



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE
VENEZUELA UNIVERSIDAD MONTEÁVILA
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



**ESPECIALIZACIÓN EN PROPIEDAD
INTELECTUAL**

El Game Streaming ¿Infracción o Excepción al Derecho de Autor? Análisis desde la perspectiva de la legislación venezolana y la doctrina legal del Fair Use

Presentado por:

Delgado Rivas, Fernando Javier, CI V-20.653.905

Asesorado por:

Rafael Fariñas

Caracas, febrero de 2022

CARTA DE CONFIRMACIÓN DEL ASESOR

Quien suscribe, **Jose Rafael Fariñas**, C.I. N° **V-8.434.065**, **APRUEBO EL TRABAJO ESPECIAL DE GRADO** presentado por el estudiante **Fernando Javier Delgado Rivas**, C.I. N° **V-20.653.905**, cursante de la **Especialización en Propiedad Intelectual (EPROI)**, en la realización del Trabajo Especial de Grado titulado **“El Game Streaming ¿Infracción o Excepción al Derecho de Autor? Análisis desde la perspectiva de la legislación venezolana y la doctrina legal del Fair Use”**, al cual me comprometí en orientar desde el punto de vista técnico y en reciprocidad el estudiante siguió los lineamientos y sugerencias que se le realizaron, de acuerdo con los requisitos exigidos por el Reglamento de Postgrado de la Universidad Monteávila.



Firma del Asesor

DATOS DEL ASESOR:

Nombre: José Rafael Fariñas Díaz

Cédula: 8.434.065

Teléfono: +56958001523

E- mail: rfarinas@profesor.uma.edu.ve



REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



ESPECIALIZACIÓN EN PROPIEDAD INTELECTUAL

El Game Streaming ¿Infracción o Excepción al Derecho de Autor? Análisis desde la perspectiva de la legislación venezolana y la doctrina legal del Fair Use

Autor: Delgado Rivas Fernando Javier
Asesor: Rafael Fariñas
Año: 2022

RESUMEN

El Trabajo Especial que se leerá de seguidas versa sobre el análisis de la figura conocida como el “Game Streaming”, creación esta que se encuentra en las plataformas o aplicaciones de videos en internet, y que consiste en la utilización de grabaciones o transmisiones en vivo de videojuegos, hechas por los usuarios de esos canales digitales. Dicho análisis se pretende realizar con base o bajo la perspectiva de las limitaciones o excepciones del derecho de autor establecidas tanto por la legislación en la materia en Venezuela, como también con base a lo que dispone la doctrina legal anglosajona conocida como el “Fair Use”. El propósito es dar algunas luces o formular algunas propuestas acerca de la diatriba de si la figura objeto del trabajo comporta una infracción o un uso justo de obras protegidas por el derecho de autor, que en este caso serían aquellas contenidas en los videojuegos. El análisis propuesto estima delimitarse principalmente a dos jurisdicciones, Venezuela y los Estados Unidos de América, dentro de un periodo determinado (2010-2020), y tomando como referente algún caso práctico de cierta importancia, en el cual se haya visto involucrado un conflicto entre alguno de lo más notorios

creadores de este tipo de contenido, y las compañías productoras o titulares de derechos sobre videojuegos. Como resultado final, se estima la producción de unas recomendaciones o pautas, propuestas para los autores o creadores de este tipo de contenido a fin de evitar posibles infracciones y al mismo tiempo procurar un uso permitido, en la medida de lo posible y adecuándose con la doctrina legal correspondiente.

ABSTRACT

The work that can be read as follows, centers upon the analysis of whether the phenomenon known as “Game Streaming”, which can be found on internet video platforms or streaming applications and consist in the use of recording or live broadcasting or streaming of videogames being played by the uses of those platforms or applications. Said analysis pretends to be based or sustained upon the perspectives of the limitations and exceptions to author’s law provided by the Venezuelan legislation, as well as with the common law originated legal doctrine known as “Fair Use”. The purpose is to contribute on some guidance and proposals upon the controversy on whether this activity represents an infraction or rather a fair use of copyrighted work, specifically on this case videogames. The proposed analysis shall comprehend mainly two jurisdictions, Venezuela and the United States of America, within a certain period of time (2010-2020), and taking as a reference some case study of certain importance, in which a conflict between some of the most notorious content creators of this activity and videogame companies owners of copyright for those works, has occurred. As a result, we estimate to produce recommendations and guidelines proposed and aimed to the creators of Game Streaming, with the purpose of avoiding as much as possible infractions and at the same time to promote a legally allowed use, to the extent possible and appropriate with the legal doctrine thereof.

Línea de Trabajo: Derecho de autor

Palabras clave: Game Streaming, Fair Use, Videojuegos, limitaciones y excepciones al Derecho de Autor, Infracción, Obra, aplicaciones de videos o *streaming* en línea.

Agradecimientos

Los agradecimientos en este trabajo van dirigidos en primer lugar a mi familia, por el apoyo y acompañamiento constante en todos mis emprendimientos. También dirijo mi agradecimiento a su asesor, el Profesor Rafael Fariñas por su también constante apoyo y acompañamiento y excelente asesoría durante este proyecto, y a la Universidad Monteávila por brindarnos la oportunidad a los cursantes de esta novísima Especialización.

Agradezco también a la firma Lega Abogados en donde laboro, por su apoyo y orientación con el emprendimiento de estos estudios. Y finalmente a todos los compañeros y profesores conocidos durante este tiempo, que me dejan muchas enseñanzas y buenas experiencias.

Índice de contenido

Introducción.....	1
Capítulo I: El Problema.....	8
1. Planteamiento del problema.....	8
2. Objetivos.....	13
3. Justificación e importancia.....	14
4. Alcance y delimitación.....	15
Capítulo II. Marco Teórico.....	17
1.El videojuego como obra protegida por el derecho de autor.....	17
2. Relación entre las productoras de videojuegos, usuarios finales y plataformas de streaming, en el marco del derecho de autor y el copyright.....	25
3. Noción o conceptualización del <i>streaming</i>	33
4. Las excepciones y limitaciones en el derecho de autor, y el fair use en el copyright anglosajón.....	46
5. El régimen de responsabilidad de las plataformas o aplicaciones en donde se realiza el streaming, y para con los usuarios finales.....	57
Capitulo III: Marco Metodológico.....	62
1. Descripción del Marco Metodológico.....	62
2. Instrumentos y herramientas de investigación utilizados.....	65
Capítulo IV: Resultados.....	68
1.Entrevistas.....	68
2. Resultados de la matriz de investigación.....	81
3. Estudio caso particular del YouTuber “Pew Die Pie”.....	89
4. Otros casos observados.....	91
Capítulo V Esquema de la Propuesta.....	97
Capítulo VI Conclusiones.....	99
Capítulo VII Desarrollo de la Propuesta.....	109

1. Introducción.....	109
2. Objetivo.....	110
3. Reflexiones sobre la figura del Game Streaming en el ámbito de las excepciones al Derecho de Autor en Venezuela.....	111
4. Breve referencia al marco legal vigente y al derecho comparado estudiado en el Trabajo de Grado (fair use): Recomendaciones generales.....	113
5. Pautas concretas y propuestas para hacer streaming en concierto con los derechos de propiedad intelectual.....	115
Bibliografía.....	118

Introducción

En lo que a estudios sobre derecho de autor se refiere, uno de los puntos más controversiales y debatidos es aquél de las limitaciones y excepciones a este derecho. Y ello no sorprende en absoluto, pues se trata de nada más y nada menos que de discutir sobre aquellos supuestos de hechos que en primer lugar aparecen como completamente cubiertos por lo que la teoría general del derecho de autor considera como una obra protegida, con todo lo que eso implica, pero que por razones tal vez ajenas a los conceptos de propiedad intelectual -tales como la libertad de expresión, el interés general, la cultura e incluso el orden público- quedan exceptuados algunos de ellos, de que se les apliquen las disposiciones de derecho de autor, o que al menos se establezca un límite de su alcance.

Así pues, cada una de las legislaciones nacionales, y los tratados internacionales en particular, han venido desde siempre estableciendo ciertas limitaciones y excepciones a los derechos de autor. La mayoría de las veces se alegan razones que se apartan por completo del interés de lucro detrás de esos usos exceptuados o fuera del límite del derecho de autor.

Esto último se sustenta más que todo en la idea principal de que uno de los fines más perseguidos por la legislación de esta índole, es garantizar o no perturbar el provecho normal económico o patrimonial de los autores sobre sus obras, así como cualquier interés legítimo que sobre aquellas recaiga.

En algunos casos puede que un uso no autorizado -pero que no implique un lucro o perturbación de ese disfrute por parte del autor- esté dentro del supuesto de hecho legal o ámbito de las excepciones. No obstante, **estas excepciones deben ser siempre excepcionales** y bien definidas por la Ley, y no solamente debe tratarse de supuestos en los que el uso no autorizado no persiga un fin de lucro, sino que de ninguna otra manera violenten o perjudiquen los derechos exclusivos de esos autores o también titulares de derechos, según sea el caso. Todo lo anterior, como expresión de la regulación general que se ha seguido con base a la denominada regla de

los tres pasos que estableció originalmente el Convenio de Berna para las limitaciones y excepciones del derecho de autor¹; que posteriormente fue reiterada y establecida mutatis mutandis ampliando su cobertura y siendo mejor desarrollada por los denominados Acuerdos Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio², e igualmente por el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC) de 1996³.

En ese sentido, una de las motivaciones para el permitir legalmente excepciones o limitaciones al derecho de autor, es que el uso sin licencia o no autorizado de la obra no impida el normal desempeño o provecho económico del que pueda disfrutar el sujeto titular de esos derechos, independientemente de si el uso no permitido -en principio- sea con fines de lucro o no. Claro está, adicionalmente existen otras razones -que igualmente deben cumplir siempre con el criterio de ser especiales, específicas y sustentadas en Ley- que miran más hacia el interés

¹ Criterio establecido con base al artículo 9.2 de dicho Convenio que reza así: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.” Convenio de Berna para Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

² Artículo 13: Limitaciones y excepciones: Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

³ Artículo 10 Limitaciones y excepciones

1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

En el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), también encontramos disposición que soporta esta misma regla en su artículo 16, que reza así: Artículo 16:

Limitaciones y excepciones: 1) Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas. 2) Las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la interpretación o ejecución o del fonograma ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante o del productor de fonogramas.

general que persiga cada legislación local, y que generalmente tienden a enfocarse en motivaciones de índole académicas, culturales o de libertad de expresión e incluso informativas⁴.

Pero con el albor de la era digital, se nos han presentado nuevas formas de acceder e interactuar con muchísimas obras protegidas por derechos de autor, de una significación o alcance que ninguna norma se hubiese podido haber imaginado antes; o puede que más bien se trate de supuestos de hecho que sean de una más difícil interpretación con base a las normas ya existentes.

Una de esas formas es el denominado “streaming” que hace referencia **a la transmisión en vivo o no, en forma continua de cualquier tipo de contenido audiovisual**, a través de la internet; muy diferente a la otra modalidad con la que cuentan los internautas de descargar un contenido, fijarlo en sus computadoras u ordenadores, y luego reproducirlos sin necesidad de contar con una conexión a la internet. Clásicos ejemplos son los de las plataformas como Netflix y Amazon Prime Video, entre otras.

A través o a partir del *streaming* como concepto base, se ha presentado con mucha frecuencia durante la última década, el fenómeno derivado de esta tecnología en tanto forma de transmisión digital o electrónica de contenido audiovisual que hoy en día se ha denominado “Game Streaming” o “Videogame Streaming”, que en pocas palabras se trata de la transmisión vía internet en forma continua de jugadores o “gamers” jugando videojuegos, ya sea en forma de

⁴ Según parte de la doctrina, este grupo de razones o supuestos puedan entrar dentro de lo que se conoce como “utilizaciones permitidas”... “o excepciones a la protección, ya que hace posible la aplicación de una eximente en los casos en los que pudiera derivarse responsabilidad jurídica”, frente a lo que por otra parte se conoce como limitaciones al derecho de autor “...en cuanto no se requiere protección para la naturaleza específica del objeto en cuestión”, como por ejemplo establece el mismo Convenio de Berna para con los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial en su artículo 2.4. Sam Ricketson *Estudios sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital* Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2003). p.p. 3-4.

competencia con otros jugadores, o simplemente ellos mostrando su experiencia personal y comentando acerca de esta al mismo tiempo.

El caso es que esta actividad no solo se ha acrecentado en los últimos tiempos, sino que también ha alcanzado una importancia económica nada despreciable⁵, y muy susceptible de llamar la atención de un actor muy importante en este contexto, los titulares de derechos de autor sobre los videojuegos, que generalmente recae -al menos en su aspecto más patrimonial- sobre los llamados productores o editores, o distribuidores de videojuegos⁶.

Los derechos de autor sobre videojuegos es otro asunto que viene tratando la doctrina, legislación y jurisprudencia en muchísimas jurisdicciones, sobre todo en aquellas donde la industria de los videojuegos ha alcanzado mayor relevancia como en los Estados Unidos de América y Japón⁷. Más allá de los debates y distintos puntos de vista que se tienen sobre el asunto, no hay duda de que los videojuegos comprenden o al menos contienen creaciones intelectuales susceptibles de protección por su originalidad, bien sea como un programa de computadora, o como una obra audiovisual compleja e incluso hasta literaria⁸.

⁵ De acuerdo con lo reportado por la firma Juniper Research, esta estimó que la industria del *Game Streaming* pueda alcanzar un tamaño equivalente hasta la cifra de 2.1 billones de dólares de los Estados Unidos de América para 2021. <https://www.gamesindustry.biz/articles/2021-03-08-global-esports-game-streaming-markets-to-reach-usd3-5b-by-2025-juniper>

⁶ La gran mayoría de las veces se trata de las empresas, que luego del proceso creativo que significa el nacimiento de un título de videojuego, obtienen -sino la totalidad- la mayor parte de los derechos de propiedad intelectual sobre el videojuego. Véase al respecto: David Greenspan: *Mastering the Game Business and Legal Issues for Video Game Developers. Creative Industries* – No. 8 WIPO (World Intellectual Property Organization). (2013). “Capítulo 2 Lidando con los Distribuidores de Videojuegos” (Traducción propia).

⁷ Tanto es así, que Andy Ramos, Laura López, Anxo Rodríguez, Tim Meng y Stan Abrams afirman lo siguiente: “Los Estados Unidos de América poseen la más grande industria de videojuegos en el mundo, lo cual se refleja en el número de casos judiciales relacionados con este tipo particular de obra” (Traducción propia). Andy Ramos, Laura López, Anxo Rodríguez, Tim Meng y Stan Abrams para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches* (2013). P. 89. Y en cuanto al Japón, se dice que “...fue uno de los primeros mercados del “gaming” y es actualmente el tercero más grande, después de China y los Estados Unidos.” <https://allcorrectgames.com/insights/mobile-game-market-index/japan/>

⁸ Al respecto véase las diferentes aproximaciones que se dan en distintas jurisdicciones, aunque todas confluyen en la posibilidad de que el videojuego contenga obras protegidas por derecho de autor o copyright. Andy Ramos, Laura López, Anxo Rodríguez, Tim Meng y Stan Abrams *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches* ...Ob. Cit.

Es en este punto donde surge el problema del que nos ocuparemos a lo largo del trabajo. ¿Qué exactamente comprende este uso que hacen los llamados *streamers* sobre los videojuegos, y que además implica no pocas veces un provecho económico? Si tomamos como premisa el que el uso por parte de un tercero de obras protegidas por el derecho de autor con fines lucrativos -más allá del puro entretenimiento en tanto provecho para el usuario final- puede marcar una línea separadora entre las excepciones al derecho de autor y aquellos casos que no lo serían, a primera vista pareciera que se trataría de un uso derivativo que requeriría la autorización de su titular.

Así, también debe tomarse en cuenta no solo el que se esté sacando un provecho económico del uso de la obra, sino que también debe pensarse en aquellos casos en que aun no habiendo una ganancia directa para el usuario⁹, su actividad tenga un alcance o impacto determinado que pueda afectar igualmente los derechos exclusivos, o en otras palabras afectar el normal mercado de los titulares de derechos en este caso, lo que significaría a todas luces una afectación a sus derechos e intereses exclusivos¹⁰.

Pero al mismo tiempo surge la cuestión de si más bien no estaríamos en presencia de una excepción, o uso permitido sin autorización del titular, tal y como se verá de conformidad con las opiniones de la doctrina, jurisprudencia en derecho comparado, e inclusive con las actitudes

⁹ Que en ese contexto digital o de la internet se conoce generalmente bajo la denominación de “monetizar” o “monetización de contenidos” Como referencia, véase lo que se dice al respecto en el siguiente reportaje: <https://www.fundeu.es/recomendacion/monetizar-un-verbo-que-amplia-su-significado-1542/>

¹⁰ Según una publicación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la diferencia entre derecho de autor y el copyright “se pone de manifiesto (...) en la evolución de estos derechos que se refleja todavía en muchos sistemas de derecho de autor. El término *copyright* se refiere al acto de copiar una obra original que, en lo que respecta a la creaciones literarias y artísticas, sólo puede ser efectuado por el autor o con su autorización. La expresión *derecho de autor* nos remite a la persona creadora de una obra artística, su autor, subrayando así que, como se reconoce en la mayor parte de las legislaciones, el autor goza de derechos específicos sobre sus creaciones que solo él puede ejercer, los cuales se denominan con frecuencia ...” De tal manera que la diferencia parece versar más que todo sobre el enfoque preponderante sobre la obra en un caso (copyright), versus el enfoque preponderante sobre el autor y sus derechos (incluidos unos de categoría moral) propias de las legislaciones en donde impera la expresión derecho de autor. *Principios Básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. 2016. P. 6 Disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf

que se han observado de parte de una de las partes involucradas en este tan novedoso, particular, y millonario dilema¹¹.

Es este el problema que nos planteamos de seguidas, y que nos proponemos resolver no solo para contribuir en el aclaramiento de una actividad que hoy genera dudas e inseguridad sobre todo a los denominados *streamers*, sino que -adicionalmente- dicha resolución muy bien pudiera servir de base para una discusión que consideramos necesaria y pertinente en el contexto del derecho de autor venezolano o del tipo continental en general.

Esta discusión sería aquella de la posibilidad de entender excepciones al derecho de autor, aun en casos o situaciones donde pueda haber un fin de lucro, tal y como se verifica en algunos supuestos mediante la doctrina legal del *Fair Use* en el derecho anglosajón¹². Este análisis será también parte fundamental de los caminos que nos hemos planteado a seguir, para concebir una solución práctica a este problema.

Esta solución que propondríamos, con base a lo que establezca la Ley bajo cada uno de los contextos analizados (derecho continental y doctrina legal del *fair use* bajo el derecho anglosajón) y las opiniones de la doctrina, referencia de la jurisprudencia y casos de referencia que sea analizados, iría encaminada a preparar una especie de recomendaciones, pautas y

¹¹ En efecto, de las fuentes que se han revisado sobre el asunto, no queda duda de que el *videogame streaming* es ya una industria mil millonaria, si bien es cierto que aún no supera a la que le diera origen, la de los videojuegos propiamente hablando; y también parece estar en pocas manos. Véase John Holden and Mike Schuster: "Copyright and Joint Authorship as a disruption of the video game streaming industry", en *Columbia Business Law Review, Copyright and Joint Authorship* Vol. 2020 (2021). Estos autores afirman a manera de introducción que "El videogame streaming en sitios como YouTube y Twitch es ahora una mil millonaria industria. Los grandes personalidades del streaming ganan decenas de millones de dólares anualmente, a medida de que la audiencia de los video game play continua expandiéndose" (Traducción propia) P. 942

¹² Muy a diferencia del enfoque del derecho de autor continental que impera en Venezuela, de donde se puede desprender que la mayoría de las veces un uso con fines comerciales o de lucro, generalmente escapa al campo de las limitaciones o excepciones, con independencia de si ese uso realmente impacta o no en los derechos de explotación patrimonial del legítimo titular. En efecto, de las limitaciones y excepciones que encontramos Ley Sobre Derecho de Autor (en adelante LSDA) venezolana, no parece desprenderse un supuesto en donde exista un inequívoco fin de lucro o comercial, mientras -tal y como lo veremos más adelante- la flexibilidad propia de la doctrina legal del *fair use* sí permite una interpretación y consecuente excepción en ese sentido.

directrices que cumplan con el propósito de aconsejar a estos *streamers*, con el propósito de evitar que incurran en infracciones, y que al mismo tiempo su actividad pueda ser considerada - ante cualquier eventual señalamiento- como un uso justo o permitido.

Estas mismas pautas redundarían también en una sencilla guía o referencia acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores -en especial plataformas de *streaming* y usuarios *streamers*- que igualmente aportaría en el campo de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, en el marco de la comunicación o puesta a disposición de obras audiovisuales complejas (videojuegos) a través de los medios de comunicación digitales encontrados hoy en la internet. Y es que, como veremos en Venezuela, aun estando en una situación precaria en cuanto al acceso a las nuevas tecnologías y el internet, muchos de sus habitantes y usuarios de estas tecnologías no se han ausentado en absoluto a este fenómeno del *streaming*. Reiteramos entonces la utilidad de plantear y entender con precisión la cuestión del *Game Streaming*, para así contar con las herramientas que nos permitan dar algunas luces y propuestas hacia un posible mejor entendimiento de esta figura, de tal manera que esta pueda seguir teniendo cabida en un contexto de seguridad jurídica y protección de los derechos de propiedad intelectual de los actores involucrados.

Capítulo I: El Problema

1. El planteamiento del problema

Desde el momento en que aparecieron las redes sociales, tales como YouTube¹³ que quizás fue la pionera en su tipo, y posteriormente otras como Twitch y hasta Spotify a través de las cuales personas de todo el mundo pudieron compartir fácilmente creaciones audiovisuales propias o de terceros, y estas alcanzaron un nivel de popularidad masivo, cuando anteriormente la mayor parte de la interacción de los usuarios desde el inicio de la internet se limitaba a textos y envío de archivos o data entre personas en específico, y no dispuestas a un público en general por parte de los llamados internautas. Desde ese entonces muchas cuestiones y preguntas han venido surgiendo sobre los usos legales o justos de cierto material, amén de los problemas de regulación de contenidos, y otros clásicos de los medios de comunicación tradicionales.

Lo cierto es que estas plataformas abrieron las puertas para que millones de personas se pudiesen expresar o compartir contenido de forma inmediata ante un público masivo, global y siempre creciente de usuarios indeterminados. Así, se hizo posible que cualquier persona pudiera interpretar una canción, compartir videos y música producida o creada por otras personas, o simplemente dar su opinión sobre cualquier asunto de su agrado (o desagrado), sin la necesidad de contar con el visto bueno o la invitación de algún propietario de un medio de comunicación tradicional.

En virtud de la facilidad de acceso y masificación de estas redes sociales, el control tradicional típico en los medios de comunicación se hizo difícil y hasta inoperante en un principio, aunado a que el impacto económico o en el mercado no era demasiado importante. No obstante, cuando la popularidad de estas redes alcanzó niveles tan altos, que a los mismos usuarios más

¹³ YouTube por ejemplo tuvo su lanzamiento en 2.005, y ya era bastante popular para el año siguiente 2.006. Véase: <https://www.britannica.com/topic/YouTube>

importantes se les comenzó a realizar pagos por su contenido, entró en juego el tema de los derechos patrimoniales sobre las obras protegidas por el derecho de autor, sobre las cuales hacían uso muchos de los usuarios de estas redes sociales.

En ese sentido, apareció la regulación (términos y condiciones) de parte de las mismas compañías propietarias de estas redes sociales, las cuales con base a la legislación principalmente de sus países de origen, comenzaron a normar algunos contenidos protegidos por derecho de autor, en aquellos casos donde se estaba produciendo un beneficio económico (monetización) para el creador de esos contenidos. De esa manera si alguien quería interpretar la canción de un autor, o utilizar música protegida por derecho de autor para un video, y a la vez obtener ganancias por este, debía cumplir con lo establecido en las leyes de copyright o de derecho de autor que apliquen, so pena de sufrir la baja de su contenido o bloqueo en determinados países en donde se pueda verificar una infracción legal.

En este contexto surge una muy novedosa y particular creación de parte de un grupo de usuarios en distintas redes sociales, el llamado *Game Streaming* o *Game Live Streaming*. Esta actividad consiste en usuarios que se graban a sí mismos en vivo mientras juegan videojuegos. Algunas veces añadían comentarios, reacciones u otros agregados, pero manteniendo el objeto principal de ofrecer a su público la experiencia de observar cómo jugaban o hacían uso de uno o varios videojuegos. La actividad de hecho alcanzó una popularidad masiva, convirtiéndose en una de las mayores atracciones de estas redes sociales. A manera de ejemplo, tenemos el caso del "youtuber" "PewDiePie"¹⁴, quien hasta hace poco fue el No. 1 de esa plataforma, y se hizo valer de dicha popularidad principalmente mediante el *Game Streaming*, lo cual a su vez le produjo un muy importante enriquecimiento.

¹⁴ A la fecha el segundo canal más importante de YouTube con más de 100 millones de seguidores: <https://es.wikipedia.org/wiki/PewDiePie>

Pero volviendo al tema del uso de obras protegidas ¿Qué pasa con el uso que se hace de los videojuegos a través del *Game Streaming*? No cabe duda alguna de que los videojuegos son obras o contienen varias obras protegidas por el derecho de autor (música, guion, personajes, programa de computación, entre otros); y bajo el principio de que el autor o titular de la obra posee exclusividad sobre los derechos patrimoniales, bien podría entenderse que solo estos serían capaces de beneficiarse económicamente por la explotación de los videojuegos ¿Debe encuadrarse en este supuesto a los *Game Streaming*? A primera vista pareciera que sí.

El solo hecho de jugar un videojuego, que puede ser como una actividad análoga a leer un libro o escuchar música, en absoluto requiere de la autorización de su titular, inclusive si uno se graba haciéndolo y sube dicha grabación a una de estas redes sociales. Pero pasa que cuando se pretende obtener un beneficio económico de ese uso en particular de esa obra, ello puede equipararse a una explotación no autorizada sobre aquella, tal y cómo lo sería el emitir una canción por la radio o en un sitio público sin la autorización o cesión de derechos de su titular, máxime si al mismo tiempo se comprueba un afán de lucro. Es de destacar que no debemos entender el *Game Streaming* como únicamente una reseña o comentario sobre el videojuego mientras este se juega, o al menos no es lo que parece desprenderse de los comentarios que se han hecho sobre la figura según lo investigado para este trabajo, en cambio el *streamer* comparte su forma muy particular de jugar el videojuego, sus reacciones ante este, y la experiencia única que supuestamente cada uno de ellos puede brindar a su audiencia. En otras palabras, ellos ofrecen no una opinión del videojuego, sino lo que hacen con este.

No obstante, bien es sabido que los derechos de autor no son absolutos, y que en determinadas circunstancias -establecidas por la ley- se puede permitir una excepción o se configuran límites a aquél, que permiten el uso no autorizado sobre una obra de parte de terceros. En los países de derecho continental estos límites se circunscriben generalmente al uso honrado y sin fines de lucro, y el legislador ha buscado siempre que sean interpretados en forma

restrictiva. Así, según el autor patrio Ricardo Antequera Parilli la interpretación restrictiva en este ámbito se justifica en que “Tales principios resultan de primordial importancia para la aplicación de la normativa autoral, pues apreciaciones extensivas a las limitaciones del derecho patrimonial desvirtuarían el propósito de lo reconocido por la ley” (1998, p. 453).

Pero en los países del derecho anglosajón, la doctrina del “Fair Use” (Manal Z. Khalil, 1992) permite una interpretación no tan restrictiva y ajustada a cada caso sobre el uso permitido y sin autorización de obras protegidas por el derecho de autor, incluso cuando dicho uso tenga fines comerciales. Cabe preguntarse entonces si el *Game Streaming* pudiera encuadrarse en este último supuesto, o el de la infracción, que es común tanto al derecho continental como al anglosajón en muchos aspectos.

El caso es que -a la fecha- e inclusive teniendo en cuenta la doctrina legal del *Fair Use*, todavía existe una laguna legal en torno al *Game Streaming*, siendo que no existe un consenso acerca de si es en definitiva una infracción o un uso permitido legal de una obra. Ello se manifiesta además cuando observamos que en principio no pareciera haber un criterio reiterado o claro de parte de algunos actores involucrados. Así, las productoras¹⁵ de videojuegos muchas veces parecen obviar la situación, quizás por causa de un beneficio subyacente; mientras que en algunos casos han decidido hacer valer sus derechos sin ningún tipo de vacilación¹⁶.

Creemos entonces que conviene realizar un estudio investigativo sobre el problema planteado, a los fines de no solamente dar algunas luces con base a las disposiciones legales

¹⁵ Cuando nos referimos a productoras, se trata generalmente de la compañías o corporaciones que poseen los derechos de propiedad intelectual sobre videojuegos, ya sea porque entraron en un acuerdo con alguna empresa o equipo desarrollador en particular mediante el cual estos cedieron esos derechos (de explotación a cambio de regalías o contraprestación de algún tipo), ya sea porque la misma empresa distribuidora o que publica el videojuego, lo desarrolló con sus propios empleados. Véase nuevamente David Greenspan: *Mastering the Game Business and Legal Issues for Video Game Developers...* Ob. Cit. Capítulo 2.

¹⁶ De hecho, a raíz de eventos quizás aislados con la materia de derecho de autor, productoras o propietarias de videojuegos han decidido hacer valer sus derechos en contra de “streamers” muy populares: <https://hipertextual.com/2017/09/pewdiepie-vuelve-suscitar-controversia-hacer-comentario-racista-vivo>

locales y de derecho comparado, sino también de cara a despejar o resolver la incertidumbre que recae principalmente sobre los creadores de este muy novedoso y particular contenido, quienes al día de hoy permanecen a merced de la discreción y voluntad de las productoras de videojuegos o compañías propietarias de redes sociales, sujetos estos que obviamente cuentan con una posición de dominio frente los primeros.

Dicha investigación se circunscribirá a los ámbitos locales (Venezuela) y de los Estados Unidos de América, país este último en donde se origina la doctrina legal del “Fair Use” y tiene su sede la plataforma de *streaming* y publicación de videos más popular del mundo, YouTube. Adicionalmente, nuestra intención es tomar como referente un caso práctico relacionado con los conflictos a los cuales se han visto sometidos algunos de lo más prominentes creadores de este tipo de contenidos, en esa misma plataforma de YouTube.

Así mismo, la intención es también dar un aporte en la forma de proponer una serie de pautas o guías para los streamers, de tal manera que puedan seguir dando continuidad a su actividad, sin que esto signifique una posible infracción a los derechos exclusivos de los autores o titulares de derechos de propiedad intelectual sobre los videojuegos, sino antes bien un uso autorizado, o por lo menos excepcionado, que no afecte los intereses legítimos de aquellos. Todo con el propósito de fomentar una participación conjunta armoniosa con beneficios mutuos para todas las partes en esta cada vez más compleja y muy creativa industria de los videojuegos.

Es propicia la ocasión entonces para adentrarnos en este problema y clarificar una posible solución que ayude a despejar las dudas, tomando como base la legislación que existe sobre la materia y la doctrina local y extranjera.

2. Objetivos

Objetivo general:

Analizar si la actividad conocida como “Game Streaming” o “Game Live Streaming” desarrollada principalmente durante la década de 2010-2020, incurre o no en una infracción al derecho de autor sobre las obras contenidas o representadas en videojuegos, tomando como base la legislación venezolana sobre la materia, y la doctrina legal del derecho anglosajón conocida como el “Fair Use”. Lo anterior, con la finalidad, y dependiendo de las conclusiones alcanzadas en uno y otro sistema, de formular una suerte de guía o serie de pautas a fin de que la actividad en cuestión pueda ser ejercida sin incurrir en infracciones al derecho de autor o al copyright.

Objetivos específicos:

- Analizar tratados internacionales, principios, la legislación local y doctrina sobre la materia, a fin de entender el concepto del videojuego, y establecer bajo qué supuesto encuadraría la figura del *Game Streaming*, de cara al sistema continental de derecho, y otros sistemas de derecho.
- Analizar la teoría del derecho anglosajón conocida como el “Fair Use”, a los fines de conocer la procedencia legal o no del *Game Streaming* como una excepción o límite al derecho de autor, bajo esa doctrina.
- Tomar como referente práctico principal el caso del Youtuber “PewDiePie”, *Game Streamer* que ha presentado conflictos con productoras de videojuegos propietarias de derecho de autor, de entre otros casos prácticos de referencia para el resto de los objetivos planteados; así como el de otros *streamers* en el ámbito venezolano y latinoamericano.
- Formular algunos lineamientos para el establecimiento de recomendaciones y pautas a los *streamers*, a fin de que estos eviten incurrir en infracciones a los derechos de autor o

copyright, con la finalidad de armonizar los derechos de todos los actores involucrados en esta actividad y al mismo tiempo delimitar sus responsabilidades.

3. Justificación e importancia

La principal justificación que observamos en este trabajo de grado es aquella de despejar las dudas que actualmente se presentan acerca de la viabilidad legal o no de la figura del *Game Streaming*. En efecto, del primer acercamiento que hemos tenido acerca del asunto, a la fecha no existe certeza establecida y reiterada acerca de si nos encontramos ante un uso permitido o no (Fair Use), bajo la legislación anglosajona que regula principalmente a las plataformas donde se dispone este tipo de contenido, ni menos aún bajo la legislación en Venezuela.

Con los resultados de ese trabajo se busca entonces dar algunas luces para los creadores de este tipo de contenido, con miras a que cuenten con una certidumbre de hasta qué punto y bajo qué formas pueden estar infringiendo el derecho de autor o no, mediante la publicación o subida de sus creaciones a través de estas plataformas propias del entorno digital de la internet. Al mismo tiempo, pensamos que los resultados de la investigación y análisis propuestos pudieran servir de base para la preparación de una serie de recomendaciones o quizás hasta un documento del estilo manual del cómo emprender o desarrollar este tipo de contenido sin incurrir en infracciones, procurando en cambio acogerse a las doctrinas de uso justo u honrado en donde sea posible o bien en apego general a las licencias y autorizaciones que a tal efecto puedan acordarse.

Todo lo anterior a fin de poder proteger en forma más eficiente los derechos de autor que están en juego con esta figura del *Game* o *Videogame Streaming* en el marco de esta nueva era digital, al tiempo que se aclararía también el nivel de responsabilidad de plataformas o aplicaciones en donde se dispone al público estas actividades, y de los mismos usuarios *streamers* que la suben ahí.

Esto, en el entendido de que hoy en día las distintas creaciones alcanzan y traspasan cualquier frontera (incluida la nuestra), de una manera mucho más rápida y masiva de lo que pudiera haberse pensado hace un par de décadas. Creemos entonces que conviene atender el asunto, estudiarlo, analizarlo, y por tanto pensar en unas posibles soluciones con base a la legislación local e internacional, así como doctrina de otros países, también haciendo referencia *hasta lo que ahora se visto en la práctica*.

4. Alcance y delimitación del problema identificado para el trabajo

Tal y como lo hemos venido señalando a lo largo del proyecto, el problema objeto del trabajo se circunscribirá a revisar lo principalmente sucedido con la figura del *Game Streaming* durante un periodo determinado que va desde el 2010 al 2020, no descartándose que dicho periodo pudiera acortarse aún más en el desarrollo de la investigación.

En cuanto al alcance de jurisdicciones o territorios, este comprenderá a nuestro país y otros de Latinoamérica según la información que logre ser recabada en primer lugar, y a los Estados Unidos de América; país este otro en donde se emplea en forma más frecuente la doctrina legal actual del “Fair Use”, que será parte del marco teórico y objeto de análisis de este trabajo, y donde también tiene su sede la principal aplicación o plataforma de proyección digital del *Game Streaming*, YouTube.

Acerca de los casos prácticos a ser tomados en cuenta, tomaremos alguno relacionado con el más notorio creador de *Game Streaming*, el ya mencionado más arriba *youtuber* “PewDiePie”.

Capítulo II: Marco Teórico

1. El videojuego como obra protegida por el derecho de autor

En la era digital de los últimos años, dos creaciones sirven de fundamento al problema que nos hemos planteado resolver. En primer lugar, tenemos a los videojuegos como obras de carácter creativo que han sido ya reconocidas como generadoras de derechos de autor, con los distintos matices y opciones que encontramos en cada país¹⁷. Y luego -claro está- la figura del *streaming*, y más concretamente del *game streaming* o *videogame streaming*. Hablaremos brevemente primero sobre el concepto de videojuego.

Así pues, una base fundamental para la investigación que nos hemos propuesto, es conocer con detalle la esencia y nociones básicas de lo que significan los videojuegos en la actualidad. En efecto, sin los videojuegos y la industria que los sustenta no existiría la figura objeto de nuestro trabajo; y que al mismo tiempo ha generado el cuestionamiento sobre el cual pretendemos alcanzar una solución. Antes es necesario entonces, tener un acercamiento a la noción o concepto de videojuego, y también del impacto que ha tenido su industria a lo largo de estos últimos cuarenta años o más de historia¹⁸.

De acuerdo con los autores Andy Ramos, Laura López, Anxo Rodríguez, Tim Meng y Stan Abrahams (2013), el videojuego puede ser definido o comprendido como:

(...) complejos trabajos de autoría -que contienen múltiples formas de arte, tales como música, guiones, trama, videos, pintura y personajes- que implican interacción humana a la vez que se está ejecutando el videojuego con un programa de computadora o hardware específico. Por tanto, los videojuegos no son creados como una obra simple individual,

¹⁷ Al respecto véase el trabajo preparado por Andy Ramos, Laura López, Anxo Rodríguez, Tim Meng y Stan Abrams para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches* (2013).

¹⁸ El primer videojuego del que se tenga conocimiento -según varias fuentes- fue creado en el año 1961 por Steven Rusel, y se le llamó *Spacewar*. Andy Ramos, Laura López, Anxo Rodríguez... Ob. Cit. p. 7.

sino que son una amalgama de elementos individuales, cada uno sobre los cuales puede recaer el copyright (por ejemplo, los personajes en determinado videojuego, sus bandas sonoras, configuraciones, partes audiovisuales, etc.) si alcanzan un cierto nivel de originalidad y creatividad” (2013, p. 7).

De la anterior definición, se desprende claramente que no es fácil el encuadramiento del videojuego dentro de una única figura clásica¹⁹ de tipo de obra protegida, sino que más bien parece ser una del tipo complejo o compuesta²⁰. No obstante, dependiendo de la jurisdicción puede que un elemento tenga más prelación sobre otro.²¹

Por su parte, en Venezuela la Ley Sobre el Derecho de Autor (en adelante LSDA) establece el marco de reconocimiento legal de las distintas obras de ingenio que pueden ser concebidas por los autores en nuestro país. Así, dicha Ley reconoce como obras de ingenio - entre otras- a los escritos literarios, las obras audiovisuales, y más recientemente a los programas de computación. Todas y cada una de estas categorías o tipos de obras descritas en la Ley, conforman o pueden llegar a conformar a lo que hoy en día conocemos como un videojuego.

Los videojuegos contienen historias, música, personajes, y por ende expresiones originales dignas de ser protegidas y aprovechables por sus autores y titulares de esos derechos. De conformidad con la misma LSDA, existe un tipo de obra conocida como compuesta (Art. 9), que utiliza una preexistente (que pudiera ser el mismo programa de computación base del

¹⁹ Tales como las literarias, musicales, plásticas, arquitectura, etc.

²⁰ En Venezuela encontramos una definición en el artículo 9 de la LSDA que reza así: Artículo 9.- Se considera obra hecha en colaboración aquella a cuya creación han contribuido varias personas físicas. Se denomina **compuesta** la obra nueva en la cual esté incorporada una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última. (resaltado nuestro). De hecho, la doctrina incluye a Venezuela como una de las legislaciones que ha establecido una definición al respecto, haciendo énfasis sobre todo en el elemento de la obra preexistente y la obra nueva que se genera en consecuencia. Véase Carlos Fernández-Arias Shelly: *Derecho Sustantivo del Autor En las legislaciones de España e Iberoamérica*. Colegios Notariales de España. 2003. p.p. 106-108.

²¹ Andy Ramos, Laura López, Anxo Rodríguez...Ob. Cit.

videojuego, música, historias, guion o personajes, entre otras obras), para formar una nueva. Bajo este último supuesto bien pudiéramos entender o aprehender al videojuego, como una obra muy particular conformada por otras ya existentes. Aunque aún existe debate sobre la naturaleza jurídica real de los videojuegos²², en tanto obras protegidas por el derecho de autor, en el sentido de si deben seguirse entendiendo como meros programas de computación, o si por el contrario deben definitivamente precisarse como una obra compuesta o compleja del tipo audiovisual²³.

Por las razones antes expuestas, algunos ya han denominado a los videojuegos como “obras complejas”²⁴, principalmente debido al hecho antes mencionado de que contienen una variedad de obras concretas y más fácilmente identificables sobre todo en las legislaciones de derecho de autor de muchos países, como lo son la obra audiovisual y los programas de computación antes mencionados.

Otra forma de aproximarse al concepto de videojuego dentro del mundo del Derecho de Autor es mediante la noción de obra en colaboración o colectiva. Según parte de la doctrina se trata de aquellas (en colaboración) en donde “Participan varios autores, personas naturales, en la creación de una obra, corresponsabilizándose en su resultado unitario, lo que les otorga derechos sobre ella” (Carlos Fernández-Arias Shelly, 2003. p.p. 83-84).

Por otra parte, al referirnos específicamente a las obras colectiva el mismo autor Fernández-Arias Shelly nos señala que se da cuando “Un grupo de autores reúnen y crean, como personas físicas y naturales, un conjunto de aportaciones para una obra (...)” (2003. p. 92). En efecto, es perfectamente factible también identificar desarrolladores (autores) como personas

²² Véase las diferencias y distintas percepciones que todavía existen sobre el asunto, dependiendo del país en donde se analice: Andy Ramos, Laura López, Anxo Rodríguez... Ob. Cit.

²³ Las obras cinematográficas son un claro ejemplo de este tipo, ya que gran parte de las veces incluyen o incorporan obras preexistentes, como las literarias (guiones) y musicales.

²⁴ Andy Ramos Gil de la Haza: Videojuegos: ¿programas informáticos u obras creativas? Ubicado en el siguiente enlace:

https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/04/article_0006.html#:~:text=Por%20ejemplo%2C%20si%20bien%20en,proyectados%22%20sino%20que%20han%20sido

físicas individualizables que aportan cada uno a la obra definitiva que resulta en el videojuego, aportes estos que bien podrían ser objeto de una obra independiente aparte (historia, personas, código fuente o programa de computación, música, entre otros).

Este supuesto puede entenderse o apreciarse en aquellos casos en donde se concibe un proyecto entre personas físicas, donde cada una va aportando para el producto final del videojuego, sin que medien cesiones de derechos sobre obras previamente existentes. Por el contrario, en otros casos se da el supuesto en donde una compañía o grupo desarrollador cede determinado programa o código fuente a otra para que esta a su vez la adhiera con otro tipo de obra (historias, personajes, etc.), para luego concebir un videojuego como obra final compleja. La dinámica de sobre quienes o que persona moral recaerán finalmente los derechos patrimoniales de explotación o el copyright sobre el videojuego, dependerá mucho de las negociaciones y contratos a los que arriben estas personas, dentro del contexto particular de la industria que mencionaremos someramente más adelante.

No obstante, e independientemente del debate acerca de la naturaleza jurídica del videojuego como obra protegida por el derecho de autor, resulta muy difícil hoy en día objetar el hecho de que la creación de videojuegos implica sin duda una actividad intelectual propia del ingenio original de una variedad de personas, que sin duda merece la protección legal correspondiente establecida para esos supuestos. Pero adicional a la importancia del videojuego como elemento ineludible del universo creativo y de los derechos de autor, merece la pena también hacer mención del elemento económico representado por su industria²⁵.

Uno de los elementos más importantes en el derecho de autor, es aquél de la importancia económica que siempre implica, y que resalta muchas veces sobre otras disciplinas del derecho.

²⁵ Este es uno de los propósitos fundamentales de la obra de David Greenspan: *Mastering the Game Business and Legal Issues for Video Game...* Ob.Cit.. Véase el capítulo 1, denominado "The Global Structure of the Video Game Industry". p.p. 18-36.

Tanto es así, que es fácil suponer que no pocas veces los grandes intereses económicos, o las tendencias de un momento en particular bien pueden moldear las normas jurídicas que al final sirven de sustento a las leyes y tratados sobre derecho de autor. Quizás podamos afirmar incluso que el impacto del derecho de autor en las economías de los países es siempre de grandes envergaduras, sobre todo en aquellos países en donde las industrias relacionadas a esta disciplina tienen sus sedes principales, o desde donde producen la mayor parte de sus contenidos, obras, entre otras.

Dentro de este contexto ¿Dónde queda la industria de los videojuegos? Quizás resulte sorprendente para algunos -aunque no para nosotros, si tomamos en cuenta lo dicho en los párrafos precedentes- que aquella es ya una industria totalmente consolidada, y con un valor multimillonario con definitivo alcance global. Tanto es así, que incluso mediciones de años recientes han demostrado que los videojuegos superan ya a la industria de la música, siendo únicamente superada por la fílmica²⁶.

Así se desprende de estudios realizados por la propia Organización Mundial de Propiedad Intelectual (David Greenspan, 2013, p. 13) en los cuales además se resalta que a diferencia de la industria fílmica que viene desarrollándose desde finales del siglo XIX, aquella de los videojuegos ha tenido un crecimiento sin parangón en apenas 40 años de existencia. No cabe duda entonces de que los videojuegos ya se ganaron su sitio de inmensa importancia en las economías de los países.

Y es que no podía ser de otra manera, siendo que comprende una actividad creativa totalmente imbricada de nociones de derecho de autor; e inclusive abarca también derechos de

²⁶ Así lo afirma David Greenpan “Hoy la industria del videojuego rivaliza con el tamaño de la industria cinematográfica y sobre pasa a la industria de la música en cuando a ingresos se refiere. A diferencia de la industria fílmica, que posee más de 100 años de historia desde los tardíos años 1800, la industria de los videojuegos se ha convertido quizás en el sector de más rápido crecimiento en la industria del entretenimiento y lo ha hecho en un relativamente corto periodo de tiempo (Traducción propia) (2013, p. P. 13)

propiedad industrial, como lo serían las patentes sobre las invenciones de hardware que sirven de plataformas tecnológicas necesarias para que pueda funcionar este relativamente novedoso sistema de entretenimiento (2013, p.p. 94-101).

Ante este panorama de un grandioso y continuado crecimiento, no sorprende que uno de los puntos resaltados por los estudiosos en la materia, sea aquel de que no todos los actores conozcan aún de igual forma el alcance de sus derechos de autor dentro de la industria. En efecto, se ha señalado que los desarrolladores de videojuegos, los que serían los autores originales de muchas de las creaciones que sustentan el producto final, no conocen a profundidad -o tal vez de la misma manera como si lo hacen las grandes compañías desarrolladoras o productoras- las reales implicaciones del negocio, ni menos aún los aspectos legales de este (2013, p. 13).

Esta es quizás una de las primeras diferencias que pensamos resaltan frente a otras áreas del derecho de autor y derechos conexos, en donde los autores de contenido musical, cantautores, intérpretes y artistas en general -entre muchos otros- poseen generalmente una suficiente noción básica de los derechos con los que cuentan a la hora de develar al público sus creaciones y obras en general. Lo anterior, no solamente por el hecho de que este tipo de obras llevan mucho más tiempo siendo objeto de un mercado consolidado (aunque dinámico por los cambios tecnológicos) que el de los videojuegos, sino porque además existen las llamadas entidades de gestión colectiva²⁷, como por ejemplo en el caso venezolano la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (SACVEN) ,que generalmente sirven de apoyo a los autores en tanto personas físicas en el disfrute -y por tanto (en nuestra opinión) noción- de los derechos que como tales les corresponden por ley.

²⁷ Sección VII del Capítulo I del Título III de la LSDA venezolana.

Parece ser entonces que hasta los momentos las grandes empresas y reconocidas corporaciones tecnológicas mantienen una posición de dominio en el contexto de los videojuegos, siendo que podríamos presumir -sin intención de querer adelantar conclusión alguna- que dado al tamaño o importancia económica implícita en estas industrias de contenido creativo, éstas corporaciones o empresas bien podrían haber moldeado en buena parte las disposiciones y soluciones legales o jurídicas que se han implementado a lo largo de estos últimos 40 años.

Así pues, para entender al videojuego en el mundo del derecho de autor, las personas u organizaciones que han estudiado el tema (OMPI), recomiendan que antes se hace necesario conocer el funcionamiento del negocio, para así poder aprehender de una forma mucho más efectiva los aspectos legales que le son aplicables. Todo lo anterior con la finalidad de poder entender la situación particular de los distintos actores en el mercado. Y en nuestro caso, para poder precisar las reales posibilidades y derechos de unos creadores -que podrían ser catalogados o no como autores- mucho más novedosos aún que los mismos desarrolladores de videojuegos, es decir, los *Game Streamers*.

Una primera aproximación a la industria de los videojuegos es la de conocer los principales actores de ella, así como la segmentación en que se manejan. De tal manera que, según el previamente citado estudio de la OMPI (2013, p. 18) conviene especificar tres (3) categorías de videojuegos. Estas tres categorías son (i) las consolas, (ii) las computadoras personales y (iii) la móvil o casual²⁸. En cada una de estas categorías encontramos actores con sus respectivas marcas dominantes.

Las llamadas consolas se refieren a los aparatos o hardware que son directamente conectados a los televisores de nuestros hogares, o que funcionan de una manera portátil o a la

²⁸ Referida principalmente a los artefactos electrónicos tales como teléfonos inteligentes y tabletas.

mano. Aquí resaltan las marcas de las corporaciones de Nintendo, Xbox (Microsoft) y PlayStation (Sony).

Por otra parte, tenemos a las computadoras personales, que adicional a cumplir con funciones y necesidades básicas informáticas particulares, han servido también como plataformas para videojuegos. En este segundo caso, los nombres que más resaltan como sistemas operativos de esas computadoras son Microsoft con su Windows en primer lugar, seguido por Mac (Apple) y Linus. En el caso de la categoría de videojuegos para artefactos o dispositivos móviles, aparecen los nombres de las grandes compañías tecnológicas (Big Techs) Apple (IOS) y Google (Android).

Pero además de las empresas creadoras de consolas y otras plataformas para poder correr videojuegos, tenemos también a las grandes desarrolladoras (también llamadas productoras) o distribuidoras de videojuegos, tales como Ubisoft, Square Enix, Capcom, Namco, Rock Star Games, entre muchas otras. Son estos otros actores de igual o mayor importancia que los creadores de consolas o plataformas para videojuegos.

Todos estos actores imprimen a la industria de videojuegos su movilidad y crecimiento diario, así como también desafíos legales y financieros no solo entre ellos y a manera de competencia, sino también para con las personas particulares desarrolladoras y creadores de videojuegos contratados por esos actores. Resulta necesario hacer un breve acercamiento a esta relación en especial, a fin de poder conocer o dar algunas luces sobre las implicaciones legales desde un punto de vista del derecho de autor; todo lo cual devendrá sin duda alguna en un basamento para dar respuesta a la problemática planteada con el *Game Streaming*.

2. Relación entre las productoras de videojuegos, usuarios finales y plataformas de *streaming*, en el marco del derecho de autor y el copyright

En lo que concierne a la concepción o creación de un videojuego, y según la práctica de esa industria, normalmente son fácilmente ubicables en la mayoría de las veces dos actores, los desarrolladores de videojuegos y los que distribuyen o publican esos videojuegos, siendo estos últimos los que normalmente entran en negociaciones o relación directas con las plataformas (consolas o tiendas virtuales para juegos en equipos móviles) a la hora de acordar la venta y comercialización del producto a los usuarios o consumidores finales (2013, p.p. 40 y siguientes).

Se debe señalar siempre las diferencias entre el derecho de autor continental (aplicable en Venezuela) y el copyright anglosajón en estos casos. De tal manera que en el primer caso los autores primigenios -sólo por decirlo de alguna manera- serán las personas físicas o naturales que participaron en el equipo de la empresa desarrolladora, o que precisamente son ellos mismos la empresa desarrolladora o creadora del videojuego²⁹; mientras que cuando nos referimos al copyright, la titularidad de los derechos recae indefectiblemente en la persona -ya sea moral o no- que haya contratado o pagado por el desarrollo del videojuego³⁰.

Con todo, acá resalta que la protección en el derecho de autor continental es fundamentalmente sobre el autor, a diferencia del derecho anglosajón en donde la obra es el objeto de protección fundamental -y por ende de los derechos de explotación que sobre esta recaen- antes que del autor físico o como persona natural.

²⁹ Obviamente no es estrictamente necesario que el equipo desarrollador se haya constituido en una sociedad comercial de algún tipo, para que sean considerados como un actor en la industria de creación, distribución y comercialización de videojuegos.

³⁰ En la Copyright Act de vigente de los Estados Unidos de América, se hace referencia similar a la disposición de las obras por encargo mediante la expresión "Hire to work" (Artículo 101 acerca de definiciones), con la particularidad que incluye las obras encargadas a un empleado, en el marco de su empleo.

Como quiera que sea el caso, e independientemente de si nos encontramos en un país donde impere uno u otro sistema de derechos, pasa que la gran mayoría de las veces la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre los videojuegos -y en especial los de explotación, que dicho sea de paso importan al análisis de nuestro problema- va a depender de lo que se negocie en los acuerdos de distribución o publicación de los videojuegos, que se suscriben entre desarrolladores y distribuidores (publishers).

Generalmente cuando las empresas distribuidoras son las que han financiado el desarrollo de un videojuego, y que además para ello han dispuesto que dicho desarrollo se haga con parte del contenido del que estas mismas ya son previamente titulares, los derechos de propiedad intelectual o el “copyright ownership” permanece en manos de la empresa distribuidora casi en su totalidad. Pero cuando las empresas desarrolladoras aportan personajes, historias, guiones, y otros aspectos (como la música inclusive), los acuerdos de distribución comprenderán entonces una negociación más compleja acerca de qué aspectos de la obra como tal permanecerán bajo la titularidad de una u otra parte, y sobre todo de los aspectos económicos en cuanto a las regalías y demás aspectos similares.

Por lo que cuando nos referimos aquí a la empresa “productora”³¹ del videojuego, lo delimitamos a la entidad que producto de estas negociaciones mantenga los derechos de propiedad intelectual necesarios para reclamar ante terceros cualquier uso no autorizado o infractor, pero sobre del aspecto audiovisual, literario, musical o de índole artística de la obra, más no tanto del código fuente o aspecto de programa de computación software de esta³².

³¹ De hecho, no pocas en veces en los medios de comunicación se hace referencia a las grandes empresas “productoras de videojuegos” simplemente a aquellas que son las más populares en el mercado, sin mediar entre las veces que han fungido solo como distribuidoras o sólo como desarrolladoras, frente a las veces que han participado de esos dos roles al mismo tiempo.

³² Tal y como lo detallaremos más adelante, los *streamers* no necesitan o al menos no requieren en forma alguna de este segmento técnico de la obra -el código fuente- para realizar su actividad. Es decir, no crean nuevos videojuegos a partir de uno previamente existente, ni incluyen o modifican tampoco la obra en ese

Por otra parte, son muchos otros los aspectos o puntos que se definen en los acuerdos o contratos de distribución de un videojuego o grupo de videojuegos en particular, tales como el territorio, la vigencia, negociaciones para futuros videojuegos (obras derivadas), temas financieros, y hasta capacidad de auditar a las partes, entre otros.³³

Pero de entre estos puntos, uno que bien podría interesarnos de cara a los objetivos de este trabajo, es de las obligaciones de la empresa distribuidora frente a terceros, entre los cuales resaltan en primer lugar las plataformas o consolas donde finalmente dispondrá de los videojuegos para poder ser adquiridos y jugados por los usuarios finales³⁴ Estas obligaciones se referían originalmente a las estrategias de mercadeo y capital empleado -de mutuo acuerdo entre las partes- así como la proporción aportada por cada una, para la exitosa venta del producto.

De entre estas obligaciones adicionales al distribuidor, no sería inverosímil incluir también el relacionamiento -en virtud del fuerte impacto que está teniendo el *game streaming* sobre el videojuego- de los derechos de explotación de la obra frente a las plataformas no ya de juego o venta del juego como tal (tiendas de venta de aplicaciones en línea para teléfonos inteligentes), sino de las propias plataformas utilizadas para el *live streaming* de estos, como lo serían por supuesto YouTube o Twitch.

No cabe duda, y de ahí que sea objeto de este trabajo relativo a temas de derecho de autor, que el videojuego es un producto fuertemente imbricado de elementos de propiedad

aspecto programático. Su uso se limita -en principio- al de jugar y compartir esa experiencia en línea, y por tanto son otros segmentos de la obra los que podrían estar siendo utilizados, que es lo que llamamos por ahora la parte audiovisual o artística.

³³ Véase nuevamente al respecto: David Greenspan: *Mastering the Game Business and Legal Issues for Video Game Developers. Creative Industries – No. 8 WIPO (World Intellectual Property Organization)*. (2013). “Chapter 2 Dealing with Video Game Publishers” Capítulo 2 Lidiando con los Distribuidores de Videojuegos (Traducción propia).

³⁴ De hecho, este tipo de obligaciones pueden ser objeto de los acuerdos de cesión y transferencias de derechos en los que participan las compañías de videojuegos, véase al respecto: *Ibidem*. P. 55 y siguientes.

intelectual, no solamente de derecho de autor³⁵. Por esa misma razón es que en los acuerdos que hemos venido mencionando, un punto importantísimo es el de cómo se distribuye entre desarrolladores y distribuidores -en el caso de que haya más de dos partes involucradas- la titularidad de esos derechos de propiedad intelectual, y como ese punto impactará luego en otros temas contractuales (regalías, temas financieros, renegociaciones, etc.). Tanto es así, que no sin poca razón se ha llegado a afirmar que:

La Propiedad Intelectual es la rama más importante para entender en cuanto a los desarrolladores y distribuidores de videojuegos se refiere. La propiedad intelectual es un elemento vital de los contratos de desarrollo de videojuegos, contratos de empleo, distribución, publicidad y licenciamiento en la industria de los videojuegos. Así como las casas son hechas de madera y piedra, los videojuegos están hechos casi exclusivamente de propiedad intelectual (2013, p. 72)(Traducción libre).

En vista de lo anterior, es de la máxima prioridad tanto de los desarrolladores de videojuegos como de los distribuidores (en segundo lugar y en los casos en que hayan adquirido esos derechos), el asegurarse la protección de todo el trabajo creativo empleado en la creación de estas complejas y particulares obras. Esta protección abarca incluso derechos de categoría moral (2013, p. 103), bien conocidos entre nosotros en el sistema de derecho de autor continental, no tanto así en el caso de los países donde impera el sistema anglosajón del copyright, reiterando una vez más en las diferencias ya mencionadas anteriormente entre estos dos sistemas.

No obstante, y en una manera de precisar el objeto del trabajo, no sólo pasa que los derechos morales casi nunca han significado un problema o fuente de polémica en la industria

³⁵ En efecto, los videojuegos pueden ayudar a posicionar la marca de una productora, pueden incluir patentes en algunos casos (chips o productos similares), y hasta devenir en una exitosa franquicia. Véase *Ibidem*. Chapter 3 The Importance of Intellectual Property Capítulo 3 La importancia de la Propiedad Intelectual (Traducción propia).

de los videojuegos, sino que además está totalmente ausente de lo que implica la utilización de estas obras por parte de los *streamers*. En forma similar a como sucede con el software o los programas de computación de los videojuegos que no se relacionan en forma alguna con esa figura, tampoco necesitan estos creadores de contenido el hacerse pasar en forma alguna por los creadores o desarrolladores de los videojuegos para efectivamente emprender su actividad³⁶.

Pero no es sólo necesario el proteger el trabajo creativo que parte directamente de los desarrolladores, sino que también se toma muy en cuenta en la industria el contar con la debida autorización legal para la utilización de otras obras previas en los videojuegos, produciendo así obras derivativas de obras cinematográficas, literarias o incluso musicales de previa existencia (2013, p.p. 108 y siguientes)

Ahora bien, otro tema surge en cuanto a los derechos de propiedad intelectual sobre los videojuegos, y es con respecto al uso de los llamados usuarios finales o más comúnmente conocidos como video jugadores o incluso “gamers”³⁷. En apariencia, y al igual que cualquier otro consumidor o usuario de un trabajo u obra protegida por derechos de propiedad intelectual, el usuario final (end user) sólo necesita adquirir del producto pagando un precio para poder disfrutarlo.

³⁶ No obstante, no debemos olvidar un aspecto muy importante sobre los derechos morales, que implican no solo el reconocimiento de la paternidad o autoría sobre la obra, sino al mismo tiempo también consagra lo que se conoce como el derecho de integridad, que implica el que cualquier deformación de la obra perjudique la reputación del autor (Art. 20 LSDA). Este aspecto puede cobrar importancia -al menos en el sistema continental- al momento de que algún titular (obligatoriamente autor físico) quiera reclamar algún uso no deseado por parte de un *streamer* sobre un videojuego de su autoría, ya sea en la historia, personajes o algún otro aspecto artístico de la obra.

³⁷ El “gamer” es un concepto cuyo origen en el idioma inglés hace referencia a algo más concreto que otro video jugador más. Generalmente se trata de la persona que hace del jugar un videojuego su actividad habitual, y con ella puede hacerse notoriamente conocido, asistir a foros y competiciones, y -no sorprende- usualmente se dedica a hacer *streaming*, y dependiendo de su popularidad, a obtener ganancias económicas por esta y otro tipo de actividades relacionadas con la industria de los videojuegos y todo lo que implica vivir al máximo la experiencia de ser usuario final de sus productos. Véase a manera de referencia el siguiente artículo disponible en: <https://www.universidadviu.com/es/actualidad/nuestros-expertos/que-es-un-gamer-y-cuales-son-sus-caracteristicas>

Pero, y esto forma parte de la problemática principal de este trabajo ¿En qué formas o hasta qué punto puede ser utilizado el videojuego más allá de la pura actividad de “jugar”? El autor Dave Green señala por ejemplo sobre este disfrute que “Esta experiencia es legalmente disfrutada por los consumidores a través de una **licencia limitada** con respecto a la propiedad intelectual. El código del juego, texto del manual, caja o empaque del juego, el título, arte, música, historia, mundo o ambiente del juego, middleware y gráficos son todos propiedad intelectual.” (2013, p. 72) (Traducción propia) (resaltado nuestro).

Se entiende entonces -según lo anterior- que el usuario o jugador obtiene una suerte de licencia implícita y limitada al adquirir el producto, ya sea por medios físicos tradicionales o digitales. Necesario se hace entender entonces el alcance de esas licencias, si existen distintas modalidades, o incluso si de hecho realmente se produce siempre este licenciamiento particular al adquirir o comprar cualquier videojuego³⁸.

Según un trabajo acerca de la industria de los videojuegos y su relación con el Copyright (John Holden and Mike Schuster, 2021), “Las empresas normalmente tratan de controlar a través de contratos las relaciones con sus consumidores. Las compañías de videojuegos hacen esto mediante tres tipos de acuerdos, Nos referimos a estos a acuerdo en general como Acuerdos de Licencia de Usuarios Finales, en virtud de que estos no difieren materialmente entre sí” (2021, p. 957) (Traducción propia).

Es decir, que en concordancia con la idea que veníamos hilvanando en los párrafos anteriores, las productoras de videojuegos titulares de derechos de autor se han venido

³⁸ Siendo que es una práctica que según la doctrina revisada ya se ha hecho casi masiva en la industria de los videojuegos, cabe preguntarse qué sucede en los casos en donde no se presenta un EULA al momento de adquirir un videojuego. Ante este supuesto, creemos que de todas formas -y dependiendo de las formalidades que sobre derecho de autor o copyright se puedan exigir en determinadas jurisdicciones- de todas formas se puede exigir o reclamar ante una infracción de estos derechos de parte de cualquier usuario final, ya sea acudiendo a las disposiciones de la Ley Sobre Derecho de autor de cada país en cuanto a los derechos exclusivos, e incluso pasando por el criterio triple de los supuestos que no pueden considerarse limitaciones o usos excepcionales sin autorización, del Convenio de Berna.

ocupando de establecer este tipo de acuerdos bajo la modalidad de licencias, a fin de controlar los derechos de propiedad intelectual ya no frente a competidores o posibles infractores que intenten hacer uso ilegal de sus derechos mediante actos de piratería para luego comercializar productos a consumidores o usuarios finales, antes bien, su intención es controlar también precisamente a esos usuarios finales, y por tanto hacerlos directamente responsables de cualquier infracción, bajo la modalidad de un incumplimiento contractual.

Conforme al mismo estudio recién citado, estos EULAs, que por sus siglas en inglés se traduce al español en “Acuerdos de Licenciamiento para Usuarios Finales”, viene siendo aplicados por una vasta cantidad de compañías productoras o titulares de derechos sobre videojuegos desde la década de los años 90 aproximadamente (2021, p. 958) Las modalidades de aceptación de los usuarios de esta suerte de licencias implícitas o hasta en formato de contratos de adhesión, difieren dependiendo de si el producto es adquirido en forma tradicional como un cartucho o disco compacto o en cualquier otro formato físico, o si el videojuego es adquirido mediante canales digitales (2021, p.p. 957-958)³⁹.

No son pocos los cuestionamientos que se han hecho -en especial en los Estados Unidos de América- acerca de la viabilidad legal de exigir el cumplimiento de estos acuerdos de licenciamiento, pero lo cierto es que se ha hecho ya una práctica común, y hasta reconocida como válidamente exigible frente a los usuarios finales o jugadores, de conformidad con varios precedentes jurisprudenciales ya establecidos en algunas cortes de los Estados Unidos de América, no obstante, de todas no ha sido un criterio unánime (2021, p. 959)⁴⁰

³⁹ P. Piénsese en el caso de cuando se adquiere un cartucho o disco compacto físico en una tienda, frente al supuesto de adquirir un videojuego en un canal digital o página web, mediante la cual normalmente es más fácil verificar la aceptación expresa del usuario comprador, quien es llevado a través de una selección de opciones previas a la compra.

⁴⁰ Aquí el autor cita el precedente jurisprudencial de la Corte del Distrito Norte de California, en el cual dicho tribunal desestimó la solicitud del demandado Epic Games de obligar a un arbitramento basándose en una licencia otorgada por el juego *Fortnite*. P.

Pero lo cierto es que su aplicación parece tener un alcance determinante, y se enfocan principalmente en limitar la explotación o uso comercial que puedan hacer los usuarios finales o jugadores, sobre los videojuegos, basándose por supuesto en la titularidad del copyright que sobre estas obras posee, y haciendo responsables a los usuarios en el supuesto de infracción de los términos contractuales establecidos en cada acuerdo o EULA, que pueden ser de un gran variedad dependiendo de cada videojuego (2021, p. 960)

Incluso, varios de estos acuerdos actualmente ya hacen mención expresa a la posibilidad de que los usuarios finales puedan libremente realizar algunas actividades de explotación o de uso adicionales al simple hecho de jugar el videojuego, llegando unas hasta hacer referencia expresa de la actividad del *streaming* en plataformas como YouTube, permitiendo además la libre “monetización” de los contenidos subidos a esa plataforma(2021, p. 962), que no es otra cosa que el provecho económico con base al uso del videojuego al menos en esa modalidad específica.

Fuera de estos supuestos de uso excepcionales en el marco de estas licencias, y bajo la premisa de que estas sean válidamente exigibles, en cualquier caso, los usuarios finales o jugadores de videojuegos podrían ser responsabilizados por las productoras de videojuegos cuando su uso escape del alcance determinado de cada licencia. Y es que no son pocos los casos también, en los que muchas de estas licencias son totalmente restrictivas y limitativas de los usos adicionales que puedan darse al videojuego⁴¹, más allá del clásico uso de jugarlo sin más.

⁴¹ Como en el ejemplo que mencionan los autores John Holden y Mike Schuster acerca de las licencias que otorga la empresa Activision Blizzard para el juego *StarCraft II* la cual establece que “Usted podrá usar esta plataforma únicamente para propósitos de entretenimiento personal y no comerciales, con la excepción de los específicamente permitido bajo los términos de este Acuerdo” (John Holden and Mike Schuster, 2021. p. 960).

De ahí que volvamos nuevamente al punto de si, aún en el supuesto de que no exista una licencia que permita el *game* o *video game streaming*, y ante un reclamo basado en derechos de autor o del copyright ¿Podrían los *streamers* excepcionarse conforme alguna disposición legal, o bajo el amparo de la doctrina legal del *fair use*? Antes de responder esta vital pregunta que es el fundamento principal del trabajo, previamente debemos hacer una aproximación al concepto de “streaming”:

3. Noción o conceptualización del *streaming*.

Luego de habernos aproximado al videojuego y su industria, conviene ir precisando la noción del *streaming*, y más concretamente del *game* o *videogame streaming*. En este mismo punto, es necesario también establecer brevemente cómo se ha manejado la relación entre estos titulares de derechos sobre videojuegos, y las plataformas en donde se despliega la actividad del streaming, que en nuestro caso se limitará a estudiar el caso en específico de YouTube.

En primer lugar, debemos mencionar lo que se conoce propiamente como *streaming*, un concepto que nació y se expandió al calor de la internet, quizás durante las dos últimas décadas. Según lo han definido algunos el *streaming* significa “...escuchar música o ver un video en tiempo real, en vez de descargar un archivo a tu computadora para verlo después”⁴². Un claro ejemplo de esto, y que la mayoría de la gente puede fácilmente conocer hoy en día, es el servicio que presta Netflix, aunque esto lo ubicamos también en Disney+, Amazon Prime Video, y muchas otras plataformas, incluyendo por supuesto a YouTube y Twitch⁴³.

⁴² <http://www.bbc.co.uk/webwise/guides/about-streaming> enlace citado en John Holden and Mike Schuster, 2021, p. 944

⁴³ De acuerdo con el portal de noticias económicas “Business insider” esta aplicación (Twitch) puede ser definida como “...una plataforma de live streaming orientada hacia los gamers, existente desde 2020. Desde entonces, ha acumulado millones de usuarios, con un total de 3,8 millones de emisores únicos hasta febrero de 2020.” <https://www.businessinsider.com/what-is-twitch>

Pero entonces, ¿Qué vendría a ser exactamente el *Game Streaming*? Puede que una de las mejores formas de entender el concepto sea mediante la descripción de las personas que lo producen, los así llamados *streamers*, pero en el ámbito de los videojuegos⁴⁴. Para los autores John Holden y Mike Schuster, estos son individuos que “graban y transmiten [a través de la internet] comentarios sobre ellos y de otros sobre cómo juegan los videojuegos” (2021, p. 952) Esto se realiza por medio de distintas plataformas de internet que ya hemos mencionado, principalmente YouTube y Twitch. El mercado de los *streamers* se circunscribe a la cantidad de seguidores (*followers*) suscritos a los canales que estos han creado en esas plataformas, y sobre los cuales algunos han obtenido un considerable provecho económico, lo que se traduciría en el ejercicio de un derecho patrimonial sobre esta tan peculiar y novedosa forma de creación de contenido audiovisual. Mientras mayor sea el número de seguidores, mayor será la popularidad y ganancia económica de cada *streamer*⁴⁵.

Pero volviendo al punto de que los videojuegos contienen obras protegidas por derecho de autor o copyright, surge entonces el tema que da origen al problema que hemos venido observando y que motivó la realización de este trabajo. De seguidas iremos planteando varios de esos cuestionamientos, de entre los cuales ya nos hemos decantado por uno⁴⁶.

¿Qué sucede cuando los *streamers* obtienen ganancias económicas -sin autorización o licencia explícita de sus titulares- sobre los videojuegos, que son propiedad de las compañías productoras o editoras de videojuegos? Varias preguntas surgen: ¿Se tratan de obras derivadas? ¿Son los *streamers* coautores, y en consecuencia titulares de derechos junto con las compañías propietarias o titulares de derechos (productoras)? ¿O podríamos incluso estar hablando de una

⁴⁴ Véase al respecto las entrevistas realizadas en el marco de la metodología aplicada en parte de las investigaciones realizadas para este trabajo.

⁴⁵ Acerca de esto los autores Holden y Schuster resaltan que “Es apreciable que varias compañías han previsto tempranamente el crecimiento del video game streaming. Por ejemplo, Amazon adquirió Twitch en 2014 por aproximadamente 1 billón de dólares”. John Holden and Mike Schuster, 2021, p. 954.

⁴⁶ Es decir, por el asunto de si la actividad es una excepción o no al derecho de autor, y no tanto si representa una coautoría, o autoría independiente en materia de derechos de autor o copyright.

excepción -uso legalmente reconocido que no requiere de autorización por parte del titular- más específicamente entendida dentro del ámbito de la doctrina legal anglosajona del “Fair Use”? (2021, p. 956).

Es sobre la última pregunta o cuestionamiento que enfocamos nuestro análisis, ya que creemos tiene directa relación con lo que se concibe en Venezuela -país donde el derecho de autor se entiende desde la óptica del derecho continental, que se diferencia en muchos aspectos frente al “copyright” anglosajón- como excepciones al derecho de autor, y desde donde nos proponemos generar los lineamos o bases que sirvan de una suerte de propuesta para precisar la viabilidad legal en la práctica de esta figura, que ya está en pleno crecimiento también en nuestro país, el *Game Streaming*.

Ahora bien, es conveniente aclarar o establecer qué derecho de exclusividad en el campo del derecho de autor o del copyright pudiera verse afectado por la realización del *game streaming* o *video game streaming*. En primer lugar, debemos señalar qué modalidades no parecen encajar en este tipo de actividad, y lógicamente las que primero saltan a la vista son las de reproducción y distribución, que están relacionadas entre nosotros con los llamados derechos patrimoniales o de distribución.

Así, tengamos que la reproducción y distribución implica más que todo el derecho a la exclusividad de realizar copias de la obra fijada en un material físico. Esto en el campo de los videojuegos y conforme a las características generales que señalamos más arriba, se limita más que todo a la clásica modalidad de reproducción y distribución de cartuchos o CD (compactos, o en formato DVD o Blu-ray) que luego son reproducidos en las consolas de videojuegos.⁴⁷ Pero también pudiera darse el caso de las reproducciones y distribución digital, que es lo que se ha dado durante las últimas dos décadas con el advenimiento de la internet y la era digital. De hecho,

⁴⁷ Pudiera también incluir lo que se conoce como “máquinas de arcade” que fue una de las primeras formas de acceder a los videojuegos y se hacía en lugares públicos.

ya existe jurisprudencia acerca del entendimiento de cuando sucede una reproducción de la obra en el ámbito digital, y su relación con el concepto de “descargar” un archivo digital (que sin duda funge como un material para la fijación de la obra) de un servidor a otro, o de una computadora a otra⁴⁸.

Siguiendo con el tema de la reproducción y la distribución, tenemos que según el catedrático español Carlos Fernández-Arias Shelly (2003), estas modalidades pueden ser concebidas de la siguiente manera. Acerca del concepto de reproducción, afirma que “(...) la fijación de la obra implica establecer el medio apto para que se pueda producir su conocimiento y poder lograr la obtención de copias de todo o parte de ella” y agrega después que este derecho “(...) significa su ejercicio imprescindible para con la obra en cuanto a su comunicación y la obtención de ejemplares como idea tradicional” (2003, p. 214)⁴⁹

De ahí que el derecho de reproducción esté tan fuertemente identificado con la posibilidad de poder emitir una copia⁵⁰ distinta (únicamente en cuanto su duplicidad o multiplicidad) a la fijación original y que pueda ser dispuesta para la posterior comercialización y distribución de la obra en tantos ejemplares sea posible. Por esa misma razón es indudablemente un derecho patrimonial que puede ser cedido por el autor en tanto persona física o natural, en lo que al derecho de autor continental se refiere. En ese sentido, del derecho de explotación deviene o

⁴⁸ Un precedente jurisprudencial importantísimo sobre este aspecto, y que aún después sigue siendo objeto de debate, es el del caso Capitol Records Vs Redigi, en donde la Corte determinó que, aun eliminándose un archivo digital de un servidor de origen, y que luego es transmitido a otro distinto, el acto de reproducción igualmente se considera consumado. Una referencia del acaso puede encontrarse en este enlace: <https://copyrightalliance.org/copyright-cases/capitol-records-v-redigi/>

⁴⁹P. Sobre este mismo punto, agrega el autor que “Ello no obsta a que la propiedad intelectual se logra por el solo hecho de la creación”. (2003, p. 214).

⁵⁰ La reproducción se entiende también en la doctrina como la capacidad de fijar la obra, como menciona Carlos Fernández-Arias Shelly “La fijación puede efectuarse con una amplia utilización de medios: imprenta, dibujo, grabado, fotografía, etc. Como también las grabaciones de discos, casetes, filmes cinematográficos, redes digitales”. (2003, p. 218)

generalmente se ve acompañado del derecho de distribución, de seguidas nos aproximamos a ese concepto.

El derecho exclusivo a la distribución, normalmente parte de la noción de elevar la fijación material de la obra o sus copias, a un público mediante distintas técnicas de comercialización como lo serían la venta o el alquiler o arriendo. Citando nuevamente al catedrático español Carlos Fernández Arias-Shelvy "(...) implica la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma (...)" (2003, p. 230). Este mismo autor incluso agrega de seguidas para el caso de la legislación venezolana (y otras latinoamericanas) que:

Cuando se estructura específicamente el derecho de distribución, se observa una constancia en la exposición de ésta, indicándose que se trata de la puesta a disposición del público del original o copias de una obra, mediante la venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma similar. Partiendo de este concepto, las Leyes de Propiedad Intelectual de Guatemala, Panamá, Nicaragua, Perú, El Salvador, Paraguay, Ecuador, **Venezuela**, Costa Rica y México acogen la distribución generalmente, en su definición descriptiva del derecho, repitiéndolo o reafirmando en el epígrafe correspondiente a los derechos patrimoniales (2003, p. 230) (Subrayado nuestro)

Habiendo indagado brevemente sobre estas dos modalidades de derechos exclusivos en el ámbito patrimonial, toca ahora verificar si en alguno de ellos es subsumible la actividad del *streaming*. Siendo que estos dos derechos están fuertemente relacionados, comenzamos por verificar este asunto con respecto al derecho de reproducción.

Teniendo como premisa el concepto o noción de *streaming* que indicásemos anteriormente, este no parece comprender la fijación material o al menos tangible de la obra protegida que comprende el videojuego, no al menos en la forma tradicional que se entendía

como la fijación en cartuchos, CDs, o incluso en formatos digitales susceptibles de ser descargados y disfrutados o jugados por los usuarios finales en sus respectivos dispositivos electrónicos móviles o equipos de computación de toda índole.

Recordemos que el *streaming* se refiere desde un punto de vista técnico más que todo a una transmisión, y no así a la descarga digital del archivo contentivo de algún material -aun siendo en formato digital- que pueda ser fijado en un dispositivo electrónico o computador distinto a desde donde se realizó la grabación de la persona (el *streamer*) jugando y comentando sobre esa experiencia.

En ese sentido, la noción de reproducción no parece ser la más apropiada para este uso, a falta de la fijación en un original tangible que pueda además ser dispuesto posteriormente al público mediante la distribución para ser jugado, que es el uso principal y querido para los videojuegos. Otra situación sería si nos encontrásemos en el caso de las obras musicales, cinematográficas e incluso literarias, en donde la capacidad de ser disfrutadas o consumidas por los usuarios finales sí se limita a una experiencia audiovisual y no interactiva por parte del público⁵¹.

De igual manera, y dado que nos encontramos ante la ausencia de un claro caso de reproducción⁵² -al menos con total seguridad frente a la definición tradicional de este derecho y

⁵¹ Vale mencionar que, sobre las obras audiovisuales -especialmente sobre las cinematográficas- encontramos en la internet y sobre todo en las plataformas como YouTube, canales o usuarios que realizan “reviews” sobre películas y series de televisión en general, e incluso sobre videojuegos. Normalmente dichos trabajos no suelen ser objeto de reclamación por copyright, debido a que usan porciones muy pequeñas o cortas de la obra en cuestión, uso este que entra dentro del tercer factor del *Fair Use* que entraremos a analizar más adelante. Por lo mismo, cualquier uso de una obra de este tipo, que sea considerada como más allá de lo necesario o requerido para el “review” o el comentario crítico, consideramos puede ser tomada como una infracción por parte de los titulares de derechos, como una comunicación al público no autorizada, y puede que hasta como una reproducción ilícita igualmente.

⁵² Consideramos que no es algo que esté absolutamente definido por los momentos en todas sus aristas. Así, pudiera considerarse que el acto de grabar y subir estas grabaciones a las plataformas de *streaming* como YouTube y Twitch, es una suerte de fijación adicional a la original del videojuego y por tanto un uso de la reproducción de este. Claro está, esto impactaría más que todo en la relación entre plataforma o aplicación y titular de derecho de autor o copyright que, frente a los *streamers*, quienes no tendrían ningún tipo de impacto si se grabasen a ellos mismos jugando para consumo propio o privado únicamente.

más aún tomando en cuenta la naturaleza del videojuego- muy difícilmente pudiéramos estar en presencia de un uso del derecho de distribución por parte de los *streamers*, y más específicamente de los *streamers* enfocados al Game Streaming.

Quedaría entonces por analizar si otro de los derechos exclusivos propios de la explotación de la obra o de índole patrimonial es cónsono con esta actividad de “streamear”, que no es otro que el derecho a la Comunicación Pública. Para Carlos Fernández-Arias Shelvy:

Se trata de medios que permitan conocer la obra del autor, la que necesitará de una fijación apta para que se pueda producir la comunicación y ésta cobrará sentido específico cuando se realice por vías que impliquen el acceso al conocimiento de las personas sin que haya mediado la entrega previa de ejemplares, lo que equivale a escritos, impresos y grabados (2003, p. 241).

De la definición recién citada claramente se denota el detalle de que no hace falta la mediación de reproducciones o copias para que se dé a conocer a un público indeterminado el contenido de la obra. Es lo que pudiera darse en el caso de una obra musical cuando es emitida por una radioemisora o televisora de cualquier tipo, y en el caso de los videojuegos -aplicando las diferencias- consideramos que sí podría darse un supuesto de comunicación al público cuando los *streamers* -mediante las plataformas correspondientes⁵³- emprenden su actividad, ya que sin duda se está poniendo a disposición de un amplísimo público que inequívocamente va más allá de cualquier frontera física, al menos una parte importante de lo que comprende la obra compuesta o compleja del videojuego; esta parte pudiera ser su historia, personajes, música y cualquier otro componente artístico u original en el que no medie la funcionalidad de jugar, por parte del público consumidor o usuarios finales.

⁵³ De ahí que estas tanto se cuiden en cuanto a la protección de derechos de propiedad intelectual, por la responsabilidad que pudieran tener en caso de infracciones, tal y como lo señalamos en el acápite correspondiente en este trabajo.

Según la doctrina venezolana más calificada en cuanto a estos temas y específicamente en torno a esta modalidad o derecho de explotación exclusivo, la definición de la LSDA venezolana es cónsona con aquella que estableció la reciente reforma -para aquél momento de Ley española de propiedad intelectual, y que versó principalmente sobre la sustitución del vocablo “representación” que acogía la ley venezolana derogada de 1962 por el de “comunicación pública” que sigue vigente hoy en día “entendida como como todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra” (Antequera Parilli, 1994. P. 243)

Por su parte, y en cuanto a lo que a las regulaciones concretas de Ley se refiere, observamos que este derecho a la comunicación pública se encuentra contemplado no solo como estándar mínimo en el Convenio de Berna⁵⁴, sino también en las leyes sobre derecho de autor y copyright de los países Venezuela y Estados Unidos de América, respectivamente, que comprenden nuestro enfoque directo de estudio para la resolución de la cuestión que nos hemos planteado.

⁵⁴ Artículo 11 Bis del Convenio de Berna: [Derechos de radiodifusión y derechos conexos : 1. Radiodifusión y otras comunicaciones sin hilo, comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra radiodifundida; 2. Licencias obligatorias; 3. Grabación; grabaciones efímeras] 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar : page 10/29 1° la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2° toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3° la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida. 2) Corresponde a las legislaciones de los países de la Unión establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el párrafo 1) anterior, pero estas condiciones no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido y no podrán en ningún caso atentar al derecho moral del autor, ni al derecho que le corresponda para obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente. 3) Salvo estipulación en contrario, una autorización concedida de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo no comprenderá la autorización para grabar, por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos o de imágenes, la obra radiodifundida. Sin embargo, queda reservado a las legislaciones de los países de la Unión establecer el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones. Estas legislaciones podrán autorizar la conservación de esas grabaciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación.

La LSDA venezolana establece en su artículo 40 lo siguiente, sobre el derecho de comunicación pública:

Artículo 40: Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra, y particularmente mediante:

1. Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier forma o procedimiento.
2. La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales.
3. La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.
4. La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.
5. La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartes anteriores y por entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.
6. La captación, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión.
7. La presentación y exposición públicas.
8. El acceso público a bases de datos de computador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas
9. En fin, la difusión, por cualquier procedimiento que sea, conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

Es entonces este un derecho exclusivo concretamente protegido por la legislación venezolana en derecho de autor. En nuestra opinión consideramos que la figura del *Game Streaming* bien pudiera ser perfectamente subsumida en los supuestos de hecho concretos establecidos en los numerales 2, 3 y 9. Por su parte, también la legislación americana de copyright (101 Definitions) ha positivizado este derecho de la siguiente forma:

Efectuar una comunicación pública significa-

- (1) Interpretar o exhibir en un lugar abierto al público o en cualquier otro lugar donde un número sustancial de personal mayor a un círculo normal de familia y sus allegados esté reunido o
 - (2) Transmitir o de alguna otra manera comunicar una interpretación, realización, exhibición de la obra a un sitio en específico o al público, por medio de cualquier dispositivo o proceso, independientemente de si los miembros del público capaz de recibir la transmisión en cuestión la reciben en un mismo lugar o lugares separados al mismo tiempo o en diferentes tiempos]
- (Traducción propia).

En lo que respecta a esta segunda definición aplicable en esa jurisdicción, creemos que la actividad del *streaming* podría encuadrar dentro del supuesto señalado en el numeral 2. En consecuencia, esta sería la modalidad de derecho exclusivo que podría verse afectada al emprender esta actividad.

Mención aparte merece el asunto acerca de si los *streamers* son autores y por tanto titulares de algún derecho de autor en particular o copyright. Si bien es cierto esto no forma parte importante de los objetivos concretos de este trabajo, de todas formas, consideramos conveniente el hacer una somera aproximación de lo que se ha dicho hasta ahora en la doctrina, a manera de tener algunas otras luces sobre lo que significa el hacer *Game Streaming*.

En muchas jurisdicciones⁵⁵ ya a algunas actuaciones de los video jugadores comienzan a ser reconocidas como dentro del ámbito del derecho de autor o del copyright, incluso se ha hablado hasta de derechos conexos. Una de estas modalidades que va adquiriendo cada vez más popularidad es la de los llamados “esports”⁵⁶ que se refiere a las competencias entre *gamers* y video jugadores que en no pocas ocasiones son incluso objeto de derechos de transmisión y similares, y en los que se reconoce cierta participación creativa conjunta a los jugadores.

¿Pero qué se ha hablado específicamente de los *streamers*? La mayor parte de las veces estos no están compitiendo con otras personas, y no siempre o necesariamente deben aportar algo al videojuego como tal en el sentido de impactar en la dinámica interna de este más allá de la pura actividad de jugar y mostrarse haciéndolo mediante las transmisiones en formato *streaming* (en inglés se le conoce a veces como “gameplay”⁵⁷ a la experiencia concreta del video jugador en tanto interacción con el videojuego, relacionada con la historia y niveles o desafíos a superar en el juego).

⁵⁵ Ver cuadro del marco metodológico sobre la óptica del videojuego y los derechos relacionados, en especial la información referente a los países Estados Unidos de América, Corea del Sur, Brasil y Francia.

⁵⁶ Según el portal noticioso CNN, los esports “describes the world of competitive, organized video gaming. Competitors from different leagues or teams face off in the same games that are popular with at-home gamers: Fortnite, League of Legends, Counter-Strike, Call of Duty, Overwatch and Madden NFL, to name a few. These gamers are watched and followed by millions of fans all over the world, who attend live events or tune in on TV or online. Streaming services like Twitch allow viewers to watch as their favorite gamers play in real time, and this is typically where popular gamers build up their fandoms” [describen el mundo de los videojuegos competitivos y organizados. Competidores de diferentes ligas o equipos se enfrentan en los mismos juegos que son populares entre los jugadores domésticos: Fortnite, League of Legends, Counter-Strike, Call of Duty, Overwatch y Madden NFL, por nombrar algunos. Estos jugadores son observados y seguidos por millones de aficionados de todo el mundo, que asisten a eventos en directo o los sintonizan por televisión o en línea. Los servicios de retransmisión como Twitch permiten a los espectadores ver cómo juegan sus jugadores favoritos en tiempo real, y es aquí donde los jugadores populares construyen sus fandoms.

(Traducción realizada con la versión gratuita del traductor www.DeepL.com/Translator). Reportaje disponible en <https://edition.cnn.com/2018/08/27/us/esports-what-is-video-game-professional-league-madden-trnd/index.html>

⁵⁷ No es un término que haya sido concebido al calor de alguna especificación técnica de la que sepamos, sino algo que más bien se ha venido generando del argot o jerga de los video jugadores en general. Puede encontrarse una definición en inglés en el siguiente enlace, a manera de referencia: <https://www.definitions.net/definition/gameplay>

Por lo que -en nuestra opinión- se le debe mirar desde otro enfoque particular distinto al de los *esports* u otras dinámicas similares a esa, que al parecer aportan muchísimo al videojuego -siendo jugado- y que pueden quedar fijadas o grabadas en un servidor privado o ser transmitido mediante los servicios de *streaming*. No obstante, algunos autores han resaltado que esto conlleva el análisis necesario de cuestiones de autoría conjunta (John Holden y Mike Schuster, 2021, Capítulo IV)

Pero lo cierto es que hay quienes afirman que los *streamers* sí son acreedores de derechos por su actividad. Por ejemplo, John Holden and Mike Schuster citando a Joss Nichols nos comentan que este último arguye sobre el tema lo siguiente

(...) que la compañía de videojuegos y el jugador podrían ser autores conjuntos con respecto a la grabación del “gameplay”. En consecuencia, él afirma que un jugador de videojuego tendría la posibilidad de exigir una participación si la compañía del videojuego usó su “gameplay” en una publicidad o similares (2021, p. 983) (Traducción libre)

Nótese que en la recién cita, no se hace mención a los *esports* ni la participación de varios jugadores en escenarios de competencia o modalidad multijugador, lo cual nos acerca más a nuestra noción de *game streaming* más restringida que implica la actuación de una persona simplemente grabándose mientras juega -ya se en vivo o no- y al tiempo sube ese material a los servicios o aplicaciones de *streaming*. Es decir, y sin perjuicio o con independencia de los derechos de imagen que pudieran corresponderle a determinado *streamer* para usos publicitarios como se menciona en la cita, valoración esta que escapa al objeto de este Trabajo, parte de la doctrina en el sistema anglosajón ya asoma la posibilidad de que incluso sobre aquellos videojuegos donde no se presenta la modalidad de competencias multijugador conocida como “*esports*”, que es el caso del *game streaming* bajo la modalidad de “gameplay”, aquel conlleva igualmente un aporte digno de ser protegido por copyright o derecho de autor dentro de la

industria de los videojuegos. Todo lo cual suma en lo que al análisis de la doctrina legal de *fair use* supone, frente al *Game Streaming* en los casos de usos no autorizados.

En otras ocasiones, se comenta que la autoría sola (generalmente de la compañía productora de videojuegos o a veces sólo con otro jugador), frente a la múltiple autoría de varios jugadores/*streamers* en las modalidades de juegos multijugador, dependerá del hecho si de alguna manera esta actuación fue fijada en algún archivo o servidor propio del videojuego⁵⁸, o de si simplemente se transmitió a través de servicios de *streaming* de terceros.

Como quiera que sea vea, si nos encontramos ante autorías conjuntas o individuales, lo que más nos parece importante sobre este tema en particular y que se aleja un poco de la cuestión acerca de las excepciones en el derecho de autor o el copyright, es el hecho de que ya se esté considerando el potencial creativo y eventualmente generador de derechos de esta actividad, todo lo cual redundará en otro factor para que sea considerada la excepción misma, cuando quiera se evidencie un uso sin autorización expresa, especialmente bajo el análisis de la doctrina legal del *fair use*.

Tanto es así, que los mismos autores John Holden and Mike Schuster que ya hemos venido citando a lo largo de este trabajo afirma lo siguiente con respecto a los actores del *Game Streaming*: "Celebridades del "gameplay" como DrDisRespect y Ninja constituyen un activo valioso. Este valor motivará a otros oportunistas que quieran hacer dinero a costa de la reputación de estas celebridades. El copyright provee de mecanismos para evitar ciertos tipos de apropiación" (2021, p. 991) (Traducción propia)

⁵⁸ Como se nos comenta en el siguiente ejemplo "A modo de ejemplo, Fortnite graba y almacena automáticamente copias locales del juego en cada consola privada. En tal situación, cada jugador que hace más que una contribución creativa de minimis a la grabación específica del particular es probable que sea un coautor" Ibidem. (2021, p. 988). Sobre este mismo punto agregan los mismos autores más adelante que "La inercia de la grabación por defecto en el juego y la grabación simultánea fuera del juego complica la cuestión. Como se ha comentado anteriormente, una grabación por defecto dentro del juego favorece la conclusión de una coautoría generalizada, mientras que la grabación externa no" (2021, p. 989) (Traducción realizada con la versión gratuita del traductor www.DeepL.com/Translator)

Estas ideas contribuyen entonces ante la viabilidad de considerar la excepción del *streaming* de los videojuegos, aunque más que todo desde la perspectiva de la naturaleza del uso y el potencial transformador, lo que nos trae a colación el concepto de obra derivada. Pero al mismo tiempo, el fin comercial de este uso, así como el posible impacto que pudiese tener en el mercado principal del titular de la obra original, puede que más bien nos alejen de esa óptica de considerar la excepción, sobre todo dentro del sistema del derecho de autor continental. Todas estas premisas sirven o suman como aspectos o puntos para ser tomados en cuenta al momento de procurar responder al problema planteado.

Hemos ya conceptualizado con base a la doctrina y algunos otros referentes lo que puede entenderse como *streaming*, aplicable a la actividad del *Game Streaming*. Al tiempo, ubicamos igualmente con cual modalidad de derecho exclusivo de explotación (patrimonial) puede encuadrarse mejor esta figura o actividad de muy reciente data. Nos ocuparemos ahora de hacer referencia al punto de las excepciones en el marco del derecho de autor continental, y a la doctrina legal del *fair use* anglosajón en los Estados Unidos de América, de cara al problema objeto de este trabajo.

4. Las excepciones y limitaciones en el derecho de autor, y el *fair use* en el copyright anglosajón

Es menester entonces revisar lo que la doctrina venezolana y continental ha dicho en general sobre las excepciones y limitaciones al derecho de autor; así como también lo que la doctrina en derecho comparado ha dicho sobre la doctrina legal del *fair use*, de tal manera que podamos analizar al *video game streaming* frente a estos dos supuestos y su viabilidad como infracción o excepción al derecho de autor en cada caso.

Ahora bien, las mismas leyes de derecho de autor en distintas jurisdicciones, incluidas la nuestra⁵⁹, establecen excepciones y limitaciones a la explotación patrimonial sobre las obras protegidas por ese derecho de autor. En general esas limitaciones se refieren a usos -sobre todo en el derecho continental- que no requieran de la autorización del titular del derecho o del autor, y que a su vez no tengan un fin comercial que interfiera con la normal explotación del legítimo autor o propietario de los correspondientes derechos patrimoniales⁶⁰, o que, aun no teniendo un fin comercial, igualmente no incurran en ninguna de las disposiciones del conocido criterio triple del Convenio de Berna⁶¹.

Estos usos se refieren principalmente a aquellos que tengan fines académicos, científicos, de educación, y otros que en el fondo no busquen desviar el mercado para los titulares de esos derechos en general. Esto se verifica muy bien en el caso de nuestra vigente Ley Sobre Derecho de Autor⁶², y en general en las demás legislaciones del derecho de autor en el sistema continental, con las diferencias que apliquen en cada caso local. Este régimen de limitaciones ha sido bien estudiado por la doctrina local⁶³ en la materia, y sobre el mismo ha recaído también jurisprudencia, todo lo cual ha nutrido el ordenamiento jurídico local e internacional sobre el asunto.

⁵⁹ Así como los estándares mínimos establecidos en los tratados internacionales, en especial el Convenio de Berna y los denominados acuerdos ADPIC.

⁶⁰ La gran mayoría de estas excepciones (y limitaciones) establecidas por ley en distintos países, y cada una con sus matices particulares, han tenido como base a la denominada prueba del criterio triple, establecida por el Convenio de Berna. Al respecto véase: Sam Ricketson: *Estudios sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*. Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2003). p.p. 71-79.

⁶¹ Sin duda, las personas que realicen reproducciones, comunicaciones públicas o distribución sin autorización, pueden igualmente afectar los derechos exclusivos, mercado e intereses de los autores y titulares de derechos aun en el supuesto de que no mediase fin de lucro. El clásico ejemplo es de aquella persona que se dedique a reproducir copias de una obra literaria y repartirlas a tercero sin ninguna contraprestación y con el único fin de hacerle más fácil a esos terceros el acceso a la obra.

⁶² Capítulo II de la LSDA venezolana.

⁶³ En nuestro caso, por el reconocido experto y tratadista en materia de derecho de autor, Ricardo Antequera Parilli.

Entre nosotros, dicha doctrina ha resaltado algunas ideas sobre el tema de las excepciones y limitaciones establecidas por ley, en materia de derecho de autor. Aquí conviene reiterar el comentario previamente citado del maestro Ricardo Antequera Parilli, para quien la interpretación restrictiva en este ámbito se justifica en que “Tales principios resultan de primordial importancia para la aplicación de la normativa autoral, pues apreciaciones extensivas a las limitaciones del derecho patrimonial desvirtuarían el propósito de lo reconocido por la ley” (Antequera Parilli, 1998, p. 453)

Otras formas -quizás en forma más general y abarcadora de los distintos fines o propósitos que las motivan- de ver las excepciones y limitaciones sobre el derecho de autor, ha sido la de la óptica del interés general o el orden público. En efecto, uno de los representantes de las delegaciones que asistieron a las negociaciones del Convenio de Berna, afirmó que “los límites a la protección absoluta son debidamente establecidos por el interés público” (Numa Droz citado por Sam Ricketson, 2003, p. 3).

Pero pasa que a veces la doctrina y legislación de algunos países ha considerado extender legal y jurisprudencialmente las limitaciones y excepciones al derecho de autor, a aquellos usos que van más allá de lo taxativamente restrictivo. Es lo que sucede por ejemplo con la doctrina legal del “Fair Use” anglosajón, específicamente en los Estados Unidos de América. Esta doctrina legal que tuvo su origen en el *common law*, fue luego positivizada y reconocida por la Copyright Act of 1976 de ese país, y establece una serie de pasos o métodos de comprobación, utilizados principalmente por los jueces en materia de propiedad intelectual, para verificar si en determinados casos una persona está haciendo un uso justo o no, sobre una obra protegida por el derecho de autor en determinada jurisdicción, sin necesidad de contar con la autorización del

propietario de esa obra⁶⁴. No nos referimos precisamente acá a la disertación de si las personas que hagan este uso no autorizado -que es lo que sucede en el marco de las excepciones- sean acreedoras de una remuneración o no, sino únicamente de si su actuación o no pueda ser eventualmente defendida, y por tanto exenta de responsabilidad, ante una reclamación del titular de derechos sobre la obra.

La doctrina legal del “Fair Use” comprende un enfoque muy particular y especial sobre los usos no autorizados -y por tanto exceptuados” del derecho de autor, o más concretamente del copyright, que es como se le conoce en el derecho anglosajón, y que además implica no solo una diferencia terminológica, sino también de enfoque entre el derecho sobre la obra, y los derechos de los autores.⁶⁵

El *fair use* podría ser entendido como el “privilegio de otros frente al titular del *copyright* de usar un material protegido de una forma razonable sin el consentimiento de ese titular, en el entendimiento de que a este se la ha otorgado un monopolio en tanto dueño de ese material” (Manal Z. Khalil, 1992, p. 661)⁶⁶. Pero aún hoy en día, no resulta muy sencillo aprehender este concepto o doctrina del derecho anglosajón o “Common Law”.

Así, Manal Z. Khalil (1992), ha señalado entre otras cosas que este concepto del *fair use* ha sido admitido como “elusivo”, y más adelante agrega que “Esta doctrina reconoce el deseo

⁶⁴ Según las autoras Majorie Heins y Tricia Beckles el “el fair use (o uso leal o justo) es probablemente la mejor conocida forma de libre expresión o “válvula segura” en nuestro sistema de copyright” (Traducción propia). Ver HEINS, Marjorie, BECKLES, Tricia. “Will fair use survive? Free Expression in the Age of Copyright Control”. *Brennan Center for Justice, NYU School of Law*. 2003. p. 1. Disponible en <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/will-fair-use-survive>

⁶⁵ En el sistema continental donde rige el denominado Derecho de Autor, se aprecia como rasgo principal al autor -en tanto persona física- y sus derechos morales y patrimoniales. Los derechos morales es una parte muy importante de este sistema. En cambio, en el Copyright lo más fundamental parecen ser los derechos sobre la obra protegida, y por tanto se circunscribe casi en su totalidad al ámbito de los derechos patrimoniales. Al respecto véase: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf p. 4.

⁶⁶ Definición de Horace G. Ball en “The Law of Copyright and Literary Property 260 (1944): “privilege in others than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to the owner” citado por Manal Z. Khalil en “The Applicability of the Fair Use Defense to Commercial Advertising: Eliminating Unfounded Limitations” *Fordham Law Review* Volume 61 Issue 3(1992) p. 661.

social de permitir a otros el apoyarse o basarse en trabajos u obras protegidas por derecho de autor” (o copyright en su caso) (1992, p.p. 661-662).

Tal y como lo habíamos mencionado al identificar el problema de este trabajo, este concepto o doctrina legal del *fair use* hace viable una interpretación no tan restrictiva y ajustada a cada caso sobre el uso permitido y sin autorización de obras protegidas por el derecho de autor; incluso no se descarta de entrada que el uso no autorizado -o mejor dicho sin el consentimiento del titular- pueda tener fines comerciales⁶⁷.

Nos abocaremos entonces a precisar si el *streaming* en los videojuegos podrían entrar dentro del supuesto de esta doctrina. Por lo que nos proponemos analizar con detalle los supuestos de hecho, tanto los que ha establecido la legislación americana sobre copyright, como la misma doctrina y la casuística propia del “Case Law” en el derecho anglosajón⁶⁸.

A tales efectos, necesario es entonces precisar qué comprende exactamente la doctrina legal del *fair use*, pasando a analizar el denominado *test* de los 4 puntos, que deben ser tomados en cuenta por el juez competente a fin de comprobar si la excepción del *fair use* es viable en determinado caso para que un reclamado o demandado⁶⁹ pueda oponerla válidamente ante el titular de derechos de autor o copyright, y quedar así exento de toda responsabilidad.

Abundando sobre este tema, tenemos otra definición del fair use del doctrinario David Greenspan (2013), que reza así:

⁶⁷ En efecto, esto es lo que trata demostrar o al menos precisar el autor Manal Z. Khalil, dentro del contexto de la publicidad comercial. (1992, p.p. 664)

⁶⁸ En efecto, al menos en los Estados Unidos de América, el precedente jurisprudencial casi que ha definido y dado forma al estatuto legal, en lo que a la definición o entendimiento del *fair use* se refiere. Manal Z. Khalil (1992) (p. p. 664)

⁶⁹Según el autor David Greenspan (2013) solo puede ser usada como una defensa ante un concreto caso de infracción, o al menos uso no autorizado demandado. (p. P. 82) Sin embargo, hay una decisión judicial que afirmó lo contrario, en el sentido de que el *fair use* debe ser considerado por el demandante antes de ejercer un reclamo (Lenz v. Universal Music Corp). La referencia de dicha decisión puede consultarse acá: <https://harvardlawreview.org/2016/06/lenz-v-universal-music-corp/>

En términos generales, el *fair use* representa la idea de que una parte puede usar la porción de una obra protegida por copyright con un propósito determinado o limitado sin pagar al titular de ese derecho por una licencia. Este concepto se deriva de la ley estadounidense de un estatuto de ese país que establece que cuatro condiciones deben cumplirse (...) (Traducción propia) (2013, p. 82).

De tal manera que 4 factores o puntos deben ser analizados en conjunto para determinar si el uso no autorizado⁷⁰ de una obra puede recaer o no dentro de lo que se concibe como el *fair use*. Dichos factores son los siguientes: (1) El propósito y el carácter del uso; (2) La naturaleza del trabajo u obra protegida; (3) La cantidad y sustancialidad de la porción o segmento del trabajo utilizada; y (4) El efecto de ese uso en el potencial mercado de la obra protegida (2013, p. 83)⁷¹.

Ahora bien, ¿Cómo se realiza exactamente el examen de estos 4 factores o condiciones? ¿Deben cumplirse algunos o varios de ellos? En otras palabras, ¿Son taxativos, o sirven a manera de ponderación en donde sea que prevalezca uno de ellos puede que el uso no autorizado sea considerado “justo”? Revisemos lo que la doctrina ha dicho al respecto y también algunos precedentes jurisprudenciales americanos que nos ayuden a precisar o aprehender el concepto de *fair use* y sus 4 condiciones.

Siendo que en sus orígenes se trataba de una norma típica del common law y proveniente del precedente jurisprudencial, los tribunales en Estados Unidos siguieron aplicándola como una especie de pauta o guía no taxativa al momento de resolver si en determinado caso se estaba en presencia de un *fair use* o no. De tal manera que la intención del Congreso de ese país no

⁷⁰ Reiteramos acá que -conforme a nuestra visión sustentada en el marco teórico revisado- el uso no autorizado más resaltante o más claro en este caso sería frente al derecho exclusivo a la comunicación pública o puesta a disposición del público, tal y como lo mencionamos anteriormente.

⁷¹ P. Los 4 factores del *fair use*: (1) The purpose and character of your use. (2) The nature of the copyrighted work. (3) The amount and substantiality of the portion taken y (4) The effect of the use upon the potential market.

fue atar y restringir por completo la actuación de los jueces en este tema⁷². Por tanto, no es obligatorio, ni se desprende del Copyright act de 1976 el que cada uno de estos factores deban ser concurrentes al momento de realizar la prueba, ni que tampoco uno deba prevalecer sobre otro, y ni siquiera que sean taxativos, en el entendido de que los jueces podrán incluso traer a colación otros factores.

En esa línea de pensamiento se enmarca lo que comenta las autoras Tricia Beckles y Marjorie Heins (2005), cuando afirman acerca de esos 4 factores que:

(...) no son excluyentes -las cortes también revisarán algunas consideraciones como el mal comportamiento de una de las partes, el derecho a la privacidad del propietario del copyright, y si la demanda viene motivada por la supresión de crítica no bienvenida. Tampoco debe un demandado ganar en todos y cada uno de los cuatro factores: el hallazgo de *fair use* puede sustentarse en uno solo de los factores si es suficiente. (2005, p. 3)⁷³ (Traducción libre)

De hecho, el mismo estatuto legal⁷⁴ que contiene esta posibilidad de fair use, no hace tampoco ninguna referencia a cómo deben exactamente ponderarse estos 4 factores, sino que únicamente deberán tomarse cuenta, por lo que cabe la interpretación de que el deber del interprete es no dejar de considerar ninguno de los 4, sin que ello implique una concurrencia o prevalencia como lo mencionáramos más arriba.

Son muchas las decisiones judiciales en los Estados Unidos de América que han sentado presente jurisprudencial en cuanto a la viabilidad o no de excepción del fair use por parte de los demandados, una vez que en el transcurso de esos juicios se ha evidenciado o confirmado el

⁷² Según el autor Manal Z. Khalil (1992) el Congreso de los Estados Unidos de América tuvo la intención de mantener la flexibilidad al momento de codificar la doctrina legal del *fair use*. (1992, P. p. 662)

⁷³ P. Disponible en <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/will-fair-use-survive>

⁷⁴ El texto de la ley de copyright americana puede consultarse en: <https://www.copyright.gov/title17/>

uso no autorizado de una obra. Varias de estas decisiones resaltan igualmente la idea de que para que sea procedente esta doctrina legal no es necesaria la concurrencia de los 4 factores, siendo que uno de ellos puede prevalecer incluso sobre el resto. Veamos brevemente algunos ejemplos.

En una decisión de la Corte del Distrito de Nevada de los Estados Unidos de América, de fecha 10 de octubre de 2010⁷⁵, se declaró procedente la excepción del fair use, en el caso de una persona que operaba un blog de internet, y había copiado una porción de un artículo publicado en un periódico de las Vegas, Nevada. La copia consistió en el uso de algunas oraciones del artículo consistentes más que todo en reportes fácticos.

En el caso referenciado, a pesar de que el objeto del uso tenía fines comerciales, la Corte estableció que se trataba de un uso entendido como fair use, por lo que los otros 3 factores - restantes al de la naturaleza del uso- prevalecieron, y en especial el cuarto del impacto en el mercado, en el entendido de que la porción utilizada por el demandado realmente no representaba el valor del artículo original.

En otros casos la doctrina del *fair use* -en tanto excepción para la responsabilidad del que utiliza una obra sin autorización- es declarada como ausente por el juez, y por tanto la responsabilidad por infracción demandada por el titular de derechos resulta procedente. En el caso que comentaremos, sucedió que, aunque uno de los factores (el segundo), pudo haber sumado en favor de la posición del demandado, los otros 3 fueron considerados como suficientes por el juez de la causa para que al final no fuese considerado el *fair use* como excepción válida ante el reclamo.

Dicho caso, que también fue resuelto por la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, en esta ocasión por la Corte del Distrito Sur de Nueva York de fecha 10 de julio de

⁷⁵Un texto de la sentencia puede ubicarse en el siguiente enlace: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5188>

2016⁷⁶, el demandante BWP Media, empresa dedicada al licenciamiento de fotos de celebridades sobre las cuales posee derechos de copyright, reclamó a Gossip Cop Media, un portal de noticias de farándula que toma generalmente -mediante licencia- fotos de celebridades para indagar si las historias detrás de estas son reales o no. Pero en este caso copió y utilizó las fotos bajo la titularidad del demandante, sin autorización o licencia alguna.

Del razonamiento de la Corte, se desprendió que el segundo factor en efecto podría haber servido para apoyar la posición del demandando acerca de un uso justo, en el sentido de que éste copiaba o utilizaba las fotos para comentarios o documentar la situación o historias detrás de ellas, y no por el valor artístico como tal. Pero tal y como ya lo mencionamos, los otros tres factores, la naturaleza del uso con un marcado fin comercial, la utilización completa de la obra, y el posible impacto en el mercado del titular de dicha obra, finalmente conllevó a que fuese descartada la posibilidad de la viabilidad del *fair use*.

Con este segundo ejemplo, observamos entonces que los llamados 4 factores a ser considerados para precisar la procedencia del *fair use* o no, son tal y como habíamos mencionado objeto de una amplia interpretación por parte del juez, de una manera no taxativa, y no teniendo que ser concurrentes los 4 factores para llegar a una decisión, siendo que aun apreciándose uno o varios de estos, puede que otros prevalezcan al momento de establecer un criterio definitivo para cada caso; o al menos así se ha visto en una variedad de precedentes jurisprudenciales en los Estados Unidos de América, que es donde encontramos codificada esta doctrina legal y por tanto en donde hemos delimitado el objeto de este trabajo.

De tal manera que existen entonces distintos regímenes de excepciones y limitaciones al derecho de autor, y la explotación de los derechos patrimoniales. Unos apuntan principalmente a establecer razones taxativas y de interpretación restrictiva sobre el uso permitido y sin

⁷⁶ Un extracto de esta decisión puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/bwp-media-gossip-cop-no13cv7574-sdny2016.pdf>

necesidad de autorización de obras, y son los que se circunscriben generalmente al sistema de derecho continental⁷⁷.

Mientras que otros regímenes o visiones admiten y permiten que entre en juego la casuística, el precedente, y el análisis concreto de cada caso, mediante lo cual se pueda verificar en un determinado caso si en efecto se está interfiriendo o no con los derechos patrimoniales del titular de un derecho, incluso cuando el uso en cuestión tenga además marcados fines comerciales.

En nuestro caso, consideramos que el *Game Streaming* implica la utilización ⁷⁸de los videojuegos por terceros, sin la autorización o consentimiento previo en la gran mayoría de veces por parte de sus propietarios⁷⁹ que vendrían a ser las productoras de videojuegos. Se verifica incluso en muchísimos casos que estos creadores o “streamers” obtienen cierta ganancia por esta actividad, sobre todo -o mejor dicho la mayoría de las veces- cuando esta alcanza cierta popularidad⁸⁰ o notoriedad entre los usuarios de determinadas redes sociales.

Se nos presenta así la diatriba sobre si este uso en particular podría calificar o no como una infracción, sobre todo en nuestro contexto venezolano; o si más bien pudiera ser considerado como permitido o justo basándonos en la experiencia que ha tenido esta figura del *videogame*

⁷⁷ Como principal referente tenemos a la LSDA venezolana y lo que ha dicho la doctrina sobre la forma de interpretar las excepciones ahí establecidas (Ricardo Antequera Parilli.)

⁷⁸ Utilización que encuadramos o relacionamos con el derecho exclusivo a la comunicación pública o puesta a disposición del público. Esto en el mismo sentido que también señalamos en otra parte de este Trabajo, acerca de que mediante el *streaming* estas personas ponen a disposición al menos una parte del videojuego (nada despreciable) ante su audiencia en las plataformas. Si bien es cierto nunca el videojuego puede ser apreciado o utilizado en su totalidad de esta forma, por parte de los usuarios finales.

⁷⁹ Aunque hay algunos propietarios o titulares de derechos de autor sobre videojuegos que lo permiten mediante las licencias que ellos mismos establecen a quienes adquieren sus productos. El ejemplo más resaltante de esto son las denominadas “End User License Agreements (EULAs)”. (John Holden and Mike Schuster, 2021, p. 957.)

⁸⁰ Muchas veces la popularidad viene de la misma actividad. En otras palabras, puede venir de la expectativa que tenga una audiencia o público en particular sobre determinado título de videojuego muy esperado, que sea objeto de un *streaming*, mientras que en otros casos el videojuego previamente poco conocido puede llegar a alcanzar una enorme popularidad producto de un *streaming*. Véase al respecto uno de los casos prácticos analizados sobre el título “Amog Us”

streaming en el derecho comparado. De momento, no parece haber una posición dominante en la doctrina o jurisprudencia⁸¹ al respecto -al menos no en el derecho comparado- o sobre la forma en qué debe entenderse el *game streaming*; sobre todo cuando recordamos que en el derecho anglosajón el precedente es el que generalmente tiene la última palabra.

De lo que ya sí no hay duda, es que la conclusión de si nos encontramos o no frente a una infracción o excepción, seguramente va a variar dependiendo desde la óptica en que se le mire (legislación venezolana del derecho continental, y doctrina legal del *fair use* del derecho anglosajón), en virtud de los distintitos matices que imprimen estas visiones, tal y como ya lo hemos mencionado.

Son entonces estos los antecedentes, conceptos y teorías que nos servirán de base para dilucidar, o acércanos lo más posible, a la naturaleza del *game streaming*, y si finalmente resulta ser una infracción o excepción, en ambos sistemas legales. Es este un marco teórico delimitado por la comprensión del videojuego como obra protegida por el derecho de autor, y las limitaciones y excepciones a la explotación patrimonial, establecidas en las jurisdicciones o países seleccionados para delimitar el problema planteado.

Todo lo anterior en el marco de lo que al respecto haya establecido la doctrina más calificada y la jurisprudencia, sobre cada uno de estos aspectos mencionados anteriormente. Y también sobre lo que se desprenda de la experiencia y análisis de casos en concreto, relacionados con la actuación de los *streamers*, las plataformas donde realizan o suben esta actividad, y las compañías propietarias o titulares de derechos patrimoniales sobre los videojuegos.

⁸¹ Conforme a la investigación realizada, no se encontraron precedentes jurisprudenciales referentes sobre casos de *streaming*, al menos no importantes o resaltantes en la jurisprudencia de las Cortes de los Estados Unidos de América. Los conflictos de momento parecen no haber rebasado el contexto de las plataformas de *streaming*, bajos su términos y condiciones.

5. El Régimen de responsabilidad de las plataformas o aplicaciones en donde se realiza el *streaming*, y para con los usuarios finales

Otro aspecto de vital importancia ante la disertación de si nos encontramos frente a un uso excepcionado o infractor de los videojuegos en tanto obras protegidas, pero haciendo énfasis en los medios donde se produce la actividad que tratamos de verificar si entra en uno u otro supuesto, es aquél de conocer hasta qué punto llega la responsabilidad de las plataformas de *streaming* en estos casos.

Ciertamente, y conforme a los instrumentos de recolección y caso de referencia que hemos tomado en el marco metodológico de este trabajo, son estas aplicaciones o plataformas las que generalmente actúan directamente para regular la disposición de estos contenidos, cuando se han presentado reclamaciones o solicitudes de quienes ostentan los derechos de autor o copyright sobre estas obras. Es conveniente entonces precisar al menos en forma somera el régimen de responsabilidad que imbrica a estos otros actores, específicamente a una de las aplicaciones más populares como lo es YouTube y conforme al alcance de los objetivos planteados.

A primera vista, y siendo que las plataformas de carga y disposición de videos por parte de usuarios, tales como YouTube y otras, no son las que en efecto crean y producen estos materiales audiovisuales -al menos no directamente- podría pensarse que no son igualmente responsables por las infracciones a derechos de autor o copyright en los que pudiesen eventualmente incurrir estos usuarios. No obstante, lógicamente la disposición de estos videos, que pueden contener todo tipo de material protegido tales como música, cinematografía e inclusive fotografías, no puede suceder o ser objeto de una especie de comunicación pública, sin

la intermediación de la aplicación o plataforma respectiva, y en ese sentido, estas no han quedado exentas de reclamaciones de esa índole en tiempos recientes⁸².

En consecuencia, y en virtud además de las fuertes medidas de vigilancia sobre posibles infracciones de Copyright que se evidencian en su país de origen (EE. UU.)⁸³, no sorprende que YouTube haya establecido un sistema interactivo para proteger los derechos de exclusividad de los titulares de derechos, cuando quiera que uno de estos considere que el material subido por algún usuario ha infringido sus derechos⁸⁴.

Adicionalmente, y como parte del análisis de los resultados de los instrumentos de recolección que empleamos en el marco de nuestro marco metodológico, pudimos notar que casi todos los *streamers* habían sido objeto de algún tipo de reclamo de este tipo en YouTube, especialmente en lo que a material musical respecta. Todo lo cual redundaba en la conciencia y voluntad que ha tomado esta plataforma en particular a fin de evitar infracciones soportadas en ella, que quizás no sólo guarden relación con su reputación en general, sino también para procurar que reclamaciones por daños y perjuicios, lo cual implica la posibilidad de ser tenida como responsable de infracciones.

Al respecto, recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó mediante la decisión de los asuntos acumulados C-682/18 Youtube C-683/18 Cyando⁸⁵ en fecha 22 de junio de 2021, que las plataformas como YouTube no eran responsables directas de la

⁸² YouTube no ha escapado a una serie de reclamaciones con base a infracciones de derecho de autor durante las dos últimas décadas. Recientemente se dictó una decisión en Europa sobre un asunto que venía tratándose desde hace un tiempo, al cual haremos referencia de seguidas. Los casos en los Estados Unidos de América tampoco han sido escasos, o por lo menos la polémica no ha sido menor: <https://www.theverge.com/2021/12/6/22820318/youtube-copyright-claims-transparency-report>

⁸³ En efecto, varias demandas se han efectuado contra YouTube con base a lo dispuesto por la Digital Millennium Copyright Act, tales como la que presentó la corporación de entretenimiento Viacom en marzo de 2007. Una referencia de este caso puede consultarse en este enlace: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=11611590-35b0-470c-8772-e40dff1fe726>

⁸⁴ YouTube mantiene un sistema de reclamos sobre copyright, en el que un usuario es objeto de suspensión de su canal o cuenta, al recibir más de tres reclamos en forma de “strikes”.

⁸⁵ Véase: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-06/cp210108es.pdf>

comunicación al público que pudieran haber hecho sus usuarios sobre material protegido por derecho de autor, salvo que dicha plataforma estuviere en pleno conocimiento del uso infractor, pero se abstiene de detener la puesta a disposición de este contenido en su plataforma, actuando oportunamente.

Así pues, tendríamos que, en ese caso en concreto comentado por el Tribunal de Justicia Europeo, las plataformas o aplicaciones de videos en donde se puede subir material de tipo *streaming*, pueden en efecto ser tenidas como responsables de la infracción misma, sin poder exceptuarse bajo el hecho de que sean sus usuarios los infractores directos al haber subido el contenido protegido por derecho de autor o copyright. Esto sin duda delimitó el régimen de responsabilidad en un mercado tan importante como el europeo, en este ámbito de los contenidos disponibles en el mundo digital.

En ese sentido, resulta muy importante destacar que en el continente europeo se encuentra vigente la denominada Directiva Sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital (DAMUD), norma está comunitaria que claramente vino con el propósito de zanjar las muchas inquietudes que se fueron presentando con la irrupción en el mundo del derecho de autor y el copyright, en el mundo digital que devino con la internet.

Abundando en lo anterior, tenemos que además la DAMUD en su artículo 17⁸⁶ regula precisamente ese mismo régimen de responsabilidad que puede llegar a afectar a las

⁸⁶ En efecto, esta norma en particular de mucha importancia y con regulación detallada sobre estas plataformas (prestadores de servicios para compartir contenidos en línea), establece los siguientes criterios que liberan de responsabilidad a estas, cuando se verifica la existencia de una comunicación al público no autorizada (numeral 4):

a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b).

plataformas de *streaming* o como ahí se les señala “servicios para compartir contenidos en línea” cuando realizan un “acto de comunicación al público” o “puesta a disposición del público” de obras protegidas por el derecho de autor; indicando al mismo tiempos las condiciones para que sean consideradas exceptuados estos actores de responsabilidad, en total consonancia con el criterio jurisprudencial recientemente seguido por el Tribunal de Justicia Europeo en la decisión recién comentada.

Como quiera que las plataformas en donde se disponen este contenido no escapan a las posibles reclamaciones que sobre los contenidos ahí dispuestos puedan efectuarse, ya sea por lo que se ha desprendido de la normativa y jurisprudencia europea⁸⁷ o con base a las normativas sobre copyright en el ámbito digital de su propio país de origen, éstas han venido desplegando en los últimos tiempos actuaciones tendientes a evitar la ocurrencia de infracciones sobre derecho de autor por parte de sus usuarios.

En consecuencia, tanto los *streamers* como las productoras de videojuegos sin duda deberán relacionarse con este otro actor al momento de oponer defensas (Fair Use) o entablar reclamaciones sobre sus derechos -de ser viables- que tengan que ver con el uso de estas obras mediante tan particular figura que nos encontramos analizando en esta oportunidad.

No obstante, es menester mencionar que la misma norma hace alusión en su numeral 7 a una serie de excepciones, que citamos de seguidas: “(...)Los Estados miembros garantizarán que los usuarios en cada Estado miembro puedan ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea:

a) citas, críticas, reseñas;

b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche.” De momento, el *Game Streaming* no parece encajar inequívocamente en alguno de estos supuestos, y no existe a la fecha tampoco un precedente o criterio jurisprudencial importante que apoye o rechace una postura en ese sentido; pero bien pueden ser tomados estos ejemplos a manera de un análisis en donde quiera que se alegue un uso excepcional, sobre todo si se trata de un *streaming* en el que el usuario hace bastante uso de comentarios y expresiones, que pudieran ser equiparadas con citas, críticas o reseñas sobre el videojuego”.

⁸⁷ Un caso paradigmático en el ámbito europeo fue el de la declaratoria de la ilegalidad de las retransmisiones digitales realizadas por el portal “Roja Directa”. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/5d2f9628cf8924dffa06cbe15ab1125a3e6d5c14ec28c916>

Pero lo que queda claro es que estas plataformas no están ausentes ni fungen como meros receptáculos de esta actividad, antes bien su actuación será determinante en el entendido de que busquen evitar la sanción legal, en forma similar a los *streamers*, a quienes obviamente les convendría saber con precisión cómo su actividad puede evitar la infracción directa o clara, y si aquella puede catalogarse como una excepción o limitación al derecho de autor sobre videojuegos. De tal manera que las mismas pautas o recomendaciones que se produzcan para los *streamers* en el desarrollo del producto de este trabajo, servirían igualmente para estas plataformas, en una suerte de armonización de criterios.

Capítulo III: Marco Metodológico

1. Descripción del marco metodológico:

La metodología aplicada consistente principalmente en una ajustada a una investigación del tipo cualitativa. Para cumplir con los objetivos planteados, se procuró recabar toda la información necesaria y disponible proveniente de distintas fuentes documentales, a fin de poder contar con la suficiente base para poder realizar un efectivo análisis de la figura objeto del trabajo.

Las fuentes documentales base o principales son la doctrina, legislación, jurisprudencia e incluso principios generales del derecho, en materia de derecho de autor; y más concretamente en lo que al tema de los límites y excepciones a tal derecho se establecen en nuestro ordenamiento jurídico. Así mismo, se acude también a otras fuentes documentales (bibliográficas). que expliquen o den luces acerca de la doctrina legal del derecho anglosajón conocida como el “Fair Use”, como posible excepción o límite al derecho de autor aplicable a la figura objeto del trabajo -el *Game Streaming*- que no está contemplada en forma alguna en nuestra legislación local, y que dicho sea de paso tampoco ha sido objeto de demasiado análisis por parte de la doctrina en derecho comparado, debido principalmente su reciente impacto.

Otras fuentes documentales⁸⁸ que forman parte de la metodología de estudio serían aquellas que hagan referencia al *Game Streaming* como un tipo particular de creación de contenido en el mundo digital de hoy en día, así como también la ubicación -en la medida de lo posible y a manera de referencia- de algunas muestras sobre la percepción que se tiene en general acerca del impacto o importancia económica del *Game Streaming* en la actualidad. Estas

⁸⁸Tales como reportajes periodísticos, material audiovisual subido a la internet, ensayos sobre la materia que no encuadren como doctrina u opinión de expertos legales en la materia, entre otros similares. Muchas de estas fuentes podrían incluso contener material estadístico que pueda ser citado. No tenemos planteado el hacer un análisis estadístico propio, sino únicamente tomar como referencia los que ya existan, y como otro elemento más para los análisis y conclusiones del trabajo.

fuentes documentales se circunscribirían principalmente a artículos o reportajes periodísticos⁸⁹; e incluso a material audiovisual encontrado en la internet, de los cuales es posible derivar o inferir una clara conceptualización y alcance real de la figura, de cara al mundo de la creación de contenidos digitales en general.

Con base a lo explicado en el Seminario de Trabajo de Grado, se aplicaron adicionalmente varias entrevistas como instrumento de recolección de información distinta a la técnica documental. Dichas entrevistas se focalizaron -en el marco del objeto de trabajo- al ámbito local (Venezuela) y regional (Latinoamérica) y a un tipo específico de actor, que no sería otro que el *game streamer*.

De tal manera que se plantean algunas entrevistas como parte del desarrollo del trabajo, con la finalidad principal -que no la única conforme se vaya desarrollando el trabajo- de conocer la impresión que tienen estas personas sobre la actividad creativa que desarrollan, y la implicación que tiene tanto frente a sus derechos, como a los de terceros. Todo ello en el marco del derecho de autor y sus derechos conexos, pero sin pretender en modo alguno que los actores entrevistados sean conocedores en detalle de esta disciplina jurídica, ni menos aún expertos en ella.

Las entrevistas se realizaron bajo una modalidad flexible o no estructuradas, en virtud de que se pretendió más que todo conocer la opinión o experiencia personal -la práctica- de estos actores frente al problema objeto del trabajo. En otras palabras, no se buscó obtener respuestas concretas ante preguntas certeras o muy precisas; antes bien, se estructuró el instrumento de tal manera que las respuestas sirvieran de relatos que a su vez puedan servir de referencia local en cuanto a cómo entienden estos creadores de contenido su ámbito de actuación individual o

⁸⁹ Parte de los objetivos específicos es tomar como referencia el caso práctico del YouTuber “PewDiePie”. Acá la fuente documental sería artículos o reportajes periodísticos encontrados en cualquier medio de la web, así como material audiovisual tales como videos en YouTube que hablen sobre el tema.

límites frente a los demás actores (desarrolladores de videojuegos, empresas publicadoras de videojuegos, redes sociales de gran importancia, etc.).

Con base a la información recolectada mediante este instrumento, en cierta medida nos proponemos conocer cuál es la preconcepción de una parte o determinado sector de los actores implicados en el problema. Consideramos que esto en efecto da algunas luces sobre qué impacto tienen las normativas jurídicas actuales y la doctrina sobre el asunto. Pero también creemos que en efecto coadyuva en la preparación de unas bases para las conclusiones, reflexiones y propuestas de solución que trabajaremos de cara al problema planteado.

Otro instrumento de recolección aplicado fue el de una matriz de investigación, mediante la cual se pretendió recolectar, precisar y clasificar información relativa al tratamiento de derecho de autor en algunas jurisdicciones donde pensamos el *Game Streaming* pueda tener más impacto, y en países latinoamericanos con sistemas legales similares al nuestro.

Esta matriz de investigación buscó recolectar y precisar en pocas palabras, cual es el manejo legislativo y doctrinario en cuanto a los derechos de autor sobre videojuegos en algunos países seleccionados. De ahí hemos tomado sobre cada país analizado qué elementos son tomados en cuenta dentro de esa complejidad que comprende el videojuego, de las obras más clásicas protegidas relacionadas o generalmente encontradas en los videojuegos, y -muy importante- qué resaltó en esos países acerca de los titulares de derechos sobre los videojuegos, de tal manera que podamos dilucidar qué posición pudiesen ocupar los *streamers* en cada uno de esos sistemas. Para tal fin, nos apoyamos en la fuente documental representada por el trabajo: *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches* (2013).

2. Instrumentos y herramientas de investigación utilizados

Entrevista dirigida a Game Streamers venezolanos y latinoamericanos:

Objetivo: Conocer cuál ha sido la experiencia de varios game streamers venezolanos, en su interrelación con las plataformas o aplicaciones donde suben su contenido (el “Game Streaming”), desde una perspectiva del derecho de autor o el *copyright*.

Preguntas planteadas:

1. Según tu opinión ¿Cómo definirías o describirías al Game Streaming?
2. ¿Consideras que la generación de contenido vía Game Streaming te hace titular de algún derecho?
3. ¿Percibes ingresos económicos por esta actividad?
4. ¿Consideras que para la generación de contenido vía Game Streaming, antes es necesario pedir permiso o solicitar el consentimiento a los propietarios de videojuegos, o no?
5. ¿Cuál es tu nivel de conocimiento sobre el Derecho de Autor en los videojuegos?

Listado de posibles respuestas

1. Nada.
2. Muy poco.
3. Algo
4. Bastante.

6. Dependiendo de tu respuesta anterior ¿Qué opinas sobre el Derecho de Autor en los Videojuegos?

7. ¿Estas familiarizado con los Términos y Condiciones de las plataformas o aplicaciones que utilizas para subir contenido, especialmente los relativos a Derechos de Autor o Copyright?

8. ¿Has sido objeto de que una publicación tuya haya sido dada de baja en cualquier plataforma, en virtud de supuestas infracciones de Derecho de Autor/Copyright?

9 En caso afirmativo de la pregunta anterior ¿Podrías describir brevemente tu experiencia?

10. ¿Qué opinas sobre esa experiencia, crees que se actuó debidamente o consideras que ha debido ser de otra manera?

Matriz de investigación sobre el manejo legislativo y doctrina en temas de derechos de autor sobre videojuegos en los países Argentina, Brasil, Canadá, Francia, Japón, República de Corea, España, Estados Unidos de América y Uruguay.

Objetivo: Conocer cómo cada legislación y doctrina de algunos países seleccionados manejan al videojuego desde la perspectiva del derecho de autor, a fin de contar con las bases y herramientas necesarias que nos ayuden a entender mejor -y principalmente- la posición sobre los *streamers* en esas jurisdicciones.

Modelo de la matriz de investigación:

País	Tipo de legislación	Instrumentos normativos	Alcance Principal	Clasificación general (doctrina y jurisprudencia)	Titulares de derechos

Capítulo IV. Resultados

1. Entrevistas

Entrevistado No. 1: TheGamerVenezuela (enlace al canal de YouTube: <https://www.youtube.com/user/TheVenezuelaGamer>)

Respuestas obtenidas:

1: Según mi opinión describo el Game Streaming como una manera de jugar teniendo comunicación constante con los seguidores e intercambiar ideas de forma espontánea, existe más Feedback, también es un método más cómodo para subir algunas partidas de juegos muy largos sin necesidad de ediciones.

2: No del todo, considero que independientemente del juego, sea online o modo historia, tiene [sus] creadores, en el Online solo eres titular de tus victorias o habilidades que demuestres, adicional a eso puedes ayudar a la compañía del videojuego con compras en el juego para hacerlo un poco más personalizado y ser titular de una cuenta.

3: Generalmente cuando emito algunas partidas en directo recibo algunas bonificaciones económicas de los fans, enviando tokens o gifts en los chats en directo

4: Existen dos tipos de Streamers, modo historias y modos online. En la mayoría de los casos para los streamers que graban partidas en modo historia deben solicitar un permiso a la compañía del juego, debido a que cierta cinemáticas y bandas sonoras tienen derechos de autor, pero en los modos online simplemente son algunas partidas rápidas jugando con los seguidores, donde pueden colocarse música de fondo y una pequeña edición del marco de pantalla.

5: 5 ¡Algo!

6: Opino que están en todo su derecho pues la compañía es la creadora del juego e invirtieron mucho dinero y tiempo para crearlo, detrás de cada uno de los títulos de juegos existen padres

de familia y trabajadores que hacen todo lo posible por traernos momentos de diversión, en el caso de YouTube debe solicitarse un permiso colocado en la descripción del video para que sepan que no lo haces por incumplir las normas del Copyright, si la empresa revisa tu video y puede leer el comunicado quizás no harán nada, en algunos casos solo colocan publicidad de ellos en tu video pero no lo eliminan...

7: Correcto, estoy familiarizado con los términos, los youtubers debemos cuidarnos de incumplir dichas normas para evitar ciertos Strikes, el 90% de ellos están relacionados a cinemáticas o bandas sonoras. He visto muchos casos de copyright de gameplays pero solo cuando el juego aún no está lanzado y es una beta que solo poco probarla [,] pero no subirla para no hacer spoilers antes de que salga el juego a la venta-

8: Hace mucho tiempo fue dado de baja un video de mi canal porque en su mayoría solo contaba con algunas cinemáticas y no con gameplays, entonces fue cuando pague la novatada!

9: Fue una partida de un juego llamado Metal Gear Rising, subí el modo historia con los videos... es un juego bastante largo pero en ese momento no sabía que podía traerle problemas al canal. A la mañana siguiente ellos removieron mi video. En otra ocasión recibí una notificación de que en el gameplay estaba sonando una música de una agrupación por lo que debí eliminar el sonido o colocar otra canción de fondo para evitar que el video se silenciara. También pondrá publicidad de la empresa con el cual todo lo que se genere en el video irá hacia ellos.

10: En algunos casos las decisiones son tomadas por una inteligencia artificial y puede existir cierto margen de error por eso se recurren a las apelaciones, considero que deben tener un filtro más amplio porque a veces son medidas tomadas arbitrariamente sin preguntar incluso algunos en algunos videos de YouTube las compañías oficiales pueden hacerse un auto-strike también pasan ciertos casos por empresas creadas que pueden hacerse pasar por los dueños legítimos

de algunos juegos y colocar denuncias para molestar a los dueños de los canales, pero las compañías están en su derecho y debemos cumplir las normativas...

Análisis de sus respuestas:

Antes que nada, es de resaltar el nivel de conocimiento del entrevistado sobre la materia, y las opiniones más o menos sustentadas que emitió. Afirmó conocer “algo” sobre Derecho de Autor, pero en verdad consideramos que superó nuestras expectativas sobre dicho conocimiento, lo cual se desprende del resto de las respuestas.

Uno de los aspectos que más resaltan es el reconocimiento y respeto del streamer por los derechos relacionados a los videojuegos, así como la familiarización con los términos y condiciones de las plataformas -en este caso Youtube- acerca de este tema, y cómo funcionan. Una de las cosas que pudimos conocer mediante la aplicación de este instrumento, fue aquella de la implementación de la tecnología de inteligencia artificial para detectar posibles infracciones, hecho este que no estaba aclarado por lo investigado a través de otras fuentes, hasta el momento.

Destaca también la terminología propia del ámbito de los streamers (modo online, historia, gifts, tokens, cinemáticas), que hacen referencia a la parte técnica del objeto de estudio, y sobre la cual habrá que precisar una mínima descripción en el desarrollo del trabajo.

El entrevistado no parece estar plenamente convencido de que su actividad sea enteramente original, no al menos en todas las modalidades o supuestos que comentó. No obstante, se puede inferir de sus respuestas que existe una manera de crear este tipo de contenido sin la necesidad de infringir normativas de la plataforma (relativas al Copyright), e incluso sin solicitar permiso o autorización de los titulares de estos derechos, siempre y cuando se den ciertas condiciones que además el propio streamer ha venido conociendo y aplicando en

la práctica, luego de haber pasado incluso por experiencias en las cuales sufrió de bajas de su contenido por parte de la plataforma o red social donde los subió (YouTube).

Llama la atención que la causal de infracciones en la plataforma que usa este streamer no parecen estar enfocadas expresamente en el videojuego como obra (compleja), sino más bien en otras obras como lo son las denominadas por él mismo “bandas sonoras” y “cinemáticas”, que bien pudieran ser parte de las obras que conforman como tal al videojuego como un todo. Esto se sustenta con la realidad del videojuego en el Derecho de Autor, según lo que se han investigado hasta el momento.

Los resultados de aplicación de esta entrevista sirven para confirmar de momento varias ideas base. En primer lugar, se verifica que los videojuegos no escapan a las normativas que sobre Copyright establecen los Términos y Condiciones de las plataformas o sitios web donde son subidas las creaciones de los streamers. De igual forma, los Game Streamers están conscientes de esta realidad, y a través de la experiencia que han tenido, han podido adaptarse a las limitaciones que estas normas les imponen, lo que al mismo tiempo los hace conocedores de ideas básicas sobre derechos de autor.

La atención brindada por el entrevistado fue muy amable y rápida. No se descarta volver con él para aclarar algunos otros puntos, o inclusive plantear preguntas adicionales de ser necesario.

Entrevistado No. 2: Luis Delgado (enlace al canal de YouTube: <https://youtube.com/user/luisendroid>)

1: Para mí, el Game Streaming es un hobby que sirve tanto para entretenimiento y, si el streamer lo desea, poder generar (mediante las plataformas de streaming y mientras se cumplan con las normas establecidas en cada una) ingresos monetarios.

2: Considero que me hace titular de los derechos que son permitidos bajo las normas de cada plataforma de Streaming.

3: No, no recibo ingresos económicos por esta actividad. Podría considerar ganar dinero mediante streaming.

4: Pero por supuesto que es justo y necesario que el streamer tenga permiso de las empresas o propietarios de los videojuegos para poder monetizar los videos ya que de lo contrario estaría violando el contrato de usuario, a no ser que dicha plataforma usada ya contenga los permisos necesarios para que el streamer pueda lucrar con videos de videojuegos mediante acuerdos con las empresas o dueños de estos mismos.

5: Muy poco.

6: Es justo. Todos tenemos derecho de proteger y patentar nuestras creaciones.

7: No estoy tan familiarizado.

8: Sí, varios de mis videos se han visto afectados por normas de derecho de autor.

9: Partes de mis vídeos han sido "muteadas" en Youtube por infringir derechos de autor de artistas musicales, otros vídeos en Instagram han sido bloqueados en diferentes países por copyright, aunque mis videos, al no estar monetizados, usualmente los mantienen en las plataformas sin ningún problema.

10: Se actuó debidamente, aunque las plataformas deberían tener alguna opción que especifique que no se quiere monetizar el vídeo al momento de subirlo (en mi caso, yo subo videos por pura diversión), de esa manera se evita que algunos vídeos se vean afectados por las normas de copyright.

Análisis de sus respuestas:

Este segundo entrevistado manifestó de entrada no tener un relativamente aceptable conocimiento en temas de derecho de autor sobre videojuegos, a diferencia del primero. Esto se entiende al verificar que no posee la misma cantidad de contenido y usuarios suscritos a su canal, lo cual deviene lógicamente en menos exposición y popularidad en la plataforma YouTube.

No obstante, aun así, se puede apreciar en sus respuestas un saber sobre las premisas más básicas en derecho de autor en general, y sobre las limitaciones que ello impone a las terceras personas que puedan hacer uso de las obras ajenas, sobre todo cuando ello implique el provecho económico. Esto es un factor fundamental a la hora de entender las limitaciones y excepciones al derecho de autor.

Al igual que con el primer entrevistado, resalta que una causa primordial de infracciones en estas plataformas es la relativa a obras de carácter musical (bandas sonaras en el primer caso, acá denominadas como “artistas musicales”). De nuevo el uso del videojuego como tal, no parece ser la causa detectada principalmente para dar de baja a una publicación.

Entrevistado No. 3: Ninoccikai (enlace al canal de Twitch: <https://www.twitch.tv/ninoccikai>)

1: El Game Streaming se podría decir que es una rama del formato que hoy en día se conoce como “contenido via Stream” el cual se basa en jugar, compartir eventos, entrevistas y conversatorios todo via Stream.

2: La verdad no. Tú haces streaming de un juego o un género en específico y podrías armar tu comunidad en base a ello, pero eso no te da titularidad de algún derecho solo por el hecho de transmitir el juego de N [tal] compañía. Con los años el tema de Stream ha ido cambiando todo el tema de, por ejemplo, Streamear un videojuego con música que tiene copyright y yo como creador de contenido sé el riesgo que significa para nosotros los creadores de contenido usar

música que por tener copy [right] nos puedan llamar la atención en la plataforma. La verdad que es un tema que hoy día es muy debatido.

3: Mira, para vivir, pagar arriendo, pagar gastos mensuales...no. Pero sí percibo dinero por crear contenido en Internet. El ingreso económico como creador de contenido de video juegos y sobre todo si te dedicas al género Fighting como yo (MK, Street Fighter, juegos de nicho). Es complicado. Sobre todo, en Latinoamérica apenas estamos percibiendo y aceptando la idea que existe gente que se lucra de estas actividades y te podría asegurar que de 10.000 creadores de contenido son pocos los que te dirán: "yo vivo de esto" porque no es común. En USA y Europa es más normalizado por un tema cultural y que ya este tema está más establecido, además que los taxes son distintos (a nosotros en cada pago nos quitan un porcentaje, generalmente en Latinoamérica es mayor). Además, que la entrada mensual de dinero en estos países es distinta y se podría decir que la gente acostumbra más a suscribirse a canales en twitch, a pagar contenido de canales pequeños/medianos. Son muchos factores.

4: No. Para nada. Son muy pocos los juegos que no te permiten transmitir porque están en una fase beta o demo y esto es porque el juego no ha salido al mercado. De hecho, a las compañías de videojuegos les interesa muchísimo que uno transmita su producto porque esto prácticamente es publicidad que ellos no pagan, es gratis, tú lo juegas porque te gusta y quieres transmitir tu experiencia con el juego. Un ejemplo vivo de esto son Fall Guys y Among Us, juegos que salieron de la nada y los Streamers más grandes lo empezaron a transmitir y eso hizo efecto de bola de nieve.

5: Como te mencioné en la respuesta anterior, es poco el conocimiento que un jugador/creador de contenido tiene sobre el Derecho de Autor en los videojuegos porque es muy rara la vez que

una compañía de un videojuego le haga un copyright strike a un creador de contenido porque generalmente a ellos les interesa que juguemos su producto.

6: Muy poco

7: Bastante.

8: Sí. Hace años subí un video a YouTube de un Gameplay del juego "Destiny" con música de fondo y me bajaron el video por Copyright Claim.

9: Me llego un correo de YouTube en donde te avisan que el video se bajó por Copyright, en este caso mi canal de YT no es mi canal principal de contenido y no esta monetizado, si hubiese estado monetizado lo más seguro que hubiese ocurrido es que no lo bajan, pero le quitan la opción de monetizar con ese video.

10: Mira, la verdad, es que creo que crear contenido en Internet debería ser más flexible, últimamente compañías como YouTube han sido muy rigurosas con el tema de Derechos de Autor y muchísimos creadores de contenido han demostrado su disgusto a esto, incluyéndome, Twitch tampoco se queda atrás, uno siempre tiene que tener cuidado sobre todo con la música, de hecho, la música es lo que más te pone atados, porque es con lo que más te bajan contenido o te desmonetizan si pones música con Copy en un video (como me paso a mi). Como te comenté en respuestas anteriores, este es un tema que se debate mucho hoy día y que en mi opinión personal espero que pronto se pueda regularizar más la creación de contenido con cualquier tipo de música. Seria espectacular.

Análisis de sus respuestas:

Acerca de esta tercera entrevista, pensamos que resaltan más que todo las opiniones relativas al ingreso económico por la actividad. Si bien es cierto que pareciera que en efecto se logra percibir algo, tal y como lo han asomado también el resto de los entrevistados, su aporte como actividad de sustento económico para los *streamers* no parece ser demasiado importante. De ahí que menciona que esto de *streamers* adinerados se observa más que todo en países como Estados Unidos y otros europeos.

Otra idea o aspecto que consideramos resalta bastante con este entrevistado, es el relativo a la actuación o intervención directa de las compañías o titulares directos de derechos de autor sobre videojuegos en la actividad del *streaming*. Acá el entrevistado opina que casi nunca las compañías ejercen un reclamo directo, y él considera en sus respuestas que esto se debe más que todo al hecho de que estas compañías más bien se benefician del *Game Streaming*

En cuanto a sus experiencias frente a supuestas infracciones, ya vamos observando un patrón en la práctica. Es palpable el hecho de que la razón principal por la que los contenidos de los streamers llegan a ser objeto de alguna medida en las plataformas -principalmente YouTube- tiene que ver con el uso de obras musicales. Al respecto, y cuando le preguntamos sobre su opinión acerca de lo procedente de la medida a la que fue objeto, en su respuesta notamos un criterio más hacia la flexibilización o posibilidad de un uso más libre, al momento de “streamear”

Por otra parte, en su última respuesta notamos también la necesidad que tiene este streamer de contar con mayor seguridad jurídica, en el sentido de estar seguro sobre lo que pueda hacer o no hacer; por su puesto en el entendido de contar con una mayor libertad frente a lo que considera una actual “rigurosidad” en temas de derechos de autor, de parte de las plataformas donde se implementa el *Game Streaming*. En definitiva, este *streamer* entrevistado no parece estar muy contento con una noción de derecho de autor totalmente estricta y restrictiva.

Entrevistado No. 4: geRRm (enlace al canal de YouTube:
<https://www.youtube.com/c/GermainAcosta/videos>)

1: Lo defino como algo para entretener y divertirse al mismo tiempo, ya que con esto hacemos los que nos gusta y además creando contenido llegamos a otras personas que también disfrutan de los videojuegos o simplemente de lo que hacemos.

2: Sí, el de tu imagen y de los videos que realices para tu canal.

3: Sí, muy poco. (Por tener espectadores de Venezuela)

4: Depende, si los creadores de videojuegos colocan ese término en sus videojuegos debemos pedir el permiso, pero creo que no lo harían porque perderían muchas personas que se dedican al Streaming, ya que no cualquiera podría transmitir su video.

No me parece conveniente para ningún creador de videojuegos ni para ninguna empresa.

5: Muy poco la verdad, solo descargo el videojuego y entro a divertirme un rato.

6: No creo que sea conveniente para los creadores, siento que perderían mucho dinero, ya que no cualquiera transmitirá su videojuego por los derechos, y así el videojuego perderá alcance y popularidad.

7: Muy poco, lo necesario. No profundizó mucho en el tema, ya que mi canal no genera muchas ganancias como para dedicarme a vivir de eso, simplemente lo hago por hobby.

8: Sí.

9: Subí a uno de mis videos una canción por alrededor de unos 3-5 segundos y el dueño mandó a quitar mi video, o simplemente que las ganancias del video generarán ingresos para él. Así que decidí borrarlo.

10: Pienso que se actuó bien, si él es el creador de esa canción yo no puedo tomar su trabajo y generar ganancias y que él no se lleve nada a cambio. Como creador él decide quién puede usar su contenido y quién no.

En mi caso seguramente no le gusto mi contenido y me dio esas dos opciones, pero de seguro a otros sí les permitirá usar su contenido sin problemas.

Análisis de sus respuestas:

Con el cuarto entrevistado se repite otro punto ya planteado en las respuestas de la tercera entrevista, aquel del comentado inconveniente para los titulares de derechos de videojuegos de tratar de restringir el *Game Streaming*. No hace mención expresa al beneficio de la publicidad o exposición de títulos de videojuegos generado por el *streaming*, pero de todas formas deja la idea implícita al señalar que no cree que los titulares quieran perder muchos *streamers*.

Este *streamer* venezolano trajo a colación un elemento que ningún otro entrevistado mencionó, y es que a través de una de sus respuestas dejó implícito el conocimiento que tiene sobre las licencias que a veces vienen acompañadas con la adquisición de videojuegos. En efecto, al mencionar que "...si los creadores de videojuegos colocan ese término en sus videojuegos debemos pedir el permiso" está una vaga referencia a las licencias de uso.

Tal y como lo señalamos en el marco teórico, el tema de las licencias -en formas de contrato de adhesión- que imponen los titulares de derechos sobre videojuegos, es un punto para tomar en cuenta en nuestro trabajo, sobre todo sabiendo que estas licencias de uso van desde las más restrictivas, hasta las más permisivas incluso en el campo de los usos con fines comerciales.

Este *streamer* en particular no demostró disgusto o rechazo en particular, sobre las limitaciones a su actividad -por reclamaciones de derecho de autor- de las que también llegó a ser objeto. Pero lo cierto es que nuevamente se repite el caso de reclamaciones basadas por el uso no autorizado de obras musicales. Se reafirma el patrón comentado, y de las cuatro entrevistas nunca se evidenció una reclamación producto de infracción por derechos de autor sobre videojuegos, sino únicamente por uso no autorizado de música.

Análisis de los resultados de las entrevistas.

El resultado fundamental de estas entrevistas podemos resumirlo en dos ideas básicas o principales. La primera es que la plataforma YouTube ha establecido un sistema que permite detectar cuando existe un uso no autorizado de obras musicales. Esto al parecer se verifica incluso sin mediar solicitud de un particular o titular determinado, sino más bien de parte un algoritmo que se sustenta en una base de datos de obras protegidas por copyright o derecho de autor. Ante este contexto, la mayoría de los *streamers* aceptan o reconocen el derecho de autor que pueden llegar a infringir, y en su experiencia han tratado cada vez más de evitar la reincidencia en estos aspectos.

Ahora bien, en el caso del uso de los videojuegos -y aunque quizás tenga que ver con el alcance limitado de los entrevistados frente a youtuberos con un nivel masivo y mucho más amplio de audiencia- no han sido objeto de reclamos de ningún tipo por parte de titulares de esas obras en particular. Si bien no dejaron de dar su opinión al respecto -casi todas las veces

alineadas en el sentido de que es una actividad que más bien puede beneficiar a los titulares de derechos (productoras de videojuegos)- no es algo sobre lo que puedan desarrollar mucho, debido precisamente a que no han tenido la experiencia de sufrir un reclamo por el uso no autorizado de un videojuego.

Lo anterior, trae algunas reflexiones preliminares acerca de cómo medir la afectación del *Game Streaming*, dependiendo del alcance, popularidad, y nivel de audiencia que tengan los *streamers*. También podemos concluir que, en temas de copyright o derecho de autor, los sistemas algorítmicos de YouTube aún no parecen estar lo suficientemente adaptados a la detección de un uso no autorizado en estos casos y, por tanto, las reclamaciones en este campo seguirán dependiendo mucho de lo que puedan llegar a denunciar los titulares de esos derechos, dentro del ecosistema de esas mismas plataformas.

2. Resultados de la matriz de investigación

País	Tipo de legislación	Instrumentos normativos	Alcance principal	Clasificación general (doctrina y jurisprudencia)	Titulares de derechos
Argentina	No específica	Ley No. 11.723, Régimen legal de la Propiedad Intelectual	Elementos de audio: ×	Software con características especiales (naturaleza compleja)	Definidos como autores, productores, licenciantes/licenciatarios y editores
			Elementos de video		
			Código de computadora ×		
			Adicionales: Actores e intérpretes, diseñadores.		
Brasil	No específica	Ley No. 9610 del 19 de febrero de 1988	Elementos de audio ×	Trabajos audiovisuales (obras audiovisuales) en primer lugar, pero también se protegen como software o programa de	Definidos como autores, editores, productores principalmente, cada uno conforme a la participación que hayan tenido en el desarrollo del
			Elementos de video ×		
			Código de computadora ×		

			Adicionales: Se ha manejado como secreto empresarial (propiedad industrial)	computación, principalmente por vía jurisprudencial	videojuego. Adicionalmente, se le ha reconocido derechos también al "gamer" en cuanto a videojuegos interactivos, en virtud de que contribuyen con la formación y desarrollo del videojuego como tal.
Canadá	No específica	Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42	Elementos de audio × Elementos de video Código de computadora: × Adicionales: Obras literarias, musicales, dramáticas y trabajo artístico	Programas de Computación principalmente. En segundo lugar como "trabajos colectivos"	Autores en cooperación. Conforme al "case law" (jurisprudencia anglosajona), cada autor debe demostrar que hizo un aporte sustancial, a fin de que sea reconocido como tal en este tipo de obras colectivas
Francia	No específica	Code de la Propriété Intellectuelle (CIP)	Elementos de video × Elementos de audio × Código de computadora × Adicionales: Obras de la mente (oeuvre d l'spirit), incluidos los guiones	Creación compleja que no se puede categorizar dentro de una clasificación preexistente	Diseñadores líderes, directores de arte, diseñadores de sonido y guionistas. También se menciona a los jugadores en línea, de acuerdo con el aporte creativo que hagan.

Japón	No específica	Act No. 48 of May 6, 1970)	Elementos de video ×	Obras cinematográficas	Creadores, editores y productores
			Elementos de audio ×		
			Código de computadora × (como una obra literaria)		
			Adicionales:		
República de Corea (*)	No específica	Computer Programs Protection Act of 1986 y Republic of Korea Copyright Act of 2009	Elementos de video	Programa de Computación principalmente, y en segundo lugar obras cinematográficas	Las compañías o corporaciones que fungen como productoras de videojuegos donde haya relación laboral con numerosas personas involucradas. Aunque existe la posibilidad de que en virtud de las reglas de determinada compañía, un empleado que haya aportado
	Elementos de audio				
	Código de computadora ×				

			Adicionales: Obras cinematográficas		significativamente pueda ser reconocido como autor. Los jugadores en este país son extremadamente populares, aunque se han reconocido más como intérpretes (teoría) que como titulares de derechos de autor. Se señala que los derechos generados por publicidad por estos jugadores, pueden entrar en conflicto con las productoras de videojuegos
España	No específica	Ley sobre derecho de autor española	Elementos de video Elementos de audio Código de Computadora ×	En general se ha tenido como un programa de computación: Jurisprudencia	Autores en cooperación, salvo pacto en contrario, y en los casos donde exista una persona con la iniciativa y coordinación de la obra, esta será el titular de los derechos

					de autor. Por otra parte, las productoras de videojuegos deben firmar licencias de derechos en los casos que contraten con personas independientes y no con empleados para el desarrollo de estas obras. En el caso de los empleados se presumen los derechos cedidos al empleador, solo para la realización y cumplimiento del enfoque necesario o requerido.
			Adicionales: Se han protegido elementos artísticos tales como dibujos de personas en algunos casos decididos por tribunales		
Estados Unidos de América	No específica	United States Copyright Act, 17 U.S.C	Elementos de video ×	Muy compleja clasificación. En principio como un programa de computadora que se entiende bajo la ley americana como una "obra literaria". Pero si el videojuego contiene suficientes elementos de audio y video, puede ser entendido también como una obra audiovisual e incluso como una película, dependiendo de los elementos de autoría que se observen o predominen.	Editores y productores (compañías). No obstante, con el surgir de pequeños estudios, se observa una tendencia a establecer el reconocimiento autoral de los autores individuales. Por otra parte, los jugadores en línea que aporten al videojuego mantienen sus derechos autorales, aunque se ha entendido muchas veces que otorgan licencias en forma implícita, ante esto la doctrina recomienda el suscribir acuerdos por escrito a los gamers.
			Elementos de audio ×		
			Código de computadora: ×		
			Adicionales:		
Uruguay	No específica	Ley No. 9.739 del 17 de diciembre de 1937,	Elementos de audio	En general se ha entendido como un Programa de Computación (software)	Autor individualmente considerado como una persona física, ya sea para el supuesto generalmente aceptado de software o programa
			Elementos de video		
			Código de computadora ×		

		<p>modificada por última vez conforme a la ley No. 18,046 del 24 de octubre de 2.006</p>	<p>Adicionales:</p>		<p>de computación, o para cuando se trate de audiovisuales o de otra índole. Se presume la cesión de derechos patrimoniales en caso de relaciones de dependencia o encargo por parte de una productora, salvo pacto en contrario. A pesar de que actualmente no se clasifica al videojuego como una obra audiovisual, la doctrina de todas formas pide tomarlo en consideración para futuras perspectivas. En este segundo caso se presume la coautoría, en virtud de la complejidad de la obra, y también la cesión de derechos patrimoniales a quien funja como productor.</p>
--	--	--	---------------------	--	--

Análisis de la información obtenida y clasificada:

Los datos obtenidos de los países seleccionados para la matriz serán de mucha utilidad para desarrollar el trabajo, y además revelaron información muy interesante y no esperada al momento de ubicar el problema objeto el trabajo. Se confirma de esta manera la utilidad de no sólo haber seleccionado países americanos o europeos para la investigación, sino también países asiáticos, en donde la industria de los videojuegos no solo tiene parte de su origen, sino también un gran alcance.

En efecto, más allá de la información relativa a la conceptualización y ubicación de los videojuegos en el contexto de las obras originales y creativas clásicas y protegidas por el derecho de autor (que no deja de ser una base teórica importante para nuestro trabajo), nos sorprendió gratamente sobre todo el punto del tratamiento de los titulares de derechos.

Así, en algunos países, tales como Estados Unidos de América, Corea del Sur, Brasil y Francia, según la información que se pudo obtener de uno de los instrumentos de recolección (matriz de investigación), se reconoce ya el protagonismo y posible autoría de los *gamers* en línea, algo que sin duda alguna guarda analogía o al menos muchísima relación con la figura del *streaming*.

Recordemos que los *game streamers* son antes que nada unos jugadores más en el mundo de los videojuegos, así que el hecho de que se reconozca que los *streamers* pueden aportar -quienes podrían ser incluidos perfectamente dentro de la categoría de un *gamer* en línea- en la originalidad o creatividad de los videojuegos, sin duda debe ser tomado en cuenta al momento de analizar el encuadramiento de esta actividad frente al tema de las excepciones e infracciones al derecho de autor. En otras palabras, si ya para algunos casos o modos particulares del uso de los videojuegos en línea, incluso las legislaciones de estos países que mencionamos arriba afirman ya una posible coautoría, y

por tanto aporte con el suficiente nivel de originalidad o creatividad que merezca protección o derechos sobre aquello, ello definitivamente será un factor a tomar en consideración, al menos dentro de uno de los sistemas u ordenamientos jurídicos que son objeto de este Trabajo, y en relación con el análisis que nos hemos propuesto.

Como resultado de lo investigado en esta matriz, podemos decir que el *Game Streaming* es ya una figura con reconocimiento en los estudios (legislativos) sobre derecho de autor en los videojuegos, lo cual ha generado incluso en la práctica lo que se conoce como los “end user licence agreement” que es la forma mediante la cual algunos de los titulares de derechos de autor sobre videojuegos han procurado regular o delimitar de alguna forma esa relación entre *streamer* y ellos. Aunque muchas veces sucede que estas licencias tácitamente aceptadas por los jugadores al adquirir cada título de videojuego pueden ser revocadas unilateralmente en cualquier momento y con total discreción.

Por otra parte, muchos de los más grandes *streamers* siguen apoyándose en muchísimas ocasiones en la excepción de la doctrina legal del “Fair Use”, que tanto se ha mencionado desde el momento en que venimos concretando los problemas y objetivos del trabajo. Su mayor argumento es la esencia o capacidad transformadora del tipo de contenido que ellos crean, con respecto a las obras originales que serían los videojuegos. Entiéndase acá la capacidad transformativa -en tanto concepto que forma parte del análisis de uno de los 4 factores del *Fair Use* y que por tanto debe ser entendido dentro de ese contexto antes que en el del derecho de autor continental- no como la posibilidad de crear una obra derivada o nueva⁹⁰ frente a la original, sino antes bien como la mera capacidad de añadir algo propio o nuevo, con el propósito de que ese añadido que se haga mediante

⁹⁰ Punto este de la posible calificación de los *streamers* como autores o titulares de derechos de autor independientes que, si bien no negamos su posibilidad, consideramos igualmente escapa al objeto del Trabajo de la misma forma que sucede con el tema de la coautoría asimismo mencionada en otras secciones de este.

un uso no autorizado o licenciado no sea algo que se sustituya en el uso normal de la obra por parte de sus destinatarios finales. En otras palabras, que a través del *streaming*, la audiencia o público de estos no pueda apreciar o vivir exactamente la misma experiencia que tendría al comprar un videojuego y jugarlo o interactuar con él en forma plena.

No obstante, esta alternativa solamente tiene un claro lugar en el ordenamiento jurídico americano, o al menos ahí es donde se opone como excepción en virtud de que está contemplada en las leyes de ese país, y ha habido bastante precedente jurisprudencial sobre dicha doctrina; aunque no mucho sobre la materia del *Game Streaming* como tal, quizás por ser muy reciente.

3. Estudio caso particular del YouTuber “Pew Die Pie”

Uno de los youtuberos más exitosos de la historia -como persona independiente- es el sueco de 32 años Felix Arvid Ulf Kjellberg, o mejor conocido como “Pew Die Pie”. Este *streamer* que se hizo ultra popular entre los años 2014 y 2017, es uno de los ejemplos más representativos que hay sobre el *game streaming*, ya que una gran parte de su popularidad se debe a los denominados “Let’s play” videos que subía y sigue subiendo hoy a su canal en YouTube.

En el transcurso de su carrera de creación de contenidos de este estilo, Pew Die Pie no ha sido inmune a los reclamos por derecho de autor sobre sus creaciones. Pero en específico haremos mención de un caso⁹¹ en particular que sufrió este *streamer*, y que consideramos su análisis y comprensión forma parte fundamental de la investigación y recolección de datos en el marco de nuestro trabajo.

⁹¹ Una reseña del caso puede ser leída en el siguiente enlace (YouTube accepts Campo Santo's copyright strike against PewDiePie, could lead to bigger issues): <https://www.polygon.com/2017/9/14/16309430/pewdiepie-campo-santo-strike>

En el año 2017, Pew Die Pie recibió de parte de un titular de derechos de autor sobre un videojuego en particular conocido como “Firewatch”, por haber este presuntamente infringido dichos derechos mediante un *streaming* en la plataforma YouTube, bajo la modalidad de “Let’s play”. Lo curioso es que, una de las personas relacionadas a la productora o estudio propietaria del videojuego -Campo Santo- llegó admitir en público que el reclamo se debía a haber escuchado de Pew Die Pie el uso de un término racista, mientras realizaba comentaba el *streaming* o “Let’s play” video, como parte de su actividad de *streamer*.

De hecho, el reclamo fue tomado como procedente por parte de YouTube, lo que nos puede hacer pensar que, en lo que respecta a esta plataforma, los reclamos por copyright o derecho de autor son siempre aceptados por el uso no autorizado de videojuegos a través del *streaming*, incluso en el caso de las licencias otorgadas mediante la compra de estos por parte de los *streamers* usuarios.

Y esto es así, porque el reclamo además se supo -por la declaración de uno de los representantes de la productora o estudio propietario- que no tuvo origen basado en temas de infracción o uso no autorizado de copyright sin más que tuviesen que ver con una afectación o desmejora en la explotación normal de la obra, y por tanto en un perjuicio en contra los intereses patrimoniales; antes bien este parece haber sido sólo el mero vehículo para evitar que un usuario en particular pudiese hacer uso del videojuego, por cualquiera que sea la motivación detrás de esa actuación, que en este caso se trató de un supuesto comentario racista hecho por Pew Die Pie.

De lo anterior, podemos concluir que a la fecha YouTube no consideró al *game streaming*, o al menos no así en primera instancia y en este caso en particular, como una actividad susceptible de caer en el ámbito del “Fair Use”, y que, muy por el contrario, se trata de un uso que al parecer se encuentra de alguna manera bajo una autorización

implícita, sujeta a una facultad de revocación permanente por parte de los titulares de esos derechos.

Esto último es objeto de una controversia con los *streamers*, quienes en su gran mayoría -incluido por supuesto Pew Die Pie- afirman que en virtud del potencial transformador de esta figura del *game streaming*, su poca afectación o más bien beneficio de mercado a los propietarios de videojuegos, constituyen razones suficientes para ser excepcionados bajo la doctrina del "Fair Use". Ciertamente, en esta controversia vale la pena destacar el hecho de que, en el caso comentado, el estudio Campo Santo no decidió proceder contra Pew Die Pie por verse afectados patrimonialmente o ver su mercado afectado, sino únicamente debido a una razón quizás moral o de discrepancia total con los comentarios (elemento muy repetido y casi que fundamental en el *streaming*) que hiciera Pew Die Pie durante un *streaming* en particular de este videojuego Firewatch.

4. Otros casos observados en la práctica

ZackScott y Nintendo

Otro caso de *streamers* vs. compañías productoras o titulares de derechos sobre videojuegos que creemos vale la pena mencionar y reseñar, es el que sucedió entre el *youtuber* ZackScott dueño del canal ZackScottGames⁹² y una de las compañías más icónicas y populares de toda la industria de los videojuegos, Nintendo⁹³. El caso data de los inicios del pico de popularidad del *Game Streaming*, en 2013, y si bien es cierto versa relativamente sobre el mismo fondo del caso reseñado sobre Pew Die Pie, que es el de

⁹² Canal que a la fecha tiene en YouTube más de cuatro millones de suscriptores. <https://www.youtube.com/user/ZackScottGames>

⁹³ La reseña del caso puede leerse en el siguiente enlace: <https://kotaku.com/nintendos-lets-play-drama-might-have-a-happy-ending-513818999>

reclamos sustentados en derechos de copyright, las formas y procedimientos seguidos fueron distintos, así como muy posiblemente también las motivaciones ulteriores.

En mayo de ese año, este *youtuber* avisó a través de sus canales y redes sociales que, con base a un reclamo por copyright de parte de Nintendo, sus *streamings* bajo la modalidad de “Let’s play” sobre dos títulos propiedad de esta compañía, habían perdido la posibilidad de ser monetizados (recibir ingresos por publicidad), y que por esa razón dejaría de hacer *streaming* con videojuegos de Nintendo.

Como se puede observar, el reclamo específicamente no iba dirigido a dar de baja el contenido subido por este *streamer*, sino en cambio a bloquear la posibilidad de este de poder “monetizar” su contenido, mediante la apropiación por parte de la compañía Nintendo de la publicidad que apareciese en esos videos contentivos de los *streamings*. Nintendo consiguió esto a través de una estrategia que implica el registrar previamente su propiedad intelectual en la base de datos de YouTube, para luego proceder con los reclamos de copyright, con la particularidad que ya mencionamos de que en esta ocasión el objetivo no era dar de baja por el completo los contenidos, sino únicamente evitar la monetización de estos por parte de sus creadores, y redirigirlos hacia la empresa.

Ante este proceder y las reacciones y comentarios del *youtuber* ZackScott, Nintendo emitió la siguiente respuesta o declaración al público, sobre la cual citamos acá textualmente un extracto ubicado en la internet⁹⁴:

Para la mayoría de los videos hechos por fanes esto no resultará en ningún cambio, no obstante, para aquellos videos que incluyan contenido propiedad de Nintendo, tales como imágenes o audio de una determinada extensión, ahora aparecerán avisos publicitarios al inicio, al lado de o al final de estos. Queremos que nuestros

⁹⁴ Véase la reseña periodística señalada en la nota anterior.

fanés sigan disfrutando el compartir contenido de Nintendo en YouTube, por lo que, a diferencia de otras compañías de entretenimiento, hemos decidido no bloquear a las personas de usar nuestra propiedad intelectual. (Traducción propia).

Llama la atención como Nintendo demuestra la intención de comunicar que no tiene problemas con que se haga uso de sus derechos de propiedad intelectual, como queriendo hacer entender que sólo están procediendo en la forma de proteger sus derechos sin que ello impacte demasiado en el *streaming*. Pero lo cierto es que aún sin bloquear o dar de baja el contenido del youtuber ZackScott, para él la pérdida de la posibilidad de poder monetizarlo fue motivo suficiente para considerar el no continuar haciendo uso de material relacionado con Nintendo.

Pero lo más resaltante de este caso, es que antes de que transcurriera por completo el mes de mayo de 2003, ZackScott afirmó que había vuelto a recuperar su capacidad de poder monetizar nuevamente los avisos publicitarios de los videos contentivos de *streaming* de títulos propiedad de la famosa empresa nipona. Así, la medida se había revertido, teniendo como consecuencia lógica suponer que Nintendo habría retirado y desistido de los reclamos en muy poco tiempo. Sobre este cambio no hay evidencia de que Nintendo diera explicaciones ni justificaciones sobre sus nuevas motivaciones o políticas con respecto al fondo de la controversia, y hasta la fecha ZackScott continúa haciendo Game Streaming con material propiedad de esa compañía.

Como reflexión de este caso, podemos asomar algunas consideraciones en relación con el objeto central del Trabajo. En primer lugar, pareciera nuevamente no ser del mayor interés de las compañías productoras el restringir y dar de baja por completo este tipo de creaciones; esto en virtud no solamente del giro o resultado final que se dio en este caso, sino también por lo que se desprende de las declaraciones de la misma Nintendo, cuando afirma que no desea prohibir a la gente el uso de su propiedad intelectual. Este hecho podría

allanar el camino al argumento de que las compañías se benefician antes de verse perjudicadas en su mercado por esta actividad del *Game Streaming*.

En segundo lugar, y no obstante lo anterior, debe señalarse que no dejan los titulares de derechos de propiedad intelectual de estar plenamente conscientes de la facultad preferente que tienen frente a los *streamers*, y que por tanto fácilmente pueden actuar en detrimento de estos en cualquier plataforma donde se lo propongan. Y eso demuestra el problema que ubicamos al estudiar este tema, el cual es que los *streamers* se encuentran en una posición de desventaja e incertidumbre -por falta de un criterio claro acerca de si lo que hacen se trata de una infracción o uso justo o excepcionado- más allá de lo que puedan afirmar o aducir a su favor ante determinados casos y circunstancias donde se vean afectados por reclamos.

Ante una falta de criterios claros, y de una formalización contractual (entre *streamers* y compañías productoras) de la figura, es lógico y además legal que prevalezcan reclamos basados en copyright, con independencia de si existe realmente una afectación el mercado de su titular. De hecho, en este caso, quizás – y aunque pueda sonar como una movida celosa o no muy amigable- el titular Nintendo no es que se sintiera desplazada dentro de su propio mercado, antes bien parece haber pretendido apropiarse de uno nuevo, que no podemos negar se sustenta o al menos se basa también en sus derechos de propiedad intelectual, así sea de otra forma distinta a la original.

Among Us y la popularidad vía Game Streaming

El tercer caso práctico que traeremos a colación como corolario del principal, no significa en forma alguna la ocurrencia de un conflicto o reclamación alguna basada en derechos de autor o copyright. Aun así, creemos pertinente comentarlo, porque consideramos que puede dar luces acerca de las ideas planteadas en torno a sí la actividad

del *streaming* puede resultar beneficiosa o perjudicial a los titulares de derechos de propiedad intelectual en el mundo de los videojuegos. Se trata del caso de un título que se hizo extremadamente popular durante los días más duros de las cuarentenas acaecidas durante los primeros meses de la Pandemia por COVID-19, en el año 2020. El nombre del videojuego no es otro que “Among Us”

Este hoy en día muy popular videojuego, cuya modalidad es de un multijugador en línea, fue lanzado por una productora independiente o “indie” a las principales plataformas de descarga de juegos para teléfonos inteligentes desde el 2018; pero fue a mediados del año 2020 (dos años después) que llegó a alcanzar realmente una notoriedad masiva. Parte de ese inmenso éxito y popularidad⁹⁵ -según las reseñas y artículos periodísticos- se la debe el título a la exposición por parte de *streamers* en la plataforma de *streaming* más centrada o especializada en el *Game Streaming*, denominada Tiwtch.

Y no es el que videojuego no sea en sí mismo un éxito, con muchas cualidades novedosas y una dinámica que tiende a llevarse muy bien con la interacción social de sus jugadores, que por cierto resultaba muy necesaria y querida por bastantes personas durante esos meses de mediados del año 2020. Pero es que otro factor clave e ineludible de su éxito parece haber sido sin duda que se diera a conocer a través de *streamers* con cierta popularidad, que luego como en un efecto de bola de nieve lograron que otros *streamers* hicieran lo mismo, otorgándole una publicidad y exposición al videojuego “Among Us” de carácter masivo, deviniendo así en uno de los títulos más populares de su tipo en ese año.

⁹⁵ Así lo mencionan varios artículos o reseñas periodísticas en la internet:
<https://www.reviewgeek.com/58061/what-is-among-us-and-how-did-it-get-so-popular/> y
<https://www.pcgamer.com/how-among-us-became-so-popular/>

De ahí que se afirme muchas veces que el Game Streaming se inclina mucho más al beneficio y a una suerte de publicidad gratuita de los videojuegos, antes que aun detrimento en a libre explotación de la obra o de los intereses legítimos de sus titulares, o al menos así parece haber quedado demostrado con este caso en concreto. A todo evento, este es un elemento que deberá o podrá ser muy tomado en cuenta al analizar uno de los 4 factores del *Fair Use*, que es aquél que se refiere al impacto que pueda tener en el mercado del titular de derechos, el uso no autorizado de la obra protegida por derecho de autor o copyright.

Capítulo V. Esquema de la propuesta

1. Objetivo de la propuesta o resultado final

El objetivo es sentar las bases de la discusión para una regulación contractual entre las partes y eso armonioso que procure evitar la infracción al derecho de autor, de conformidad con las conclusiones que se alcancen en el trabajo, ya sea que se tenga como una infracción o excepción al derecho de autor en uno u otro de los sistemas analizados.

2. Esquema del contenido de la propuesta

Recomendaciones para y pautas para hacer *Game o Videogame Streaming* en Venezuela.

1. Introducción
2. Objetivo
3. Reflexiones sobre la figura del *Game Streaming* en el ámbito de las excepciones al Derecho de Autor en Venezuela (Derecho Continental): Recomendaciones generales.
4. Breve referencia al marco legal vigente y al derecho comparado estudiado en el Trabajo de Grado (*Fair Use*): Recomendaciones generales. Puntos clave a tratar en los aspectos anteriores:
 - a. El alcance y popularidad de la figura: La necesidad de que las partes delimiten responsabilidades y lleguen a acuerdos en procura de la seguridad jurídica.
 - b. El aspecto económico: ¿Es una importante fuente de ingresos?
 - c. La posible afectación a titulares de derechos de autor: ¿Se verifica una afectación a la explotación normal de los derechos patrimoniales?

- d. La convivencia o no de los actores involucrados. Condiciones en las que no se verifique una infracción al derecho de autor: Perspectiva bajo el derecho de autor continental y copyright anglosajón (Fair Use)
 - e. La ponderación de los intereses en juego
5. Pautas concretas y propuestas para hacer *streaming* en concierto con los derechos de propiedad intelectual.

3. Divulgación: Se tiene la intención de remitir el producto final del Trabajo de Grado a todas las instancias e instituciones nacionales relacionadas con la Propiedad Intelectual. De hecho, sería ideal poder hacer charlas y presentaciones sencillas sobre las recomendaciones e ideas planteadas. Todo lo anterior con el fin de coadyuvar en la armonización entre las partes involucradas, y en la procura de evitar en la medida de lo posible situaciones conflictivas, dentro de un contexto de las creaciones más novedosas y disruptivas del momento. En otras palabras, el objetivo es más que todo abrir y fomentar el debate sobre una situación que en los últimos diez años se ha multiplicado y convertido casi en lo cotidiano en este nuevo contexto digital e interconectado, al que por supuesto no escapan las cuestiones sobre derecho de autor.

Capítulo VI Conclusiones

El *videogame* o *Game Streaming*⁹⁶ es sin duda un fenómeno digno de ser considerado y analizado, su popularidad definitivamente despegó desde mediados de la década pasada y por los momentos no parece que vaya a disminuir ni reducir sus espacios en las redes, y especialmente en los servicios o aplicaciones de *streaming* más populares. Al mismo tiempo, esta actividad se basa a su vez sobre otra industria -una con mercado contenido creativo y conformada casi en su totalidad por elementos de propiedad intelectual -como lo mencionara uno de los doctrinarios citados- que no es otra que la ya multimillonaria y cada vez más masiva industria de los videojuegos.

Teniendo en cuenta que uno de los factores más importantes del derecho de autor es su impacto o importancia económica o de considerable envergadura, no extraña que el *Game Streaming* -en tanto figura imbricada a los videojuegos- esté también convirtiéndose en una actividad que para muchos de sus más populares exponentes ha significado ingresos millonarios⁹⁷.

En ese sentido, y como suele suceder con los asuntos novedosos dentro de la propiedad intelectual en general, surgen no pocas dudas y cuestionamientos acerca del alcance y limitaciones de todos los derechos en juego, en cabeza de tres actores principales, las compañías productoras o titulares de derechos de autor o copyright sobre videojuegos, las plataformas necesarias para poder realizar el *streaming*, y por supuesto

⁹⁶ Denominado muchas veces “Game Live Streaming” por el hecho de que en muchas ocasiones realmente se hace en vivo. Pero preferimos acotar el término en nuestro caso, debido a que es un material que de todas formas permanece muchas veces “colgado” en la respectiva plataforma para ser susceptible de visualización por usuarios de las plataformas en tiempo diferido.

⁹⁷ Un caso interesante y que evidencia la importancia económica de esta actividad es el del Youtuber/streamer español denominado “elrubius” quien en tiempos recientes decidió cambiar su domicilio original por el de un país con menos restricciones impositivas: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20211002/7763042/elrubius-duplico-facturacion-2020-mudarse-andorra-pmv.html>

los *streamers*, estos jugadores de videojuegos que en la actualidad por el aparentemente simple hecho de grabarse jugando (en vivo la mayoría de las veces), han revolucionado de cierta forma no solo el mundo de estas plataformas o aplicaciones al punto de que uno de ellos llegó a ser propietario de la cuenta más popular en YouTube (Pew Die Pie), sino que también de los videojuegos, los cuales hasta el momento parecen haberse beneficiado, más que perjudicado por este tipo de contenido tan particular.

Los *streamers* sin duda usan el videojuego o mejor dicho necesitan del videojuego para llevar a cabo su actividad; y conforme a la doctrina, análisis documental y matriz de investigación que emprendimos como parte del marco metodológico de este trabajo acerca de lo que contemplan algunas legislaciones, es casi un hecho unánimemente reconocido por muchas de las leyes de derecho de autor y copyright en distintos países, que el videojuego contiene una serie de elementos susceptibles de ser protegidos por la propiedad intelectual, más allá del a veces llamado código fuente, software o programa de computación que le sirve de base.

Como quiera que el videojuego contiene esta otra serie de elementos, el uso de estas implica un uso de la obra igualmente, aun en el supuesto de que no se trate precisamente de la explotación clásica de poder comercializar el producto final fijado en un material tangible para ser jugado por el usuario final. En cambio, hoy en día y gracias al *Game Streaming*, muchísimas personas pueden acceder al videojuego como tal sin necesidad de jugarlo, pudiendo visualizar a través de YouTube y otras plataformas como otros jugadores lo juegan; y -aquí un detalle muy importante- por medio de esa visualización pueden conocer la historia, personajes, música y hasta la jugabilidad, así como cualquier otro detalle que pueda ser susceptible de protección por el derecho de autor y el copyright; y aquí agregamos -además de reiterar que no es necesario el jugar o disfrutar a plenitud

del producto- que para ello ya no sería necesario comprar el videojuego, ya sea por medios digitales o adquiriendo los más clásicos formatos físicos.

Pero abundando más sobre lo anterior, no olvidemos tampoco que los *streamers* no solo comentan, en el sentido de dar una opinión sobre el videojuego mientras hacen el *streaming*. De hecho, de nuestra parte consideramos que ni siquiera es un punto esencial ni definitorio de esta actividad ese elemento; antes bien el cómo juega el *streamer*, sus reacciones ante el videojuego, y comentarios que no precisamente versan sobre la calidad o su gusto en particular sobre este, sino más bien de un tipo cómicos o humorísticos y mezcla de situaciones anecdóticas propias del *streamer*, son los que realmente -en conjunto- pueden ser tenidos como esenciales a esta actividad tan particular.

De otra forma, se trataría únicamente de videos críticos o “reviews” como ya se les califica en el mundo de las plataformas como YouTube o Twitch, cuyo uso sobre la obra original en ese caso merece una perspectiva distinta para el análisis frente a los derechos exclusivos protegidos por el derecho de autor o el copyright.

Es como en forma similar a lo qué sucede con otras obras que son disfrutadas o apreciadas con la mera visualización o únicamente escuchándolas, tales como las tan conocidas obras musicales y las obras cinematográficas. Aunque el videojuego va más allá de eso; de hecho, cada vez más comprende elementos que se acercan mucho más a las obras fílmicas y musicales, sobre todo cuando vemos tantos ejemplos de compañías productoras de videojuegos que obtienen licencias de música o elementos del cine para incluirlos en los videojuegos que son desarrollados, distribuidos y comercializados.

Por tanto, no cabe duda de que los *streamers*, están haciendo llegar a público considerable, una obra protegida por derechos de autor, y eso podría tener implicaciones sobre los derechos exclusivos de explotación, máxime si sabemos que estos *streamers*

incluso hasta pueden escoger el sacar provecho económico de esta tan peculiar y novedosa actividad. La modalidad que creemos resulta más impactada en cuanto a los derechos de explotación o de índole patrimoniales⁹⁸, es aquella de la Comunicación Pública o Puesta a Disposición, en virtud de dos elementos de importancia, el público frente al que se dispone el videojuego mediante el *Game Streaming*.

Así las cosas, y siendo que podría estarse dando el supuesto de una Comunicación Pública sin autorización expresa por parte del titular de derechos de propiedad intelectual sobre un videojuego -ahí donde no medie una licencia del tipo EULA- volvemos a la pregunta fundamental objeto del problema de este trabajo especial de grado ¿Puede tratarse este supuesto de un límite o excepción al derecho de autor o simplemente nos encontramos ante lo que sería una clara infracción a estos derechos? ¿Cómo se entiende o puede variar la resolución a esta pregunta tanto en la perspectiva del derecho de autor continental como en la del copyright, o más específicamente bajo la doctrina legal del *fair use*? El marco teórico, así como los instrumentos de recolección que formaron parte de la investigación y sus resultados, no pueden dar las pautas para aclarar esta cuestión.

En primer lugar, y conforme a lo que establece la LSDA venezolana con base a los estándares mínimos que obliga el Convenio de Berna, diremos que no consideramos al Game Streaming como una excepción al derecho de autor, en virtud de que no es posible subsumir esta actividad en ninguno de los supuestos de hechos taxativamente establecidos en su Capítulo II; y como quiera que el Convenio de Berna, y la doctrina venezolana más calificada sobre la materia establecen unas pautas para establecimiento o interpretación de las excepciones y limitaciones en materia de derecho de autor que comprenden la taxatividad, y la especialidad de supuestos únicamente establecidos en forma expresa por

⁹⁸ No sin descartar del todo la modalidad de reproducción, tomando en cuenta la posibilidad de fijación de la grabación del *streaming* en algún tipo de servidor, como lo dijimos en el acápite correspondiente.

la Ley, no parece ser viable o procedente una excepción por parte de un eventual reclamado, ante lo que parece ser un uso no autorizado sobre una obra, o parte de la obra protegida por derecho de autor, y que además puede conllevar un impacto en el mercado como lo es la Comunicación Pública, y que en no pocas oportunidades significa un ánimo de lucro para el que la haya utilizado sin autorización o licencia alguna por parte del titular.

En este contexto, se debe recordar también que no solo el *streamer* estaría sujeto a responsabilidad ante eventuales reclamos de cesación en su actividad y conjuntamente con demandas relacionadas a daños y perjuicios, también las plataformas de *streaming* podrían perfectamente estar sujetas a esa responsabilidad, en tanto medios indispensables para que esta actividad tenga lugar, salvo que haya demostrado toda la diligencia para evitar la infracción correspondiente, sobre todo conforme a las pautas que para ello ha establecido tanto la legislación comunitaria europea, como la misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En segundo lugar, pasamos ahora a considerar la figura bajo la óptica de la doctrina legal del *fair use* codificada en los Estados Unidos de América, una que como ya dijimos no resulta -muy al contrario de la perspectiva del derecho de autor continental- en una doctrina o disposición sujeta a supuestos expresa y taxativamente establecidos por texto legal alguno, antes bien representan una serie de pautas y puntos a tomar en consideración por tribunal o corte de ese país, en el caso de que alguien la oponga como defensa ante la demanda o reclamo de un titular de derechos de copyright, ante el comprobado uso no autorizado de una obra protegida por esos derechos.

Acá se hace necesario efectuar el examen o consideración de los 4 factores que comprenden el análisis o viabilidad del *fair use* según la ley de copyright americana. Recordemos que estos 4 factores son: (1) El propósito y el carácter del uso; (2) La naturaleza del trabajo u obra protegida; (3) La cantidad y sustancialidad de la porción o

segmento del trabajo utilizada; y (4) El efecto de ese uso en el potencial mercado de la obra protegida.

En cuanto al primer punto, que se refiere al propósito y el carácter del uso, este, dependerá de si el uso que se está haciendo de la obra protegida mediante el *streaming* tienen un marcado carácter comercial o no. En otras palabras, un *streaming* “monetizado” tendrá a generar menor convencimiento en cuanto a un *fair use*, que uno que no lo sea. Esto de por sí ya genera una dificultad, bajo la premisa de que muchos de estos *streamers*, y dada la popularidad esta actividad, aspiran a generar ingresos con ella. También en este factor importa muchísimo el carácter del uso que se está dando, y este carácter se refiere específicamente al componente transformativo que agrega la persona.

En el caso de los *streamers*, cuando estos comentan su actuación, tienen reacciones, y en general agregan lo más que puedan que sea de su original creación (John Holden y Mike Schuster, 2021, p. 991) o alguno ajeno a la obra original, más prevalecerá la existencia de un *fair use* sobre la obra protegida. La misma forma en cómo juegan los *streamers* podría sumar al potencial transformativo, en la medida de que esa forma sea lo más distintiva posible. Si por el contrario el *streamer* no agrega en absoluto nada de su aporte, sino que simplemente replica o copia -por así decirlo sin hacer referencia o analogía con el derecho al derecho de reproducción- la obra protegida tal cual, y cómo aparece en su versión original, entonces la consideración de este primer factor tenderá a restarle fundamento al *fair use*.

Analizar el segundo factor resulta un poco complicado, debido a la naturaleza compleja o compuesta de la obra que es el videojuego. Pero si lo vemos desde el punto de vista de que el uso que hace el *streamer* no es precisamente igual al que hace cualquier usuario final que normalmente juega e interactúa con el producto que es el videojuego, podríamos entonces considerar que este segundo factor iría en favor de considerar un *fair*

use. Además, tengamos en cuenta que el *streaming* sólo puede efectuarse una vez que el videojuego haya salido a la venta, por lo que el *streamer* está haciendo uso -muy particular y distinto- de una obra que de todas formas ya es posible de ser accedida por terceros, por otras vías y no tiene una categoría de inédita o no divulgada por su autor.

Pasando a considerar el tercer factor, en cuando a la porción de la obra utilizada normalmente lo que sucede es que los *streamers* solo muestran una porción del videojuego y no la completa, es decir con todo el transcurrir de la historia que este implica y por tanto de todas las posibilidades o experiencias que puede ofrecer el juego en su totalidad al consumidor final⁹⁹, en consecuencia, el tercer factor tiende a favorecer la procedencia del *fair use*.

Y finalmente con respecto al cuarto factor, toma vital importancia la información que pudimos recabar mediante los instrumentos de recolección, especialmente sobre el caso de referencia que fue tomado e incluso figura como uno de los objetivos específicos de este trabajo, que no era otro que analizar un caso concerniente a quizás el más popular exponente del *Game Streaming* en su momento y aún hasta la fecha. Pew Die Pie. En efecto, se desprende tanto de las entrevistas a los *streamers* venezolanos, como del caso en concreto estudiado en referencia y con base a evidencia de reportes periodísticos o de portales noticiosos, que en la actualidad resulta muy pero muy escaso -al menos hasta la fecha- el reclamo de una compañía productora de videojuegos por razones de infracción en temas de copyright contra una de estas personas, motivado por razones económicas.

Siguiendo con el análisis del cuarto factor, pudimos observar cómo en el caso de Pew Die Pie, la empresa titular de derechos de autor o copyright sobre un videojuego en

⁹⁹ Aunque ello no obsta para que se den casos en que un mismo *streamer*, a través de varios videos de *Game Streaming* cargados en una plataforma llegan a abarcar la experiencia total del videojuego. Bajo ese supuesto la viabilidad del *fair use* obviamente tenderá a disminuir a la hora de ser analizada.

particular había elevado la reclamación a YouTube no precisamente por considerar que el *streaming* realizado sobre el videojuego bajo su titularidad había infringido algún derecho de exclusividad en cuanto a la explotación de este, y en consonancia con esto no se presentó o no se han presentado demanda ante tribunal alguno, solicitando resarcimiento por daños y perjuicios del tipo patrimonial, como sí sucede en una gran cantidad de casos relacionados con infracción de copyright en los Estados Unidos de América. Muy por el contrario, la empresa o compañía productora de hecho reveló a público que las motivaciones detrás de esta reclamación limitada al ámbito de la plataforma YouTube, venían motivadas por un comentario del *streamer* considerado “racista”; por lo que pareciera que razones o elementos del tipo de derechos morales, ciertamente un tanto ajenas al sistema o derecho de copyright, pudieron haber tenido prelación antes que factores patrimoniales.

Abundando aún más sobre este punto, es menester volver a traer a colación el hecho de que ya muchas compañías productoras de videojuegos establecen licencias bajo la modalidad de EULA, para expresamente autorizar el *streaming* sobre el *gameplay* de sus videojuegos. Sabiendo que estas licencias tienen una apariencia más bien de contratos de adhesión, y que por tanto no implican un proceso de negociación previo entre partes, más bien podría pensarse entonces que estas empresas realmente ven conveniente el que sus videojuegos sean objeto de esta actividad.

Todo el razonamiento anterior conlleva lógicamente a pensar que el *Game Streaming* perfectamente puede significar no sólo una ausencia de perjuicio o impacto negativo en el mercado de los titulares del copyright sobre los videojuegos, antes bien sería un beneficio en el entendido de que mientras más sea objeto de *streaming* el videojuego, y además que estos puedan ser efectuados por las celebridades o exponentes más populares de ese mundo del *streaming*, mayor será el alcance y publicidad -por demás gratuita- del

producto. Si Pew Die Pie juega un determinado juego, no suena para nada inverosímil el que una importante porción de sus millones de seguidores lo quieran hacer también. En definitiva, el cuarto factor parece inclinar la balanza para que el *Game Streaming* pueda ser considerado como un *fair use*, dentro del sistema de derecho anglosajón que consagra los derechos de copyright, y que es donde precisamente tiene su sede y principal asiento de negocios la plataforma que hemos venido mencionando a lo largo de este trabajo, YouTube.

De tal manera que la respuesta a nuestro problema tiene entonces dos vertientes, la primera frente al derecho de autor continental y específicamente el venezolano, arroja que no es posible encuadrar el fenómeno del Game Streaming como una excepción límite al derecho de autor; y la segunda frente al sistema donde impera el copyright y más específicamente en los Estados Unidos de América, consideramos que sí podría ser perfectamente viable la excepción a ese derecho, mediante la oposición o defensa afirmativa basada en la doctrina legal del *fair use*, con base a los razonamiento y consideración de los 4 factores que recién hemos explicado.

Bajo este panorama ya aclarado, teniendo en cuenta que aún la figura del *Game Streaming* es relativamente nueva o joven, sabiendo que apenas surgió o llegó al pico de su popularidad a mediados de la década pasada, y además conociendo la impresión que tiene la gran mayoría de los *streamers* sobre las implicaciones frente al derecho de autor de su actividad diaria, se hace conveniente y provechoso establecer algunas pautas, guías o de alguna manera consejos que puedan ayudar a evitar la generación de asuntos o discusiones entre productoras de videojuegos y estos novedosos creadores de contenidos -como ya se han venido dando algunos casos- que podrían en un futuro devenir en conflictos o incluso litigios costosos (2021, p. 988)

En lo que, a temas de derechos de propiedad intelectual se refiere, y más cuando se trata de activos tan valiosos en estos tiempos casi conformados en su totalidad por obras

originales como lo son los videojuegos, los titulares harán todo lo posible por manejar y controlar al 100% sus creaciones, en todos los aspectos posibles, e incluso si su patrimonio no resultase realmente afectado ante algunos usos no autorizados de terceros.

Pero ante la disruptiva aparición del *Game Streaming* que a ratos parece haber beneficiado más que perjudicado a las compañías productoras, cuyo origen es un grupo de jóvenes internautas aficionados a videojuegos, pero tal vez muy poco conocedores de la industria y por ende de las implicaciones reales en cuanto a derechos de autor y copyright, lo más sano sería participar a los segundos -sobre todo- de la verdadera naturaleza de sus actuaciones, su posible responsabilidad, y cómo deben seguir efectuando o no el *streaming*, de tal manera que conforme a lo que hemos interpretado de las normas y prácticas, puedan continuar con su tan peculiar proceso creativo sin caer en infracción ni riesgo y ¿por qué no? quizás hasta obtener beneficio económico en el proceso.

Nos proponemos entonces ahora como parte del resultado que genera las investigaciones y análisis objeto de este trabajo, a ofrecer un producto que pueda servir en ese sentido, y arrojar algunas luces para que todos los intereses puestos acá en juego pueden convivir de la forma más armoniosa posible, y en pro del crecimiento continuo en cuanto a creatividad y prosperidad de una industria tan interesante como lo es la de los videojuegos.

Capítulo VII

Desarrollo de la Propuesta

1. Introducción

El *Game Streaming*, entendido a veces cómo *game live streaming* o *videogame streaming*, y en un lenguaje mucho más llano y coloquial entre quienes se dedican a este tipo de contenido de la era digital conocido como simplemente “stremear”, viene siendo desde la década pasada una actividad realmente popular, conforme a la información que pudimos recolectar a lo largo de una investigación documental. Casi en todos los países en donde quiera que exista conexión a internet y un consumo mediano de videojuegos, es probable que encontremos un grupo de streamers que fungen como usuarios de la aplicación o plataforma YouTube, y con cierto alcance en cuanto a popularidad o seguidores se refiere. Venezuela es uno de los países que no escapa a esta realidad, hecho que pudimos corroborar de las entrevistas realizadas como parte de los instrumentos de recolección.

De las conclusiones obtenidas en el trabajo que nos lleva a plantear la siguiente propuesta, como producto de aquellas, ubicamos dos premisas principales. La primera es que el videojuego es una obra compuesta evidentemente protegida por los derechos de autor en el sistema continental, e igualmente por el copyright, la segunda es que el *streaming* se sirve de una gran parte del contenido protegido por derechos de propiedad intelectual para existir, y que por tanto surgen cuestiones acerca de si es necesaria una autorización/licencia de parte del titular de esos derechos para que aquél no sea objeto de infracción alguna generadora de responsabilidades, o si es posible al mismo tiempo que este uso -bajo determinadas condiciones- puede ser reconocido como justo (*fair*

use) sin la necesidad de obtener el previo consentimiento, de las compañías productoras o propietarias de videojuegos en este caso.

Sobre ese cuestionamiento hemos arribado a dos conclusiones, que en pocas palabras indican que en el caso del sistema del derecho de autor continental que impera entre nosotros -Venezuela- no es procedente una excepción y los *streamers* únicamente estarían amparados en el supuesto de una licencia bajo la modalidad de EULA¹⁰⁰ otorgada por la compañía productora (ya sea solo distribuidora o desarrolladora y distribuidora a la vez) del videojuego.

El videojuego ya representa desde hace bastante tiempo una industria de gran envergadura desde el punto de vista económico, y cada vez más compleja y creativa. Y por el otro lado, el *Game Streaming* también ha demostrado tener una importancia económica nada despreciable, al menos en lo que a sus mayores exponentes se refiere.

Por tanto, se hace muy conveniente y necesario, sobre todo para los *streamers*, conocer cuál es el límite y consecuencias de sus actuaciones, hasta qué punto pudieran ser responsables por infracción, y cómo evitar que precisamente en la medida de lo posible el incurrir en estas, de tal manera que puedan estos también continuar con la creación de este tan novedoso contenido que encontramos en el mundo digital de la actualidad. Nuestra intención es que los *streamer* sigan apostando más que todo a un potencial transformativo, incrementando cada día su aspecto creativo, y logrando así un espacio armónico en la industria de los videojuegos como un actor más de esta.

2. Objetivo:

El objetivo que nos planteamos no es otro que precisamente establecer unas líneas, pautas o suerte de guía para los *streamers*, con el propósito de que su actividad esté lo

¹⁰⁰ “End User License Agreement” o su traducción “Acuerdos de Licencia de Usuarios Finales”:

más alejada posible de cualquier impacto en el sentido o dentro del contexto de las infracciones en materia de derechos de propiedad intelectual. Antes bien, nos enfocamos en que continúen haciendo “streaming”, dentro de una situación que sea lo más cercana posible a un “ganar ganar” para todos los actores de la industria de los videojuegos, y en especial frente a las compañías productoras.

3. Reflexiones sobre la figura del Game Streaming en el ámbito de las excepciones al Derecho de Autor en Venezuela

En lo que a la legislación local se refiere, hemos observado como hecho más resaltante que el *Game Streaming* como tal no establece un supuesto excepción al derecho de autor, esto es casos en los que no sea necesaria una autorización, licencia o al menos consentimiento previo del autor o titulares de derechos patrimoniales para que un tercero pueda hacer uso de la obra, dentro del que pueda caber o ser subsumido el *streaming*.

Así, la alternativa que le quedaría aquí a los *streamers* venezolanos (aplicable igualmente con mucha probabilidad en países que pertenecen al mismo sistema), sería la de ampararse en las licencias que las compañías productoras de videojuegos otorgan expresamente para poder realizar con plena libertad esta actividad. Incluso existen casos en donde algunas de estas licencias que vienen siendo otorgadas recientemente, y que cuentan con la facilidad de que muchas veces hoy pueden ser objeto de aceptación o no mediante selección (haciendo clic) del comprador, previa al adquirir el videojuego a través de canales digitales, hasta permiten expresamente que los usuarios finales puedan hacer streaming, subirlo a las plataformas y a su vez “monetizar” ese contenido, que se refiere al poder lucrarse con esa actividad.

En caso contrario, y aunque no hemos visto muchos reclamos de ese tipo hasta los momentos¹⁰¹ -lo que no obsta para que puedan comenzar a darse con frecuencia en un futuro cercano- los *streamers* quedarán sujetos a la procedencia de cualquier reclamo que tenga como objeto el uso no autorizado y por tanto infractor sobre los derechos de propiedad intelectual contenida en los videojuegos que estos hayan seleccionado para hacer *streaming* de un *gameplay* o figuras similares.

Y es que el ámbito del sistema de derecho de autor continental, la protección recae en primer lugar sobre el autor, y el autor tendrá el derecho a defender y disponer en la forma más amplia que sea la obra que esté bajo su titularidad o creación. Por tanto, las compañías de videojuegos en este caso llevan en cierta forma la ventaja en el mundo del *Game Streaming*.

Pero al mismo tiempo se recomienda a estas compañías que no rechacen de plano la viabilidad del *streaming* y la armonización o actuación conjunta en provecho de ambas partes. Vimos como el *streaming* poco puede hacer por impactar en el mercado final de estas empresas, que se trata específicamente del usuario final que realmente pueda jugar el videojuego, y no tanto del usuario que sólo lo puede visualizar; adicionalmente puede ser tenido también como un espacio publicitario que atraiga en forma más eficiente a eventuales consumidores y usuarios finales hacia determinado título. De ahí que nuestra propuesta y recomendación es formalizar la situación lo más que se pueda mediante el establecimiento de licencias que permitan el *streaming*, a fin de evitar responsabilidades por infracción, beneficios mutuos, y también delimitar el

¹⁰¹ Los *streamers* ordinarios y sin alcance masivo, son más bien objeto de reclamos (copyright strikes como se le conoce en YouTube) cuando infringen temas de derecho de autor por el uso no autorizado de obras musicales. Esto devela que ya YouTube posee una tecnología de detección de uso no autorizado sobre música bastante avanzado, o que los titulares de derechos sobre ese tipo de obras están mucho más alerta ante posibles infracciones.

ámbito de actuación de cada parte, con el fin último de evitar situaciones litigiosas o conflictivas en la industria.

Otro detalle más a tomar en cuenta sobre el derecho de autor continental y la legislación venezolana es el de los derechos morales. Vale la pena destacar que en el caso de referencia estudiado (Pew Die Pie) el *streamer* en cuestión fue objeto de un reclamo por comentarios que bien podrían ser subsumidos en temas de reputación del autor o titular de derechos. Es decir, la compañía productora en ese caso no quiso ser relacionada con las visiones -a su parecer ofensivas y poco éticas o morales- de una persona en particular.

En nuestro sistema de derecho de autor, estos derechos están muy bien delimitados y precisados, y nunca el autor en tanto persona física pierda la posibilidad de ejercerlos. Por tanto, se recomienda igualmente a los *streamers* que estén muy atentos a este otro aspecto del derecho de autor, y que en la medida de lo posible traten de acompañar el agregado transformativo propio de su actividad, con comentarios de índole política, social o si quiera ético o moral de algún tipo.

4. Breve referencia al marco legal vigente y al derecho comparado estudiado en el Trabajo de Grado (Fair Use): Recomendaciones generales.

En el campo de lo que para nosotros sería derecho comparado (sistema anglosajón), tenemos en cambio a la doctrina legal del *fair use*, sobre la cual hicimos el respectivo análisis de los 4 factores que deben ser considerados al momento de oponer esta excepción, según la ley americana de copyright.

Aunque como bien se sabe, la defensa del *fair use* no es para nada perfecta (David Greenspan, 2013, p. 82) y por tanto entre más el ámbito de la casuística, igual consideramos que al final la ponderación de los 4 factores -siempre y cuando se

presenten determinadas condiciones en el *Game Streaming*- sí dan viabilidad a que esta actividad sea considerada como *fair use*, y en consecuencia no se trataría de una infracción al copyright. En el sistema del copyright, y a diferencia de lo que observamos en el caso de la legislación venezolana sobre derecho de autor, el factor comercial o de lucro en el caso de los usos no autorizados ni licenciados, si bien es cierto puede equilibrar la balanza hacia el lado de la infracción, aun así no significa un factor definitivo y preponderante para determinar que en efecto estemos frente a una infracción.

El *fair use* supone una ventana de libertad mucho menos restrictiva y adaptable al análisis del momento y contexto, de la intención de las partes, de los posibles daños e intereses en juego que realmente estén en pugna. Permite reflexionar en un momento determinado si los derechos de exclusividad sobre la obra realmente están siendo injustamente abusados por un tercero o no. Y en ese sentido, de nuestra parte consideramos que, de darse algunas condiciones, el *Game Streaming* no tiene por qué realmente afectar el mercado y los derechos de exclusividad que en muy justo derecho le corresponden a las personas que aportan su esfuerzo y capital para la creación de una obra que hoy por hoy es cada vez más compleja y llena de originalidad.

Vale destacar además que hemos analizado el *Game Streaming* desde la perspectiva de su uso en la mayor plataforma que es YouTube, y que dicha plataforma está ubicada o tiene su sede principal en los Estados Unidos de América, en donde sabemos esta doctrina legal del *fair use* está vigente y nutrida por demás de bastante precedente legal y doctrina. Por lo que resulta una ventaja adicional para los *streamers*, aun en el caso de que fuesen venezolanos o de otra nacionalidad, el que sepan de este tipo de excepción, puesto que seguramente YouTube tiende a tomar como prioridad las regulaciones referentes al copyright en sus países de origen.

El *Game Streaming* podría más bien aportar más originalidad y crecimiento aun a esta industria, siempre y cuando mantenga un mercado potencial transformativo y no sustitutivo de lo que comprende el disfrute directo del videojuego. Procedemos ahora en el siguiente acápite a proponer unas sencillas líneas y pautas precisas para que el *streaming* pueda hacerse dentro de este marco.

5. Pautas concretas y propuestas para hacer streaming en concierto con los derechos de propiedad intelectual:

De seguidas señalamos unos muy concretos lineamientos que, conforme a los resultados y conclusiones del trabajo, consideramos serán muy útiles tanto para la industria de los videojuegos, pero muy especialmente para con los *streamers*, al momento de realizar *Game Streaming*:

- Procurar que existan licencias o EULAs que permitan o autoricen expresamente el *streaming* de gameplays o modalidades similares por parte de los usuarios finales, y que la aceptación de dichas licencias pueda ser fácilmente verificable por parte de terceros, a fin de garantizar su vigencia y legalidad.

- Es recomendable para los *streamers* igualmente precisar las responsabilidades y limitaciones que establezcan estas licencias, antes de su aceptación. De esa manera sabrán con mejor precisión su responsabilidad en torno al uso de propiedad intelectual contenido en los videojuegos que adquieren, y evitarán reclamos por infracciones de esa índole.

- En el supuesto de no contar con una licencia expresa para el streaming en el caso de videojuegos, se recomienda tomar muy en cuenta los factores del fair use, de la siguiente manera:

- (1) Imprimir la mayor cantidad de aporte y agregado propio del *streamer* al momento de realizarlo, esto es, incluir comentarios, impresiones y reacciones del *streamer* permanentemente durante el tiempo que dure el *streaming*. Evitar la inclusión de música y otro material audiovisual (sobre si se usa una considerable proporción de la obra) que no esté dentro del dominio público y deba ser licenciado, para no ser objeto de infracciones.
- (2) En conexión con el punto anterior, siempre debe hacerse un esfuerzo en mantener el agregado personal al *streaming*, de tal manera que el uso no autorizado se confunda lo menos posible con el uso de la obra original (el videojuego). Mediante el streaming no se da la posibilidad a un público de jugar el videojuego aun sin haberlo adquirido, pero sí de disfrutar o de alguna manera consumir otros de sus elementos (historia, personajes, jugabilidad, música, etc.). Por tanto, el *streamer* debe evitar el simplemente facilitar a terceros que no hayan adquirido el videojuego, una parte importante -sino toda- de sus elementos, en cambio debe crear una experiencia única que no signifique solo “ver” el videojuego, sino algo que solo el *streamer* pueda ofrecer a su público utilizando su propio carácter y forma de ser particular.
- (3) Conectando con las últimas ideas de la pauta anterior, es muy recomendable que el *streamer* no abarque o cubra la dinámica completa del videojuego, limitándose a determinadas y pequeñas porciones de este, todo lo cual favorece el *fair use*. Seguramente esto animará a los

seguidores del *streamer* a vivir la experiencia completa del videojuego y lógicamente a adquirirlo.

(4) Los *streamers* deben evitar lo más que se pueda, sin sacrificar en demasía el propio desenvolvimiento de su personalidad, libertad de expresión y carácter propio, el hacer comentarios o dar opiniones que puedan considerarse impacten en la reputación o políticas de las compañías productoras de videojuegos, y que puedan motivar reclamos de copyright no relacionados con los derechos de exclusividad o mercado de esas compañías.

➤ Finalmente, la recomendación para todos los actores que participan de esta actividad, compañías productoras, plataformas o aplicaciones de *streaming* y *streamers* en general, es procurar el formalizar lo más que se pueda, y tomando en cuenta todas las aristas imaginables -inclusive la posibilidad de considerar la coautoría en algunos casos- la relación existente entre estos, robusteciendo las licencias, acuerdos y términos y condiciones que puedan concebirse, para un mejor y más armonioso provecho de todos.

Bibliografía

- Antequera Parilli, Ricardo (1998). *Derecho de autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual. Dirección Nacional del Derecho de autor.
- Antequera Parilli, Ricardo (1994) *El Nuevo Régimen de Derecho de Autor en Venezuela* Editorial Autoralex.
- Fernández-Arias Shelly, Carlos (2003). *Derecho sustantivo del autor en las legislaciones de España e Iberoamérica*. Colegios Notariales de España.
- Greenspan, David (2013). Mastering the game business and legal issues for video game developers. *Creative Industries – No. 8*, WIPO (World Intellectual Property Organization).
- Heins, Marjorie y Beckles, Tricia (2005). *Will fair use survive? Free expresión in the age of copyright control*. Brennan Center for Justice, NYU School of Law. p. 1.
<https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/will-fair-use-survive>
- Holden, John y Schuster, Mike (2021). Copyright and joint authorship as a disruption of the video game streaming industry, *Columbia Business Law Review, Copyright and Joint Authorship* Vol. 2020.
- Manal Z. Khalil (1992). The applicability of the fair use defense to commercial advertising: eliminating unfounded limitations, *Fordham Law Review*. Volume 61 Issue 3.
- Ramos Gil de la Haza, Andy (2014). *Videojuegos: ¿programas informáticos u obras creativas?*
https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/04/article_0006.html#:~:text=Por%20ejemplo%2C%20si%20bien%20en,proyectados%22%20sino%20que%20han%20s
[id](#)

- Ramos, Andy, López Laura, Rodríguez Anxo, Meng, Tim, y Abrahams Stan (2013). *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*. World Intellectual Property Organization.
- Ricketson, Sam (2003). *Estudios sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital*. Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. p. 6.
https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf
-