw>
- El País. (2022, febrero 16). La historia de los videojuegos. Tecnología. <https://elpais.com/tecnologia/2022-02-16/la-historia-de-los-videojuegos.html>
- EcuRed contributors. (3 de septiembre de 2019). *Sega Genesis*. Obtenido de EcuRed: <https://shortest.link/2RaU>
- Eugia Gomez, J. L., Contreras Espinosa, R. S., & Solano Albajes, L. (28 de marzo de 2013). Videojuegos: conceptos, historia y su potencial como herramientas para la educación. (S. Área de innovación y Desarrollo, Ed.) *3 ciencias*, 2-14. Obtenido de <https://shortest.link/2Z6t>
- Facultat d'Informàtica de Barcelona. (s.f). *Historia de los videojuegos*. Obtenido de Retro informatica: <https://shortest.link/2R9y>
- García, E. (22 de diciembre de 2016). Derechos de autor de las obras reproducidas y publicadas en línea por los motores de búsqueda. *Revista La Propiedad Inmaterial.*, 33-56. doi: <https://doi.org/10.18601/16571959.n22.03>.
- García, A. (19 de octubre de 2019). *Videojuegos: una industria de 135.000 millones*. Obtenido de Magazine digital: <https://shortest.link/2RdH>
- Granada, P. L. B., López, C. A. O., Meléndez, W. L. P., & Cárdenas, D. A. V. (2020). Marco regulatorio del derecho de autor en Colombia. Alianza Editorial. <https://doi.org/10.16925/9789587602487>
- Lara, R. (2016). Los videojuegos deportivos y los e-sports: Los juegos competitivos del siglo XXI. *Hobby Consolas*, 313, 70-75. Recuperado de <https://www.hobbyconsolas.com/reportajes/videojuegos-deportivos-e-sports-juegos-competitivos-siglo-xxi-76334>
- Hernández, A. (2018, marzo 3). La historia de las consolas de videojuegos. Xataka. <https://www.xataka.com/videojuegos/historia-consolas-videojuegos>

- Kent, S. L. (2001). *The ultimate history of video games: From Pong to Pokemon and beyond--the story behind the craze that touched our lives and changed the world*. Three Rivers Press.
- Lara, R. (2016). Los videojuegos deportivos y los e-sports: Los juegos competitivos del siglo XXI. *Hobby Consolas*, 313, 70-75. Recuperado de <https://www.hobbyconsolas.com/reportajes/videojuegos-deportivos-e-sports-juegos-competitivos-siglo-xxi-76334>
- Llansó García, D. (2014). *Metodología ontológica para el desarrollo de videojuego*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Informatica, Madrid. Obtenido de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/25323/>
- López Barinaga, B. (2010). *Juego: Historia, Teoría y Práctica del Diseño Conceptual de Videojuegos*. Madrid: Alesia Games & Studies. Obtenido de Danielparente: <https://shortest.link/2RyR>
- López, C. (2013). El videojuego como práctica discursiva contemporánea. Pokémon y la naturalización de la realidad social neoliberal. Tesis doctoral. Barcelona, Departamento de Psicología Social, Universitat Autònoma de Barcelona. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10803/130793>
- Ministerio del Interior 26 de mayo de 2015. Decreto 1066 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior. Obtenido de <https://shortest.link/2QXm>
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal* (2 ed.). (J. C. Faira, Ed.) Montevideo-Buenos Aires: BdeF. Obtenido de <https://shortest.link/2QTj>
- Naur, P., & Randell, B. (1969). *Software engineering [Ingeniería de software]*. Informe sobre una conferencia, Nato Science Committee, Garmisch, Alemania. Obtenido de <https://shortest.link/2Z7F>

Newzoo. (enero de 2021). *Global esports revenue forecast.*[Pronóstico global de ingresos de deportes electrónicos]. Obtenido de Key Numbers: <https://newzoo.com/key-numbers/>

Olarte Collazos, J. M., & Rojas Chavarro, M. A. (2010). *La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito penal.* Para la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA). Obtenido de <https://shortest.link/2Rw3>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s. f.). ¿Qué son los derechos de propiedad intelectual? Recuperado de <https://www.wipo.int/about-ip/es>

Padilla, J., & Florez, G. (2014). *Unidad III, El Software y su protección en el derecho de autor. En: Curso Software texto guía. Dirección Nacional de Derecho de Autor.*

Política nacional de propiedad intelectual 29 de noviembre de 2021. CONPES 4062. Bogotá D.C

Proceso 29188 30 de abril de 2008 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (José Leonidas Bustos Martínez M.P) 30 de abril de 2008). Obtenido de <https://shortest.link/2QVD>

Puerta Vilchez, M. A. (2017). *Derechos Conexos al Derecho de Autor.* Ediciones Laborum, S.A.

Ramírez Tello, A. M. (2018). Contexto Comercial de los Contratos de Licencia. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, (6), 149-173. Obtenido de <https://shortest.link/2YGs>

Ramos Gil de la Haza, A. (agosto de 2014). Videojuegos: ¿programas informáticos u obras creativas? *Revista de la OMPI.* Obtenido de <https://shortest.link/2RhA>

Ramos, A., López, L., Rodríguez, A., Meng, T., & Abrams, S. (2013). *The Legal Status of Video Games : Comparative Analysis in National Approaches.* Geneva, Suiza: Organización Mundial para la Protección de la Propiedad Intelectual [OMPI]. doi: 10.34667/tind.28964

Rubio Munárriz, R. (2018). *La historia de los videojuegos.* Editorial UOC.

Rubio, J. (17 de marzo de 2018). *Grandes juegos realizados por una sola persona.*

Obtenido de Vandal: <https://shortest.link/2Z6U>

Sánchez, C. (2021). Los esports ya mueven 1.000 millones de dólares en todo el mundo y no paran de crecer. Xataka. Recuperado de

<https://www.xataka.com/videojuegos/esports-mueven-1-000-millones-dolares-todo-mundo-no-paran-crecer>

Sánchez-Urzáiz, M. (2014). La protección de los videojuegos en el derecho de autor: una visión comparativa. *Revista de Propiedad Intelectual*, (20), 43-62.

Sarmiento Paez, C. D. (11 de septiembre de 2016). *Departamento de Propiedad Intelectual.* Obtenido de Universidad Externado de Colombia:

<https://bit.ly/3qeDC7Z>

U.S. Department of Energy. (2008 de Octubre de 2008). *The First Video Game? [El primer Videojuego?]*. Obtenido de Brookhaven National Laboratory:

<https://shortest.link/2Rv->

Vega Jaramillo, A. (2003). Manual de derecho de autor. *Alcaldía Mayor de Bogotá, Regional Center for Book Promotion in Latin America and the Caribbean y Dirección Nacional de Derecho de Autor.* Bogota, Colombia: Instituto Distrital de Cultura y Turismo. Obtenido de <https://n9.cl/81p8j>