

REFLEXIONES SOBRE EL VIDEOJUEGO COMO BIEN INTELLECTUAL Y CULTURAL Y PROPUESTA DE LÍNEAS DE ESTUDIO PARA UNA REGULACIÓN PROPIA DEL VIDEOJUEGO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Cristina Garcerán Ortega

Abogado.

Colegiada ICAM

Licenciada en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración (UAM)

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2015** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, don Fernando CALBACHO LOSADA, don Carlos CALVO CALVO, doña Matilde CUENA CASAS y don Claudio RAMOS RODRÍGUEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

La enorme transformación social experimentada en todos los ámbitos, ocasionada por el crecimiento exponencial del uso masivo de las nuevas tecnologías desde los últimos años del pasado siglo XX, demanda la correspondiente actualización, revisión y adecuación de la normativa al no encontrar acomodo en la legislación vigente supuestos tales como la protección de los derechos de autor de los creadores de videojuegos, tal y como se configuran estas obras en nuestros días.

Centrando la atención en este tipo de obras, a la vista de la cantidad de intereses y derechos que confluyen en su proceso de creación, desarrollo y distribución, así como de la importancia económica que esta industria tiene actualmente a nivel mundial, se considera recomendable el establecimiento de un régimen legal específico y especial para el videojuego, que otorgue a los actores participantes la debida certidumbre y seguridad jurídica.

El presente trabajo pretende analizar la actual situación jurídica del videojuego en nuestro ordenamiento jurídico, identificando las lagunas de que adolecen los actuales planteamientos, y proponiendo una serie de conclusiones en torno a una eventual regulación específica del videojuego como obra intelectual.

Palabras claves: videojuego, propiedad intelectual, obra intelectual, industrias creativas y culturales y legislación específica.

Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015

REFLECTIONS ON VIDEOGAME AS AN INTELLECTUAL AND CULTURAL GOOD. SUGGESTION OF LINES OF STUDY FOR A SPECIFIC LEGISLATION FOR THE VIDEOGAME UNDER INTELLECTUAL PROPERTY PERSPECTIVE

Cristina Garcerán Ortega

ABSTRACT

The exponential growth in the massive use of the new technologies since the late twentieth century has generated a huge social transformation in all areas that demands the corresponding update, revision and adaptation of the regulation. In this connection, the existing legislation does not provide a suitable security for presuppositions such as the protection of the Intellectual Property rights of videogame's creators, according to the current legal configuration of these intellectual works.

Focussing on videogames, taking into account the diversity of interests and rights involved in the process of creation, development and distribution of this kind of intellectual works, and the worldwide economic significance that this industry has nowadays, it is advisable the creation of a specific and special legal frame for the videogame, that provides players the due certainty and legal security.

The aim of this paper is to analyse the current situation that the videogame has in the Spanish legal framework, identifying the legal vacuums existing in the current regimes and approaches, and suggesting conclusions and recommendations related to a possible specific regulation for the videogame as an intellectual work.

Keywords: videogames, intellectual property, intellectual work, cultural and creative industries and specific legislation.

Sumario

- I. Introducción: Presentación del videojuego como obra intelectual
- II. Contextualización: Aproximación a la industria cultural del videojuego
 1. Breve referencia histórica: Origen y evolución del videojuego desde la perspectiva de la Propiedad Intelectual
 2. El videojuego como principal activo de una industria cultural
- III. Situación jurídica actual del videojuego desde la perspectiva de la Propiedad Intelectual
 1. Posiciones doctrinales en España en torno a la calificación jurídica del videojuego
 2. Tratamiento jurisprudencial español y europeo del videojuego
 3. Breve referencia a Derecho comparado
- IV. Consideraciones previas para una eventual regulación específica del videojuego como obra intelectual
 1. Premisas que aconsejan una regulación específica del videojuego en el marco de la normativa de Propiedad Intelectual
 2. Problemática que presenta la calificación jurídica actual del videojuego en España
- V. Conclusiones: Propuesta de líneas de estudio encaminada a dotar al videojuego de una regulación legal específica en el marco de la normativa de Propiedad Intelectual en el Derecho español
 1. De la categoría de obra: Ineficacia de la categorización del videojuego apriorísticamente en una concreta categoría de obra
 2. De la disparidad de tipologías de obras individualmente consideradas cuya confluencia armónica constituye el videojuego como obra unitaria
 3. Del programa de ordenador subyacente al videojuego
 4. De los diferentes autores implicados en el proceso de creación de videojuegos
 5. De la referencia a la eventual figura del productor de videojuegos

Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DEL VIDEOJUEGO COMO OBRA INTELECTUAL

La obra, en cuanto que producto intelectual emanante de la creación de una persona natural, su autor, constituye el objeto de la protección conferida por la Propiedad Intelectual. Tanto el artículo 2 del Convenio de Berna¹, como el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual² (en adelante, LPI) enumeran, con carácter ejemplificativo y no exhaustivo, las posibles tipologías de obras que puedan entenderse protegidas bajo el manto de la Propiedad Intelectual, salvaguardando la protección no solo de las clases de creaciones existentes o conocidas al tiempo del dictado de la norma, sino también de aquellas tipologías de obra que puedan aparecer en el futuro³.

Así, la calificación de las obras como *literarias, artísticas o científicas* no encuentra más valor normativo que el meramente descriptivo o delimitador⁴, quedando amparadas por la Propiedad Intelectual todas aquellas clases de obras que, aun no expresamente reflejadas en el listado *numerus apertus* establecido en el artículo 10 de la LPI, ni acaso perteneciendo a las anteriores categorías (literaria, artística o científica), gozan de los requisitos requeridos por tal precepto legal para ser objeto de protección, a saber, creación humana, originalidad y exteriorización.

Son numerosas las tipologías de creaciones existentes en la actualidad, fruto principalmente del desarrollo de la tecnología que ha venido a otorgar al ser humano múltiples herramientas creativas desconocidas hasta hace unos años que, sin quedar reflejadas en el listado del artículo 10 de la LPI, ni pertenecer a las categorías ya repetidas de literarias, artísticas o científicas, merecen la consideración de obras intelectuales, entre otras, las denominadas obras multimedia, los simuladores, las obras virtuales, gran parte de las páginas web, las enciclopedias interactivas, así como la obra que interesa a los fines del presente trabajo: el videojuego.

¹ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de septiembre de 1886, administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

² Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

³ En este sentido, y por todos, RODRÍGUEZ PARDO considera que «por lógica, los textos jurídicos (...) no pueden abarcar todos los casos concretos que la realidad creativa, artística o científica depara; de ahí que, mediante expresiones genéricas, se pretenda salvaguardar la protección de toda la casuística existente en el momento de su firma, o de invención futura», RODRÍGUEZ PARDO, J.: *El derecho de autor en la obra multimedia*, Madrid: Dykinson, 2003, pág. 128.

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, y otros.: *Manual de Propiedad Intelectual*, 5.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, pág. 43, entiende que la clasificación de las obras como literarias, artísticas o científicas no tiene más significado que el puramente descriptivo de señalar los diversos ámbitos de la actividad humana en los que se producen obras.

El videojuego, definido por la Real Academia Española como aquel «dispositivo electrónico que permite, mediante mandos apropiados, simular juegos en las pantallas de un televisor o de un ordenador»⁵, resulta sin duda una obra intelectual, caracterizada por dos notas fundamentales: complejidad e interactividad.

La complejidad del videojuego en tanto que obra creativa será pormenorizadamente analizada a lo largo del presente estudio si bien cabe anticipar que su carácter complejo viene dado, en primer lugar, por la cantidad de elementos creativos y obras individualmente consideradas que incorpora (sin ánimo exhaustivo, *software*, obras visuales y audiovisuales, sonoras, gráficas, literarias y/o narrativas, entre otras), cada una de las cuales podrá resultar susceptible de protección separada en tanto pueda ser considerada como obra, y cuya unión y subsunción armónica genera como resultado el videojuego como obra autónoma e independiente; y, en segundo lugar, por la necesaria concurrencia de un nutrido grupo de autores que cree cada una de tales obras individuales.

Por otra parte, la interactividad constituye la característica intrínseca y *conditio sine qua non* del videojuego en tanto que el mismo está destinado, desde su creación, a permitir una interacción o diálogo entre una persona natural (usuario o *jugador*) y una máquina (ordenador, las ya clásicas máquinas *arcade*⁶, videoconsola, dispositivos portátiles tales como *smartphones*, entre otros), siendo además la generación de una interacción la función o nota esencial del videojuego y el único modo posible de apreciación de la obra; dicho llanamente, el videojuego no se crea para ser mostrado sino que se crea para ser interactuado o jugado⁷.

Las características señaladas dificultan la calificación legal del videojuego, no encontrando este tipo de obra acomodo explícito en la actual regulación sobre Propiedad Intelectual.

Hasta el momento, la doctrina científica ha estudiado el videojuego tratando de integrar este tipo de obra de acuerdo con los parámetros actualmente establecidos en el Derecho de Propiedad

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.: *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., 2001, con las enmiendas incorporadas hasta 2012. Voz «videojuego».

⁶ *Arcade* es un término anglosajón utilizado para referirse de manera genérica a las máquinas recreativas de videojuegos dispuestas en lugares públicos, que gozaron de gran popularidad y aceptación en las décadas de 1980 y 1990. Asimismo, con el término *arcade* se hace referencia en la actualidad a aquellos videojuegos clásicos, habitualmente con gráficos poco desarrollados, con los que era posible interactuar a través de las máquinas *arcade* (hoy en día un gran número de dichos videojuegos se encuentran disponibles en el mercado y pueden ser adquiridos a través de métodos actuales de distribución de videojuegos).

⁷ En este sentido, en caso de que el usuario no interactúe con el videojuego difícilmente resultará posible ni tan siquiera la mera visualización del videojuego, más allá de la reproducción estática de la pantalla de inicio del mismo. Así, una vez insertado el videojuego en el dispositivo mediante el que haya de ser reproducido o, en el caso de los videojuegos digitales, una vez iniciado el programa que permita interactuar con el videojuego, en ausencia de la acción requerida por el usuario con el fin de iniciar el juego, tan solo será reproducida su pantalla de inicio, no resultando posible por tanto la apreciación de la obra.

Intelectual, calificándolo principalmente bien como obra que aglutina en sí misma dos creaciones distintas y protegibles de modo separado, a saber, un programa de ordenador y una obra audiovisual, bien incluido en la genérica categoría de obra multimedia.

Más adelante nos detendremos en diferentes opiniones doctrinales en relación con el videojuego, si bien cabe adelantar que, a mi juicio, las calificaciones ofrecidas hasta la fecha difícilmente se adecuan a la realidad del videojuego, que se encuentra necesitado de un tratamiento separado que adecue la regulación a la realidad de esta tipología de obras.

La necesidad de adaptación apuntada no es ajena al Derecho de Propiedad Intelectual. Históricamente, este ámbito jurídico se ha venido enfrentado a acontecimientos novedosos que han requerido el acercamiento de la normativa a la realidad, como consecuencia de la aparición de tipologías de obras no expresamente previstas en la regulación y cuya creación ha resultado posible gracias a avances técnicos surgidos con posterioridad al dictado de la ley; tal es el caso, entre otras, de las obras audiovisuales y de los programas de ordenador⁸, tipologías de obras que en nuestros días gozan de una regulación separada y específica en la normativa de Propiedad Intelectual.

La mutua interrelación entre cambio social y cambio jurídico, así como la función de resolución de conflictos y organización social que el Derecho cumple en la sociedad, no solo permiten, sino que aconsejan, la adaptación jurídica, esto es, la provisión de regulaciones debidamente acomodadas a la realidad social y cultural.

De acuerdo con las consideraciones hasta ahora enunciadas, el presente trabajo pretende un doble objeto: en primer lugar, analizar la actual situación jurídica del videojuego en nuestro ordenamiento jurídico identificando las lagunas de que adolecen los actuales planteamientos y, en segundo lugar, plasmar una serie de reflexiones en torno a una eventual regulación específica del videojuego como obra intelectual.

Con carácter previo, se entiende preciso contextualizar brevemente tanto el videojuego como su industria, con el fin centrar la cuestión objeto de debate ofreciendo una necesaria aproximación a la idiosincrasia creativa propia del videojuego, así como a la importancia que presenta en tanto que obra intelectual y vehículo de transmisión de cultura.

⁸ La calificación de una y otra obra no estuvo en su día exenta de polémica y debate. En cuanto al *software* es de sobra conocida la discusión doctrinal, económica y política que viene teniendo lugar en el plano internacional desde finales de los años setenta y hasta nuestros días, relativa a la mayor conveniencia de protección de los programas de ordenador bajo el sistema de Propiedad Intelectual o bajo la protección otorgada por la patente. Por su parte, la obra audiovisual encontró dificultades iniciales de reconocimiento en tanto que obra intelectual siendo que durante los primeros años de existencia de la cinematografía (datos a finales del siglo XIX-principios del siglo XX) la misma era concebida «como una nueva forma de entretenimiento más que como un arte (...) más que como una obra en el sentido de creación intelectual, como mero proceso técnico que hacía posible la reproducción de imágenes de la vida real en movimiento», según expresa González Gozalo, A.: «La noción de obra audiovisual en el Derecho de Autor», PE.I, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 7, enero-abril 2001, Madrid: Bercal, 2001, pág. 12.

II. CONTEXTUALIZACIÓN: APROXIMACIÓN A LA INDUSTRIA CULTURAL DEL VIDEOJUEGO

1. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL VIDEOJUEGO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Con algo más de sesenta años de vida la historia del videojuego puede ser calificada como ciertamente reciente, aunque no por ello menos intensa.

Conviene comenzar recordando que el videojuego es un bien cultural cuya actividad económica descansa en la «generación de valor a partir de determinados elementos propios de la cultura popular, arraigados en el seno de las prácticas culturales que mantiene la población (...) modificados mediante la actividad propia de esta industria»⁹.

En España, el videojuego alcanzó la categoría de bien cultural y ámbito fundamental de la creación, reconociéndose asimismo la industria del videojuego como industria cultural, el día 25 de marzo de 2009, cuando la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad la proposición no de ley relativa a la promoción y el respaldo a la industria cultural del videojuego, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista¹⁰.

El reconocimiento del videojuego como bien cultural en nuestro país vino precedido de la consideración de la industria del videojuego como industria cultural de primer orden a nivel nacional, y referente de desarrollo, riqueza y crecimiento, así como del hecho de que sus autores son auténticos creativos culturales, entre otros, guionistas, dibujantes, pintores, compositores musicales, directores de arte, etc., acompañados de un nutrido grupo de profesionales del sector tecnológico.

En el ámbito de la Unión Europea, resulta también hoy en día indubitada la categorización del videojuego como bien cultural. Así se desprende del Libro Verde para Liberar el Potencial de las Industrias Culturales y Creativas que, tras definir a las industrias culturales como aquellas que «producen y distribuyen bienes o servicios que, en el momento en que se están creando, se considera que tienen un atributo, uso o fin que incorpora o transmite expresiones culturales, con independencia del valor comercial que puedan tener», incluye un listado de industrias culturales distinguiendo entre las tradicionales (artes escénicas o visuales, patrimonio cultural) y otras que pueden ser denominadas contemporáneas, entre las que se incluye el videojuego (denominado *juego de vídeo* en el marco del Libro Verde)¹¹.

⁹ DE AGUILERA, M.: «La institucionalización de una industria cultural. Estructura y desafíos de la industria de los videojuegos», *Revista TELOS, Cuadernos de Comunicación, Tecnología y Sociedad*, núm. 59, abril-junio 2004, Fundación Telefónica, Madrid.

¹⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados – Comisiones, Sesión núm.10 de la Comisión de Cultura, Año 2009, IX Legislatura, núm. 235, pág. 2 y ss.

¹¹ COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde para Liberar el Potencial de las Industrias Culturales y Creativas*, de 27 de abril de 2010. COM (2010) 183, pág. 6.

En el mismo sentido y más recientemente, los videojuegos han resultado expresamente incluidos en el programa «Europa Creativa 2014-2020» destinado a impulsar mediante la concesión tanto de apoyo como de ayuda económica a los sectores cultural y creativo, apoyando a decenas de miles de artistas, profesionales de la cultura y organizaciones de otros ámbitos culturales, entre los que se considera incluido de forma explícita la industria de los videojuegos¹².

Así las cosas, la creación, desarrollo y evolución del videojuego en tanto que bien cultural se encuentra inexorablemente ligada a la Propiedad Intelectual, resultando el videojuego *per se* una obra del espíritu y, al mismo tiempo, confluyendo en cada concreto juego diferentes tipologías de obras susceptibles de consideración individual.

A la hora de abordar el nacimiento y evolución histórica del videojuego, y en lo que a los fines del presente estudio interesa, conviene destacar que si bien los primeros juegos se basaban fundamentalmente en una única obra intelectual, a saber, un programa de ordenador aderezado con gráficos básicos y ocasionalmente alguna pieza musical o melódica sencilla, cada etapa evolutiva del videojuego ha venido trayendo consigo la confluencia en el videojuego de un número de obras intelectuales cada vez mayor. Así, manteniéndose a lo largo de toda su historia la presencia programa de ordenador subyacente, han tomado presencia en el videojuego obras tales como gráficos cada vez más elaborados, obras audiovisuales, composiciones musicales, guiones, personajes y caracteres, diseños gráficos, diferentes categorías de obras plásticas, etc.

El nacimiento del primer videojuego puede datarse, siguiendo a BELLÍ y LÓPEZ RAVENTÓS, en el año 1952, cuando el desarrollador Alexander S. Douglas creó una versión computerizada del juego de las tres en raya llamada *Nought and Crosses* (también conocida como *OXO*), que resultaba posible ejecutar en un ordenador de la época (denominado «EDSAC»), y permitía el enfrentamiento del hombre con la máquina¹³. El juego, basado en sofisticados algoritmos matemáticos que posibilitaban su funcionamiento, carecía de imágenes en el sentido plástico del término, si bien permitía visualizar en la pantalla una serie de puntos o píxeles¹⁴ cuya conjunción formaba el tablero de las tres en raya.

El videojuego *OXO* no suele ser tenido en cuenta en los estudios históricos relativos al videojuego, sino que parece existir consenso a nivel internacional a la hora de establecer la primera etapa de la historia de los videojuegos en el periodo comprendido entre los años 1965 y 1975¹⁵,

¹² COMISIÓN EUROPEA. *Creative Europe - A new Framework Programme for the Cultural and Creative Sectors (2014-2020)*, COM (2011) 786/2, pág. 6.

¹³ BELLÍ, S. y LÓPEZ RAVENTÓS, C.: «Breve historia de los videojuegos», *Revista Athenea Digital*, núm. 14, Universidad Autónoma de Barcelona, 2008, pág. 161.

¹⁴ El diccionario de la Real Academia Española define el píxel como la «superficie homogénea más pequeña de las que componen una imagen, que se define por su brillo y color». Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., 2001, con las enmiendas incorporadas hasta 2012. Voz «píxel». Esto es, el píxel es la más pequeña de las unidades homogéneas que forman una imagen digital.

¹⁵ MANUEL MORENO, P.: «El videojuego: Lecciones de la primera cultura multimedia», en Bustamante, E. (coord.), *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación*, Fundación Alternativas, Barcelona: Gedisa, 2003, págs. 210-211,

así como en considerar como el primer videojuego, en el sentido actual del término, al denominado *Space War!*, creado en los años sesenta por el estudiante del Instituto Tecnológico de Massachusetts (Boston) llamado Steve Russel. Al igual que en el caso de su predecesor, el código subyacente a *Space War!* se componía de sofisticadas fórmulas matemáticas y cálculos vectoriales cuya complejidad dificultaba la conversión de sus algoritmos en imágenes, de las que carecía.

En la segunda etapa de la historia del videojuego, comprendida entre los años 1975 y 1985, tuvieron lugar dos importantes acontecimientos que merece la pena reseñar. Por un lado, y en cuanto a la evolución y consolidación de la industria se refiere, en el año 1979 fue lanzado al mercado el videojuego denominado *Space Invaders*, desarrollado por la compañía japonesa Taito Corporation y considerado como la piedra angular de la industria del videojuego¹⁶. *Space Invaders* fue el primer videojuego que incorporó una suerte de «personajes» (diferentes tipos de alienígenas), diseñados y compuestos mediante píxeles, incluyendo asimismo una pieza musical compuesta por cuatro tonos que se reproducen de modo repetitivo con ritmos variables.

El mismo año 1979, y de mayor interés a los fines del presente estudio, fue desarrollado por la empresa japonesa Namco el juego llamado *Pac-Man*, primer videojuego que incorpora una figura o personaje completamente identificable y al que se puede atribuir el mérito de marcar un hito en la historia del desarrollo de videojuegos: desde su lanzamiento resulta imposible prescindir del grafismo¹⁷. Del mismo modo, la primera versión de *Pac-Man* incorporó una serie de elementos musicales que, si bien no pueden ser considerados como una auténtica banda sonora, constituyen la inclusión de una composición musical en el videojuego.

A partir de los primeros años de la década de 1980 los videojuegos comenzaron a incorporar de modo permanente, y junto al *software* subyacente, al menos dos obras intelectuales más, a saber, obras plásticas (gráficos elaborados, personajes, caracteres) y composiciones musicales cuya altura artística y creativa creció rápidamente, dando paso en el breve tiempo a la aparición de verdaderas bandas sonoras creadas *ad hoc* para cada concreto videojuego.

distingue cinco periodos en la historia y desarrollo de los videojuegos, que son los asumidos en el presente estudio, a saber: primer periodo, de 1965 a 1975; segundo periodo, de 1975 a 1985; tercer periodo, de 1985 a 1995; cuarto periodo de 1995-2000; y quinto periodo del año 2000 a la actualidad. En el mismo sentido se pronuncia LAFRANCE, J. P.: «La epidemia de los videojuegos. Epopeya de una industria», *Revista TELOS, Cuadernos de Comunicación, Tecnología y Sociedad*, núm. 42, junio-agosto 1995, FUNDESCO - Fundación para el desarrollo de la función social de las comunicaciones, Madrid, 1995, estudia las etapas de la historia del videojuego hasta el año 1995, estableciendo idénticos periodos, a saber, primer periodo, de 1965 a 1975; segundo periodo, de 1975 a 1985; tercer periodo, de 1985 a 1995; cuarto periodo, del año 1995 en adelante.

¹⁶ En este sentido, entre otros, BELLÍ, S. y LÓPEZ RAVENTÓS, C.: *op. cit.*, pág. 162; EGUIA GÓMEZ, J. L.; CONTRERAS-ESPINOSA, R. y SOLANO-ALBAJES, L.: «Videojuegos: Conceptos, historia y su potencial como herramientas para la educación», *Revista 3 Ciencias*, publicado en *3C TIC Cuadernos de desarrollo aplicados a las TIC*, núm. 2, Área de Innovación y Desarrollo, Alcoy, 2012, pág. 7.

¹⁷ LAFRANCE, J. P.: *op. cit.*

La década de los años ochenta es por tanto punto de inflexión en el estudio del videojuego desde el punto de vista de la Propiedad Intelectual, siendo en estos años cuando el videojuego comenzó a ganar complejidad en tanto que obra intelectual mediante la incorporación y confluencia en el mismo de un número cada vez mayor de creaciones del espíritu.

La tercera etapa de la historia del videojuego, la comprendida entre los años 1985 y 1995, trajo consigo, amén de múltiples avances técnicos, una nueva generación de juegos que se ha venido a denominar la *generación Mario Bros*. La creación del juego que da nombre a dicha generación, *Mario Bros*, presenta una importancia radical en la historia del desarrollo de videojuegos, analizada desde la óptica de la Propiedad Intelectual.

El personaje Mario y el primero de los juegos de la extensa saga, denominado igualmente *Mario Bros*, fueron creados por el diseñador japonés Sigheru Miyamoto, trabajador de la compañía japonesa Nintendo, cuyo universo creativo se encuentra fuertemente influido por la cultura tradicional japonesa, y que encuentra inspiración en expresiones culturales ancestrales del folclore japonés, el teatro de marionetas o la literatura infantil¹⁸ y refleja tal bagaje cultural en sus creaciones.

El juego *Mario Bros* incluyó además un elemento artístico novedoso para el videojuego, a saber, el decorado o escenario, representando inicialmente por un fondo de color azul suave, así como por una serie de elementos caricaturescos que, de un modo u otro, participan en la experiencia de juego. Hasta ese momento, los videojuegos mostraban sus gráficos bajo un fondo inalterablemente negro, sin contar con mayores elementos decorativos.

La creación de *Mario Bros* supuso la incorporación de un importante número de obras intelectuales ajenas hasta entonces al universo de los videojuegos, entre otras, un elenco de personajes (obras plásticas, gráficos, dibujos), decorados y escenarios compuestos por imágenes tanto fijas como animadas, referencias y elementos del folclore y la cultura tradicionales, caricaturas, composiciones musicales complejas e incluso desarrollos narrativos habida cuenta de que, si bien los videojuegos de *Mario* no cuentan habitualmente con un guion en sentido estricto, el propio avance del juego a través de las diferentes «pantallas» narra al jugador un relato perfectamente definido, inspirado en la literatura infantil tradicional: el protagonista, Mario, debe rescatar a una princesa, encerrada en un castillo, cuyo acceso solo resulta posible tras atravesar una serie de lugares (los «mundos» o «pantallas» del videojuego) en los que acechan múltiples peligros.

Se observa así como en la tercera etapa histórica de los videojuegos los mismos tomaron en obras tremendamente heterogéneas, aglutinando en sí mismos un conglomerado creciente de obras intelectuales.

Durante la cuarta y quinta etapa de la historia de los videojuegos, a saber, la comprendida entre los años 1995 a 2000, y la que abarca del año 2000 a la actualidad, respectivamente, el avance tecnológico ha posibilitado la introducción en el desarrollo de videojuegos de numerosas

¹⁸ GUZMÁN, A.: *La fantasía detrás de Mario*, página web «Nintendo Latino», nintendolatino.com/la-fantasia-detrás-de-Mario, consultado con fecha 20 de marzo de 2015.

mejoras, tanto desde el punto de vista artístico como desde una perspectiva técnica; no obstante, su relevancia desde el punto de vista de la Propiedad Intelectual ha resultado menor, al haberse introducido ya en la tercera etapa evolutiva un elevado número de obras intelectuales que confluyen en la obra individual y unitaria que constituye el videojuego.

Cabe reseñar que la cuarta etapa estuvo marcada, principalmente, por la irrupción de la tecnología en tres dimensiones (3D) y de la tecnología entonces denominada «multimedia interactiva» que posibilitaron la inclusión en los videojuegos de, entre otras innovaciones, sonidos, grafismos e imágenes mucho más realistas, redundando en la experiencia interactiva del usuario. Resulta igualmente destacable la consolidación en esta etapa de la inclusión de un auténtico guión en gran parte de los videojuegos, acompañado o no de la narración de una historia.

La quinta etapa evolutiva en la historia del videojuego, en la que nos encontramos en el momento actual, ha traído consigo innovaciones como el gusto por el hiperrealismo en el arte digital y el diseño gráfico, la inclusión en los videojuegos de verdaderas obras fotográficas y audiovisuales y la aparición de un concepto que sí presenta una gran importancia en el estudio del videojuego como obra intelectual: la posibilidad otorgada al público consumidor de videojuegos de instituirse en autor, creando por sí mismo obras intelectuales, tales como personajes, niveles de juego y otras tipologías de elementos creativos que, una vez desarrollados, quedan adicionados al videojuego redundando en beneficio tanto del usuario que las ha creado e implementado como del resto de usuarios y, por supuesto, de la obra intelectual en su conjunto.

2. EL VIDEOJUEGO COMO PRINCIPAL ACTIVO DE UNA INDUSTRIA CULTURAL

a) La creatividad como valor principal del videojuego y la importancia de su adecuada protección bajo el régimen de Propiedad Intelectual

La industria del videojuego aglutina tanto juegos como otros bienes, tales como los aparatos o máquinas imprescindibles para su uso (consolas, ordenadores y más recientemente dispositivos móviles todo tipo), accesorios que posibilitan nuevas o mejoradas opciones de juego o interacción (denominados en el entorno del videojuego «periféricos»), así como multitud de productos a los que es posible referirse de modo genérico como *merchandising* (figuras de los personajes de los juegos, prendas de vestir, libros de táctica o instrucciones sobre cómo jugar un concreto juego, entre otros muchos), si bien ha girado principalmente desde sus inicios y hasta nuestros días sobre el *software* del entretenimiento.

El principal eslabón de la cadena de valor de la industria del videojuego son los creadores de los juegos, esto es, informáticos, desarrolladores de programación, artistas plásticos, artistas gráficos, guionistas, compositores musicales, animadores, etc., quienes, como responsables del proceso creativo, asumen la responsabilidad de desarrollar, mantener y rentabilizar la industria mediante la creación de obras intelectuales que, por un lado, resulten susceptibles de lograr éxito

comercial¹⁹ y, por otro lado, mantengan elevados estándares artísticos y creativos, constituyéndose en productos culturales de calidad.

La creatividad y la generación de productos culturales de calidad se erigen, por tanto, como el mayor activo de la industria del videojuego. Valga como ejemplo de tal afirmación la crisis sufrida por el sector entre los años 1983 y 1985, denominada «crisis del videojuego», periodo de gran incertidumbre para la industria en el que incluso se llegó a especular sobre su desaparición.

Los estudios y reseñas históricas sobre la crisis del videojuego centran su atención y señalan como desencadenante de tal crisis la sobresaturación tanto del mercado de consolas como del mercado de videojuegos²⁰.

Interesa ahora destacar que, en lo que respecta al segmento del videojuego, no solo el mercado se encontraba saturado sino que, y lo que es más importante, los productos culturales se producían con muy escaso rigor dando lugar a juegos de muy baja calidad, carentes de originalidad y valor creativo, que provocaron el descontento y desconfianza de los consumidores quienes, consecuentemente, disminuyeron su consumo de videojuegos. En el segmento del videojuego la crisis no fue sino una crisis creativa en la que el público mostró su rechazo a aquellos juegos que, como bienes culturales, no lograron satisfacer sus necesidades o deseos.

Llegado este punto, la industria indiscutiblemente se preguntó qué lógica subyace a la toma de decisión del consumidor en lo que al consumo de bienes culturales se refiere. En este sentido, siguiendo a ORTEGA VILLA, cabe definir el consumo de bienes culturales como el «conjunto de procesos socioculturales en que se realizan la apropiación, recepción y uso de los bienes producidos en el campo de la producción cultural»²¹.

Mediante el consumo de videojuegos el público pretende el disfrute de bienes culturales y creativos de alta calidad²², buscando satisfacer su necesidad de acceso a la cultura en un sentido

¹⁹ En este sentido DE AGUILERA, M.: *op. cit* afirma que «en términos económicos, la industria del videojuego gira básicamente en torno de un mecanismo: la elaboración de productos culturales "empaquetados" (...). Esta industria ha instituido modelos de negocio muy similares a los de otras industrias culturales basadas en la creación, publicación y distribución de productos con propiedad intelectual.

²⁰ En relación con la saturación del mercado de consolas, los estudios apuntan que el éxito alcanzado en los primeros años de esplendor de la industria propició la introducción en el mercado de un excesivo número de fabricantes de consolas provocando una inevitable bajada de sus precios, con las consiguientes pérdidas económicas.

²¹ ORTEGA VILLA, L. M.: «Consumo de bienes culturales: Reflexiones sobre un concepto y tres categorías para su análisis», *Revista Culturales*, vol. V, núm. 10, junio-septiembre 2009, REDALYC - Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal, Baja California, México, 2009, pág. 24.

²² De acuerdo con la *Guía para el Desarrollo de las Industrias Culturales y Creativas* publicada por la UNESCO, en el entorno de las industrias creativas y culturales la calidad se refiere a la excelencia en los formatos y a la regularidad en el proceso de producción y distribución, no juzgándose la (por otro lado recomendada) excelencia artística, sino la viabilidad global (económica, social y cultural) de los proyectos emprendidos. UNESCO, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.: *Políticas para la Creatividad. Guía para el Desarrollo de las Industrias Culturales y Creativas*, UNESCO, París, 2010, págs. 108-109.

amplio, esto es, el consumidor no desea adquirir un producto de entretenimiento puramente banal (como pareciera pensarse en los primeros años de la década de 1980) sino que su interés se centra igualmente en saciar inquietudes culturales diversas como puedan ser el acceso a productos innovadores provistos de los más altos estándares de calidad creativa, el deseo de aprendizaje y construcción de conocimiento o el deseo de pertenencia a una comunidad, entre otros²³.

Así las cosas, la crisis sufrida por la industria del videojuego en los primeros años de la década de los ochenta resulta plenamente comprensible, y la recuperación de la industria debía pasar por la regeneración creativa y por la asunción de la necesidad de incorporar al mercado videojuegos entendidos como auténticos bienes culturales, provistos de un alto valor creativo y artístico.

A mi juicio, este cambio de criterio sentó las bases de la industria del videojuego tal y como es conocida en la actualidad, a saber, como un sector de actividad que «combina la creación, la producción y la comercialización de contenidos creativos que sean intangibles y de naturaleza cultural»²⁴, cuyo principal activo no es sino un bien intangible revestido de un amplio contenido cultural, producto de la creatividad humana y que encuentra su finalidad última en la difusión y promoción de la cultura.

Así, las obras intelectuales se sitúan como el epicentro y razón de ser de la industria del videojuego cuyo impulso debe pasar necesariamente por dotar a los autores y creadores, y a la totalidad de actores implicados en el proceso de diseño y desarrollo de videojuegos, de un régimen legal específico que atienda a las particularidades propias de esta tipología de obra intelectual asegurándoles un haz de facultades, en tanto que titulares de derechos en materia de Propiedad Intelectual, que les permita tanto la debida protección de su creación como la articulación de mecanismos específicos de explotación.

b) Modelos de negocio de la industria del videojuego: Constatación de la importancia y valor del videojuego en tanto que creación intelectual

A grandes rasgos y de manera muy básica, es posible distinguir dos modelos de negocio en la industria del videojuego²⁵: por un lado, aquellos modelos que calificaremos como tradiciona-

²³ El deseo de pertenencia a una comunidad se encuentra (y se encontraba ya en la década de los ochenta) muy arraigado entre los jugadores de videojuegos; así, prácticamente desde los inicios de la industria, los videojugadores se constituyeron en diferentes comunidades de fans (lo que hoy en día se ha venido a llamar *cultura fan*), auténticas redes de aficionados bien a un concreto producto (como pueda ser un videojuego en particular), bien a una industria cultural en su conjunto (como pueda ser la industria del videojuego) que comparten inquietudes, investigan alrededor de su «objeto de deseo» e incluso se adentran en el ámbito de la imaginación y creación de nuevos productos relacionados.

²⁴ The Global Alliance for Cultural Diversity, perteneciente a UNESCO, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: *Comprender las industrias creativas. Las estadísticas como apoyo a las políticas públicas*, UNESCO, París, 2006, pág. 2.

²⁵ Los dos modelos de negocio enunciados, a saber, distribución tradicional y distribución digital de videojuegos, han sido establecidos a efectos puramente académicos, a los fines del presente trabajo y de la tesis que se desea exponer.

les, basados en la comercialización y distribución de los videojuegos previamente incorporados a un soporte tangible y, por otro lado, los que denominaremos contemporáneos, centrados en la distribución de videojuegos de modo intangible y sin adquirir corporeidad de ningún tipo, desarrollada fundamentalmente a través de internet, dando lugar así a la históricamente llamada distribución multimedia o, en términos más actuales, distribución digital.

Cada uno de los citados modelos de distribución cuenta con particularidades y características propias y diferenciadas, si bien ambos comparten como rasgo fundamental la focalización de su atención en una obra o producto: el videojuego.

En el modelo de distribución que hemos denominado tradicional, y dejando al margen la comercialización de videojuegos a través de máquinas *arcade*, el segmento de videojuegos confluye con el de las consolas (entendemos incluido dentro del mercado de las consolas el de los accesorios o productos periféricos), contando este último con un relevante peso tanto económico como innovador en el conjunto de la industria²⁶.

No obstante, puesto que el sustento último de toda industria cultural es el valor añadido que aporta el contenido que crea y comercializa en tanto que vehículo difusor de valores culturales, el grueso del negocio no puede sino girar sobre el bien intelectual, esto es, sobre el videojuego.

Dicho de otro modo, aun en confluencia con otros bienes igualmente propios de su industria, no es sino el videojuego el producto que proporciona al usuario tanto la experiencia de juego como la experiencia cultural, pudiendo calificarse a la consola (producto igual de rentable que el videojuego desde el punto de vista económico, pero cuyo valor de difusión cultural resulta inevitablemente menor), en términos maquiavélicos, como un mero medio para lograr un fin.

Por su parte, la distribución de videojuegos que se ha denominado contemporánea y que ha sido identificada con la distribución digital, comenzó a adquirir importancia a partir de la generalización del uso de internet y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), y supuso un cambio paradigmático no solo en la industria del videojuego sino también en otros sectores del ocio y el entretenimiento, tales como la música o el cine²⁷.

No constituye el objeto del presente estudio y, en consecuencia, no nos adentraremos en su análisis, la especificación de los diferentes modelos de negocio que, a lo largo de los años ha establecido la industria del videojuego, ciertamente mucho más prolíficos y complejos que los dos enunciados (modelo tradicional y modelo digital).

²⁶ El segmento de la industria de los videojuegos dedicado a la creación, desarrollo y fabricación de consolas puede calificarse como un sector altamente competitivo e innovador, dinámico y en constante evolución, que ha dado lugar desde los primeros años de la década de 1970 y hasta la actualidad a ocho generaciones de consolas, cada una de las cuales ha supuesto importantes avances tecnológicos con respecto a la anterior.

²⁷ La distribución digital de contenidos, plenamente consolidada en nuestros días aunque no exenta de polémica, constituye un modelo de distribución de obras intelectuales relativamente novedoso, cuya velocidad de implantación y consolidación así como su aceptación por parte del público resultó extraordinaria, lo cual, unido a las posibilidades de negocio que ofrece, ha dado como resultado un escenario como el actual en el que, tras poco más de una década de

La irrupción y auge de la distribución digital de contenidos, con sus específicas particularidades, ha transformado en los últimos tiempos²⁸ tanto las cadenas de valor como los modelos de negocio de gran parte de las industrias creativas y culturales, generando un escenario en el que prácticamente desaparecen los intermediarios y el público ostenta capacidad de acceso a las obras directo, ubicuo y bajo demanda [en términos del art. 20.2 i) de la LPI, el público ostenta la posibilidad de acceder a la obra *desde el lugar y en el momento que elija*]. En este contexto los contenidos quedan revestidos de una importancia principal.

El crecimiento del consumo digital de contenidos ha supuesto una desfragmentación de la industria del videojuego, desde el momento que varios de sus segmentos (consolas de sobremesa, consolas portátiles, accesorios o periféricos) han dejado de resultar «necesarios» para la distribución y consumo de videojuegos, los cuales consecuentemente se han posicionado como núcleo de la industria.

Asimismo, gracias al esplendor de la «era digital» y a la constante aparición de un creciente número de dispositivos tecnológicos que posibilitan el disfrute de videojuegos (*smartphones*, tabletas, etc.) en los últimos tiempos ha aumentado considerablemente el número de videojuegos creados en nuestro país, muchos de ellos específicamente concebidos para ser distribuidos digitalmente²⁹, dando como resultado un sector mucho más dinámico, competitivo y prolífico.

existencia, el consumo digital (*on-line*) de contenidos de entretenimiento ha superado al consumo tradicional (*off-line*) de esta tipología de contenidos, según reflejan diferentes indicadores entre los que destacaremos el Plan específico de la Agenda Digital para España, actualizado a junio de 2014, pág. 27, elaborado por el Organismo Agenda Digital para España (Ministerio de Industria, Energía y Turismo y Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), disponible *on-line* en <http://www.agendadigital.gob.es/planes-actuaciones/Bibliotecaplanesconsolidados/Planes-Especificos-ADpE.pdf>, consultado con fecha 26 de marzo de 2015. En concreto, el Plan Específico de la Agenda Digital para España muestra cómo, en nuestros días, el consumo digital de contenidos de ocio y entretenimiento representa más de la mitad del consumo total de este tipo de contenidos. Cuestión distinta, y que no constituye el objeto del presente estudio, supone abordar qué porcentaje de dicho consumo digital se corresponde con contenidos de acceso legal; en este sentido, recientemente la Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos ha publicado su *Observatorio de Piratería y hábitos de consumo digital - 2014*, en el que cifra en un porcentaje de tan solo el 40% el acceso legal a contenidos digitales (correspondiendo por tanto el 60% de los accesos a contenidos digitales ilegales o «piratas»), si bien, el análisis de tales cifras constituiría objeto de otro estudio.

²⁸ No resulta sencillo indicar con precisión el momento en que la distribución digital de contenidos comenzó a modificar el paradigma distributivo de la industria del ocio y el entretenimiento, así como sus modelos de negocio. Tras un estudio de diversas fuentes, entendemos posible tomar como punto de referencia el año 2004, año en el que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE, a través de su Grupo de Trabajo sobre la Economía de la Información, en colaboración con el Grupo de Trabajo sobre Telecomunicaciones, planteó la necesidad de estudiar el modo en que la distribución digital de contenidos estaba transformando los modelos de negocio y cadenas de valor de determinados sectores de la industria del entretenimiento, entre otros, la música, las publicaciones científicas o los videojuegos.

²⁹ En este sentido, el *Libro Blanco del Desarrollo Español de los Videojuegos* afirma que «el desarrollo de videojuegos para su consumo a través de Internet se configura como el principal motor de la industria española del videojuego», situando en el 78% el porcentaje de facturación del sector correspondiente a la distribución digital de videojuegos. DEV Asociación Española de Empresas Productoras y Desarrolladoras de Videojuegos y Software de Entretenimiento.: *Libro Blanco del Desarrollo Español de Videojuegos*, DEV, con el patrocinio de U-Tad Centro Universitario de Tecnología y Arte Digital, Madrid, 2014, págs. 36 y 37.

c) El videojuego como vehículo transmisor de cultura: Usos asentados, tendencias y perspectivas de futuro

No podemos cerrar el presente capítulo dedicado a la consideración del videojuego como bien intelectual y activo principal de una industria cultural sin referirnos brevemente al papel que, desde hace años, vienen tomando los videojuegos como vehículo transmisor de cultura, no solo en lo que a entretenimiento *stricto sensu* se refiere, sino también en relación con usos educativos, pedagógicos, psicológicos, médicos, informativos, corporativos, e incluso políticos, entre otros.

Los videojuegos cuyo objetivo principal no es servir al ocio o entretenimiento sino a otras funcionalidades suelen denominarse «juegos serios» (*serious games*), y pueden definirse como aquellos «juegos que se usan para educar, entrenar e informar», siendo su objetivo principal «la formación antes que el entretenimiento»³⁰.

Los juegos serios cuentan en la actualidad con una serie de usos pródigamente asentados entre los que cabe mencionar (a) su uso con fines educativos o pedagógicos que goza de una creciente aceptación e incluye herramientas que, entre otras virtudes, fomentan la motivación del alumno, favorecen la socialización cognitiva y promueven la reflexión y el razonamiento estratégico; (b) su uso con fines de transmisión de conocimientos a través de la generación de dinámicas que faciliten al conjunto de la población la comprensión de informaciones complejas³¹; (c) su uso con fines de «entrenamiento» (*coaching*) y formación de determinados profesionales en competencias especialmente complejas mediante la sustitución de la realidad por un escenario simulado (simulación), frecuentemente utilizados en campos como el adiestramiento militar o el estudio de la medicina; o (d) su uso como canal de comunicación corporativa e institucional y como herramienta de marketing.

Los juegos serios presentan además excelentes perspectivas de futuro como vehículo de transmisión de cultura entre las que destaca el auge de la llamada «gamificación», castellanización del término anglosajón *gamification*, concepto de reciente creación que cabe definir como «el uso de estrategias, modelos, dinámicas, mecánicas y elementos propios de los juegos en contextos ajenos a estos, con el propósito de transmitir un mensaje o unos contenidos, o de cambiar un comportamiento, a través de una experiencia lúdica que propicie la motivación, la implicación y la diversión»³².

³⁰ MARCANO, B.: «Juegos serios y entretenimiento en la sociedad digital», *Revista Electrónica Teoría de la Educación. Educación y Cultura en la Sociedad de la Información*, vol. 9, núm. 3, noviembre 2008, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008, págs. 97-98.

³¹ Encuadrado en esta tipología de juegos serios que pretenden servir como herramientas de transmisión de conocimiento o información cabe destacar el juego denominado *Peacemaker*, puesto a disposición en el mercado por la distribuidora independiente Manifesto Games, con sede en Nueva York, juego de simulación y estrategia en el que se recrea el conflicto político entre Israel y Palestina.

³² GALLEGO, F. J.; MOLINA, R. y LLORENS, F.: *Gamificar una propuesta docente diseñando experiencias positivas de aprendizaje*, documento de trabajo de JENIU 2014, XX Jornadas sobre la Enseñanza Universitaria de la Informática, 2014. Disponible en Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante. <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/39195/1/Gamificacio%CC%81n%20%28definicio%CC%81n%29.pdf>, consultado en fecha 26 de marzo de 2015.

La gamificación presenta como objetivo principal la transmisión de conocimiento e información mediante el fomento de la participación del usuario o jugador quien, al sentirse parte integrante del juego, aumenta su interés por la información que le es proporcionada. Las técnicas de gamificación se vienen utilizando hasta el momento principalmente en el ámbito empresarial, fundamentalmente con propósitos formativos, así como en el sector publicitario, si bien su potencial es ingente.

Por todo ello, el videojuego se configura como un producto cultural que presenta una enorme riqueza, sirviendo no solo al ocio y entretenimiento sino también como vehículo de transmisión de cultura, esto es, como herramienta válida para la difusión de determinados activos culturales como el conocimiento, la información social, los valores que caracterizan una determinada cultura o modo de organización social, determinadas experiencias socio-culturales y, en general, cualesquiera elementos del acervo cultural susceptibles de ser transmitidos por los medios comunicativos de los que dispone el videojuego.

En definitiva, los videojuegos, en cualquiera de sus categorías o tipologías, se instituyen y deben ser entendidos, al igual que cualesquiera otras clase de arte, como elementos que colaboran al enriquecimiento del acervo cultural mediante la transmisión de valores culturales propios de la época en la que son creados y desarrollados y, por ende, como bienes revestidos de una relevante impronta artística, cultural e intelectual.

III. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL VIDEOJUEGO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La legislación en materia de Propiedad Intelectual no ha abordado hasta la fecha la definición o clasificación legal del videojuego, ni de sus características, no existiendo referencia expresa a tal categoría de obra en la normativa actual.

En consecuencia, a la hora de contextualizar la situación o tratamiento jurídico actual del videojuego en nuestro ordenamiento debe acudir a las referencias doctrinales y jurisprudenciales al respecto³³.

1. POSICIONES DOCTRINALES EN ESPAÑA EN TORNO A LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL VIDEOJUEGO

La doctrina científica ha venido abordando el estudio del videojuego tratando de categorizar dicha obra intelectual en alguna de las tipologías de obras comprendidas en la normativa sobre Propiedad

³³ Ha sido principalmente la doctrina científica quien ha venido abordando el estudio del videojuego en nuestro ordenamiento jurídico. Los tribunales han tenido escasas ocasiones de pronunciarse sobre tal categoría de obra, existiendo en consecuencia escasa jurisprudencia al respecto, circunscrita la mayor parte de ella al orden jurisdiccional penal.

Intelectual siendo que, hasta la fecha, diferentes autores han abordado el estudio del videojuego bien desde la óptica de la obra audiovisual, bien como una suerte de «conglomerado» de obras que merecen ser objeto de protección de modo separado e individual o, por último, como obra multimedia.

Entre las primeras, posiciones doctrinales que tratan y califican el videojuego principalmente como obra audiovisual, afirma PÉREZ DE CASTRO que el videojuego consiste en «una creación expresada mediante imágenes asociadas, que requiere para ser visualizada de medios técnicos, notas que caracterizan a las obras que deben considerarse como audiovisuales, sin importar cuál sea el soporte material de las mismas»³⁴. El razonamiento se completa excluyendo la calificación del videojuego como programa de ordenador, partiendo de la base de que un mismo programa de ordenador podrá subyacer a diferentes videojuegos (afirmación que compartimos, si bien no en el sentido en que por dicha autora es utilizada), concluyendo que, en consecuencia, la nota distintiva y creativa del videojuego vendrá determinada por sus elementos audiovisuales.

Un segundo grupo de autores entiende el videojuego como un «conglomerado» de obras individuales; entre ellos, BOUZÁ LÓPEZ es taxativo al afirmar que en el videojuego «nos encontramos con dos obras distintas [a saber, programa de ordenador y obra audiovisual], con regímenes independientes»³⁵. Partiendo de este razonamiento, este autor, citando previamente a PÉREZ DE CASTRO, opina que «la calificación de los videojuegos como obras audiovisuales no presenta mayores problemas»³⁶, y propone otorgar protección separada tanto al *software* que sirve de base al videojuego como a la obra audiovisual, es decir, a las imágenes asociadas que son visualizadas en la pantalla como consecuencia de la ejecución del programa de ordenador que subyace al videojuego; siempre, claro está, que tanto una como otra obra gocen de la originalidad suficiente para encontrar protección al amparo de la normativa de Propiedad Intelectual.

Por otra parte, el sector doctrinal que califica el videojuego como obra multimedia opina que en los videojuegos, además de predominar la simulación o «experiencia multimedia» con respecto del *software* que subyace a tal elemento multimedia que, no obstante, resulta indispensable³⁷, nos encontramos ante obras en las que resulta determinante la interactividad del usuario. Y es precisamente esta presencia de interactividad, rasgo paradigmático de la obra multimedia³⁸,

³⁴ PÉREZ DE CASTRO, N.: «Comentario al artículo 86 de la Ley de Propiedad Intelectual», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, pág. 1.157

³⁵ BOUZÁ LÓPEZ, M. A.: *La protección jurídica de los videojuegos*, Madrid: Marcial Pons, 1997, pág. 142.

³⁶ BOUZÁ LÓPEZ, M. A.: *op. cit.*, pág. 143.

³⁷ Por definición, el programa informático resulta elemento indispensable de la obra multimedia. Como muestra, cabe citar la definición de obra multimedia que consta en el Libro Verde sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información, pág. 19, a saber, «combinaciones de datos y obras de diferente tipo, como imagen, fija o animada, texto, música y programas informáticos».

³⁸ Por lo demás, y siguiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, cabe definir la obra multimedia como aquella «creación digital que combina, a través de un programa de ordenador, elementos pertenecientes a medios diversos, como el vídeo, el sonido, la imagen estática, la animación gráfica o el texto, permitiendo al usuario interactuar con su conteni-

el elemento que rige los razonamientos de los autores posicionados a favor de la calificación de los videojuegos como obra multimedia.

En este sentido, GONZÁLEZ GOZALO, tras afirmar que a través de los videojuegos se otorga al usuario «el disfrute interactivo de la totalidad de la obra multimedia, a través de la operación unitaria de sus múltiples elementos», define expresamente el videojuego como «la obra multimedia consistente en un juego caracterizado por la muestra en una pantalla de una serie de imágenes en movimiento influidas por las decisiones del jugador»³⁹.

Más tajante resulta MARTÍN SALAMANCA quien, tras definir el videojuego como «un software creado para el entretenimiento y basado en la interacción entre una o varias personas y un aparato electrónico que ejecuta el programa», afirma que el videojuego «es un ejemplo "de manual" de las creaciones multimedia»⁴⁰.

Dentro de este grupo de autores, ESTEVE PARDO califica la obra multimedia como un supuesto específico de colección, en concreto como base de datos⁴¹, y subsume el videojuego en la noción de obra multimedia, considerando que «la posibilidad de obtener protección separada para el videojuego como obra audiovisual, por un lado, y para el programa de ordenador que le sirve de soporte por otro, es cuestión más que aceptada», para posteriormente afirmar que «la categoría de programa de ordenador no puede abarcar y calificar globalmente una obra tan compleja como es la multimedia», entendiéndolo, en suma, que «el software es algo que incorpora la obra multimedia, por lo que esta sobrepasa a esta categoría»⁴². De acuerdo con los razonamientos de la autora, el videojuego, en tanto que obra multimedia, quedaría calificado como colección-base de datos, en el sentido del artículo 12.1 de la LPI.

2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL Y EUROPEO DEL VIDEOJUEGO

Tanto la jurisprudencia patria como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han contado con escasas ocasiones para pronunciarse acerca del videojuego y, en la gran mayoría de los

do». Tras aportar esta definición, el autor cita como ejemplo de obra multimedia, de modo expreso, los videojuegos, entroncándose en consecuencia en el sector doctrinal que entiende y califica al videojuego como obra multimedia. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros.: *op. cit.*, págs. 61-62.

³⁹ GONZÁLEZ GOZALO, A.: *op. cit.*, pág. 70.

⁴⁰ MARTÍN SALAMANCA, S.: «La cuestión en las obras cinematográficas, los formatos televisivos y las adaptaciones cinematográficas de videojuegos: Cuando las ideas se hacen imágenes», en Rogel Vide, C. y Saiz García, C. (dirs.), *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor*, Madrid: Editorial Reus, 2011, págs. 113-115.

⁴¹ ESTEVE PARDO, M. A.: *La obra multimedia en la legislación española*, Pamplona: Aranzadi, 1997, pág. 55 y pág. 59, entre otras.

⁴² ESTEVE PARDO, M. A.: *op. cit.*, págs. 46-48.

supuestos, los procedimientos de los que han conocido han versado sobre cuestiones relacionadas con el plagio, con la realización de copias no autorizadas de videojuegos o con las denominadas medidas tecnológicas de protección o DRM (*digital rights management*), es decir, las técnicas o dispositivos cuyo propósito es impedir o restringir actuaciones sobre obras no consentidas por los titulares de derechos de Propiedad Intelectual, habitualmente conocidas como «medidas anticopia».

Las escasas sentencias recaídas hasta el momento en nuestro país, dictadas la gran mayoría de las mismas en la jurisdicción penal, tienden a calificar y tratar al videojuego como programa de ordenador.

A modo de ejemplo, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Jerez de la Frontera, con fecha 20 de octubre de 2011, relativa a un proceso en la que se enjuicia la posible concurrencia en la conducta del acusado de un delito de los tipificados en el artículo 270.1 del Código Penal, que castiga con penas de prisión al que «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica», así como de una falta de las tipificadas en el artículo 623.5 del Código Penal, en relación con el precitado artículo 270.1 de dicho texto legal.

El juzgador aprecia la comisión de las infracciones por parte del acusado y, en lo relativo a la comisión de la falta, entiende que de las pruebas practicadas en el proceso se descarta que las copias de videojuegos de las que disponía el infractor puedan tratarse de copias de seguridad de los mismos dado que, entre otros motivos, el acusado disponía de gran número de copias de videojuegos y en algún caso de más de una copia del mismo juego, resultando por ello poco probable que fueran «copias para el propio acusado», concluyéndose que las «copias encontradas tenían como finalidad la distribución a terceros y no el uso de la copia de seguridad amparada en el artículo 100 de la LPI».

El tratamiento que a lo largo de la sentencia se realiza de las copias de videojuegos, así como la remisión expresa al artículo 100 de la LPI, encuadrado bajo el título VII de dicha ley con rúbrica «Programas de ordenador», no puede llevarnos sino a afirmar el evidente encuadre legal del videojuego como programa de ordenador que asume la sentencia.

Idéntica calificación de los videojuegos como programas de ordenador es efectuada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, dictada en fecha 14 de junio de 2005, que confirma la condena impuesta por el Juzgado de lo Penal número 5 de Málaga, y considera la copia no autorizada de videojuegos efectuada por el acusado como supuesto de copia de programas de ordenador.

Igualmente, sentencias como la dictada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Barcelona en fecha 28 de enero de 2004 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, de fecha 8 de junio de 2004, entre otras, tratan al videojuego como programa de ordenador al efectuar sus razonamientos jurídicos.

Junto con tal corriente jurisprudencial, existe en nuestro ordenamiento un pequeño grupo de sentencias que no consideran *per se* al videojuego como programas de ordenador, si bien

tampoco ahondan en su posible calificación, limitándose a referirse al mismo como una «obra compleja».

De entre ellas nos referiremos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, dictada en fecha 4 de julio de 2011, que literalmente afirma que el videojuego «puede configurarse, como hace la doctrina, como una obra compleja, que incluye además del programa informático imágenes, obras audiovisuales, esquemas, argumentaciones, guiones».

Por lo que a jurisprudencia europea se refiere, es preciso citar la reciente y muy comentada Sentencia dictada por la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 23 de enero de 2014, asunto C-355/12, cuyo objeto es una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Milán en el marco de un litigio entre varias empresas pertenecientes al grupo Nintendo y una mercantil que comercializaba chips y otros dispositivos similares, que Nintendo entendía vulneradores de sus derechos de Propiedad Intelectual al ser óptimos para eludir las medidas tecnológicas de protección instaladas en sus videojuegos, así como el servidor de internet (prestador de servicio de alojamiento) que alojaba la página web de dicha entidad.

Resulta interesante resaltar que ya el Tribunal de Milán al elevar al Alto Tribunal Europeo la cuestión prejudicial considera que «la protección de los videojuegos no puede limitarse a la establecida para los programas de ordenador», afirmando asimismo que «aunque los videojuegos funcionan gracias a un programa de ordenador, este se inicia y avanza siguiendo un recorrido narrativo predeterminado por los autores de dichos juegos, que hace aparecer un conjunto de imágenes y sonidos dotado de cierta autonomía conceptual».

El Tribunal de Justicia recoge en su Sentencia la argumentación de la Corte de Milán disponiendo que «como indica la resolución de remisión, los videojuegos (...) son un material complejo que incluye no solo el programa de ordenador, sino también elementos gráficos y sonoros que, aunque codificados en lenguaje informático, tienen un valor creativo propio que no puede reducirse a dicha codificación» y afirmando este tribunal, en consecuencia, que los diferentes elementos que incluye el videojuego participan de la originalidad de la obra y quedan protegidos junto con el conjunto de la obra (esto es, junto con el videojuego) por la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la Sociedad de la Información.

A mi juicio, sentencias como las citadas en los párrafos precedentes reflejan la asunción y reconocimiento por parte de los juzgadores de la compleja realidad del videojuego, creación compuesta por múltiples obras individuales que, si bien dan como resultado una obra autónoma y unitaria susceptible de protección, son igualmente merecedoras de tal protección de modo individual y separado, tal y como afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No obstante, si bien esta corriente jurisprudencial es sin duda un importante avance, subsiste la necesidad de abordar la calificación jurídica del videojuego de modo concreto, específico y especial, de acuerdo con sus peculiares características, tal y como en su día se realizó con otras tipologías de obras igualmente complejas.

3. BREVE REFERENCIA A DERECHO COMPARADO

Tradicionalmente, los estudios doctrinales de Derecho comparado emprendidos en nuestro país en relación con los videojuegos, se han centrado en la comparación de los antagónicos regímenes jurídicos estadounidense y alemán⁴³.

Con intención de acercar los posicionamientos que sobre el videojuego son mantenidos no solo en Alemania y Estados Unidos, sino también en diferentes Estados de los continentes europeo, americano, asiático y africano, en el año 2013 la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) publicó el estudio titulado *The Legal Status of the Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*⁴⁴, que analiza la calificación otorgada al videojuego desde el punto de vista de la Propiedad Intelectual en 24 países. De las conclusiones de tal estudio nos valeremos a continuación, a fin de realizar una breve aproximación al régimen jurídico del que goza el videojuego en diferentes jurisdicciones.

Conviene comenzar destacando que, ya en su introducción, el estudio de la OMPI determina que ninguno de los países analizados ofrece «respuestas definitivas» a la cuestión de la calificación jurídica del videojuego⁴⁵ y encuentra posible dividir las diferentes legislaciones examinadas en torno a dos categorías: por un lado, aquellas que consideran los videojuegos predominantemente como programas de ordenador a la vista de su naturaleza y dependencia con respecto al *software* y, por otro lado, aquellas que reconocen la complejidad intrínseca del videojuego y consideran merecedores de una protección separada a cada uno de los elementos que lo integran, de acuerdo con su específica naturaleza⁴⁶.

A los efectos del presente trabajo, han sido seleccionados 6 de los 24 países cuyas legislaciones, en lo que a la clasificación jurídica del videojuego se refiere, son analizadas en el estudio de la OMPI, tres de los cuales se encuentran en el primer grupo y entienden el videojuego predominantemente como programa de ordenador, a saber, Italia, Israel y China, mientras los tres restantes pertenecen al segundo grupo y entienden el videojuego como obra eminentemente compleja, a saber, Francia, Japón y Estados Unidos.

Del análisis de tales legislaciones, y sin ánimo exhaustivo, es posible extraer una serie de conclusiones que, en resumen, ponen de manifiesto que la disparidad normativa imperante sitúa

⁴³ En este sentido, BOUZÁ LÓPEZ, M. A.: *op. cit.*, y DONAIRE VILLA, F. J. y PLANELL DE LA MAZA, A. J.: *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos. «Statu quo», perspectivas y desafíos*, Madrid: Trama, 2012, exponen y comparan los regímenes legales que, en relación con el videojuego, son mantenidos por los ordenamientos jurídicos de Alemania y Estados Unidos.

⁴⁴ RAMOS, A.; LÓPEZ, L.; RODRÍGUEZ, A. y MENG, T.: *The Legal Status of the Video Games: Comparative Analysis in the National Approaches*, WIPO - World Intellectual Property Organization, Ginebra, 2013.

⁴⁵ RAMOS, A.; LÓPEZ, L.; RODRÍGUEZ, A. y MENG, T.: *op. cit.*, pág. 7.

⁴⁶ Véase nota anterior.

al videojuego en un escenario de inseguridad jurídica en lo que a su protección como obra intelectual se refiere.

En primer lugar, ninguna de las legislaciones examinadas incluye de modo expreso y específico la figura del videojuego en sus correspondientes normativas en materia de Propiedad Intelectual, quedando el videojuego huérfano de definición legal y debiendo ser «encajada» su protección, al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico español, en el régimen legal de obras que son consideradas afines.

A pesar de que las diferentes legislaciones han optado por intentar categorizar el videojuego de acuerdo con tipologías de obras preexistentes, parece existir una suerte de percepción generalizada a nivel internacional en relación con la difícil subsunción directa del videojuego en alguna de tales categorías.

Así, (a) en Italia, los videojuegos son considerados principalmente programas de ordenador, si bien tal categorización no está exenta de polémica, existiendo un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a su calificación jurídica, habiendo entendido el Tribunal Supremo italiano en el año 2007 los videojuegos como «obras multimedia», percepción compartida tan solo por parte de la doctrina, mientras un sector doctrinal divergente considera los videojuegos encuadrados en los supuestos de colección⁴⁷; (b) en Francia, los videojuegos son abiertamente considerados como obras complejas cuya clasificación en una sola de las tipologías de obras preexistentes resulta imposible, entendiendo los tribunales franceses que en ningún caso cabe reducir el régimen del videojuego al del *software* subyacente, debiendo encontrar protección separada, y en función del régimen legal que le sea aplicable, cada uno de los productos intelectuales que lo componen⁴⁸; (c) en Japón y Estados Unidos –países ambos en los que la industria del videojuego amén de contar con una larga tradición presenta un peso económico muy relevante–, el régimen legal del videojuego se encuentra desfragmentado, siendo preciso encontrar su protección de modo cuasi casuístico, en función de los elementos intelectuales que integren cada concreto videojuego⁴⁹; (d) China parece acomodar el videojuego en la categoría de programas de ordenador, si bien no olvida que los elementos integrantes de la obra autónoma deberán ser protegidos de acuerdo con los regímenes correspondientes; y (e) por último, Israel entiende que los videojuegos entendidos como un todo (como obra autónoma y unitaria) son considerados programas de ordenador, aunque reconoce que en determinados casos

⁴⁷ RAMOS, A.; LÓPEZ, L.; RODRÍGUEZ, A. y MENG, T.: *op. cit.*, págs. 50-51.

⁴⁸ RAMOS, A.; LÓPEZ, L.; RODRÍGUEZ, A. y MENG, T.: *op. cit.*, pág. 36.

⁴⁹ RAMOS, A.; LÓPEZ, L.; RODRÍGUEZ, A. y MENG, T.: *op. cit.* Sobre Japón, el estudio de la OMPI afirma que su ordenamiento jurídico otorga a los videojuegos una *calificación distributiva* habida cuenta de que, si bien la casuística los ha calificado como obras cinematográficas, no todos los videojuegos encuentran acomodo en dicha categorización y, adicionalmente, debe ser considerada la protección del *software* subyacente y «utilizado para ejecutar los elementos audiovisuales del videojuego», junto con la protección comprendida en el régimen de la obra cinematográfica, *op. cit.*, pág. 54; por lo que respecta a Estados Unidos, los autores del estudio afirman rotundamente que «la calificación legal de los videojuegos en Estados Unidos es compleja», así como que «a pesar de existir una abundante jurisprudencia y literatura, su protección legal se encuentra todavía fragmentada y depende de los particulares elementos y características de cada obra concreta», *op. cit.*, pág. 91.

podrán encontrar igualmente protección sus elementos audiovisuales, si bien estos últimos tampoco gozan de un régimen de protección específico.

En consecuencia, queda patente que Estados con regímenes jurídicos diversos (e incluso divergentes) encuentran graves obstáculos a la hora de encuadrar el videojuego en sus normativas en materia de Propiedad Intelectual, viéndose abocado al fracaso el intento de subsumir su protección dentro de los estándares específicamente desarrollados para diferentes categorías de obras preexistentes, como consecuencia de la evidente complejidad del videojuego. De ello son muestra los debates doctrinales existentes no solo en nuestro país, sino también en otros Estados tanto de nuestro entorno europeo como pertenecientes a otros continentes.

La realidad aconseja por tanto iniciar, ya sea a nivel nacional, europeo o incluso internacional, la tarea de creación de un régimen de protección específico y especial para el videojuego, consciente de su naturaleza y sus particularidades intrínsecas, tal como se hiciera en su momento con otros productos intelectuales tales como las obras literarias, las obras audiovisuales o más recientemente las bases de datos.

IV. CONSIDERACIONES PREVIAS PARA UNA EVENTUAL REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL VIDEOJUEGO COMO OBRA INTELECTUAL

1. PREMISAS QUE ACONSEJAN UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL VIDEOJUEGO EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El debate acerca de la necesidad de dotar al videojuego de un régimen legal específico no es novedoso. Ya en el año 2009, la Comisión de Cultura del Congreso de los Diputados se planteó la necesidad de dotar al videojuego de un marco legal específico, y así, la enmienda del Grupo Parlamentario Popular a la proposición no de ley relativa a la promoción y respaldo a la industria cultural del videojuego reclamó que «en la revisión del actual marco regulador de la Ley de Propiedad Intelectual debe ser contemplado este sector (el del videojuego) con sus distintas y propias características»⁵⁰.

No obstante hasta la fecha, y a pesar de haberse legislado recientemente una reforma de la LPI⁵¹, no ha sido abordada reforma legislativa alguna tendente a la regulación específica y especial de la que precisa el videojuego.

⁵⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados - Comisiones, Sesión núm. 10 de la Comisión de Cultura, Año 2009, IX Legislatura, núm. 235, pág. 4.

⁵¹ Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el BOE con fecha 5 de noviembre de 2014 y con entrada en vigor el día 1 de enero de 2015.

A mi entender, son tres las premisas que principalmente aconsejan el dictado de una normativa específica que, incardinada en la LPI, proporcione una protección que venga a dotar al videojuego de certidumbre y seguridad jurídica, a saber:

- *Complejidad del videojuego en tanto que obra intelectual*: El videojuego, como ya se ha repetido, es una obra intelectual especialmente compleja que, en la práctica totalidad de los casos, viene configurado por diferentes tipologías de obras que a su vez pueden ser individualmente consideradas y que, lógicamente, han de ser creadas por otros tantos autores.

Asimismo, el videojuego, en tanto que obra autónoma y unitaria, presenta múltiples posibilidades expresivas desde el momento que la totalidad de videojuegos incorporan al menos una obra intelectual, a saber, el programa de ordenador subyacente, junto al que pueden integrarse elementos creativos diversos, los cuales pueden o no estar presentes en cada concreto supuesto. Siendo esto así, resulta inevitable llevar a cabo un análisis casuístico a fin de determinar qué concretas tipologías de obras individuales integran cada videojuego en particular.

Todo ello nos lleva a afirmar la imposibilidad e ineficacia de categorización apriorística del videojuego en cualesquiera de las tipologías de obra intelectual existentes en la actualidad, al no tener ninguna de ellas en cuenta las concretas características del videojuego. En consecuencia, de no crearse un régimen de protección específico para esta concreta tipología de obra intelectual, el videojuego quedará inevitablemente condenado a la incertidumbre e inseguridad jurídica.

- *Importancia económica de la industria del videojuego*: En los últimos años la industria del videojuego, considerada como el motor de la economía digital, se ha posicionado como un sector cultural pujante desde el punto de vista económico, llegando a superar su facturación anual a la de las industrias cinematográfica y musical conjuntamente considerados⁵².

Los resultados económicos de la industria del videojuego son excepcionales y presentan además una marcada tendencia alcista. Valga como muestra los datos que revelan cómo el consumo en el sector de videojuegos alcanzó en 2013 la cifra de 762 millones de euros⁵³, ascendiendo en ese mismo año el montante de facturación del sector a la suma de 313,7 millones de euros, con una perspectiva de crecimiento futuro que prevé alcanzar la cifra de 723 millones de euros de facturación en el año 2017, y los datos relativos a empleo que reflejan cómo el sector del videojuego

⁵² DONAIRE VILLA, F. J. y PLANELLS DE LA MAZA, A. J.: «Propiedad intelectual y videojuegos (O "L'Imbroglia di Super Mario")»: Por una regulación legal propia para una industria cultural estratégica», *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, julio 2014, núm. 161, CEF, Madrid, 2014, pág. 69.

⁵³ AEVI Asociación Española de Videojuegos: *Anuario de la Industria del Videojuego A'13, año 2013*, Madrid, 2013, pág. 18.

empleó (directa e indirectamente) en el año 2013 a casi 4.300 personas, aumentando durante ese mismo año el porcentaje de empleados en el sector en un 29%⁵⁴.

La relevancia económica, laboral y social de esta industria demanda dotar al videojuego de un régimen legal específico que garantice a los actores del sector la debida seguridad jurídica.

- *Coherencia jurídica*: La tercera de las premisas que aconseja abordar el establecimiento de una fórmula de protección legal específica para el videojuego no es sino la coherencia jurídica y la necesidad de adaptación del Derecho y el ordenamiento jurídico a la realidad social.

Y así, del mismo modo que a lo largo de la historia se ha venido dotando de un régimen legal específico a aquellas obras intelectuales que lo han requerido (el libro, la obra audiovisual, los programas de ordenador e incluso las bases de datos a través de la atribución de un derecho *sui generis*), las actuales circunstancias aconsejan hacer lo propio con respecto al videojuego.

2. PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA CALIFICACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL VIDEOJUEGO EN ESPAÑA

Ciertamente, las calificaciones jurídicas que del videojuego se han formulado hasta el momento en nuestro país parecen no tomar en consideración la complejidad intrínseca del videojuego, habida cuenta de que pretenden subsumirlo en alguna de las categorías de obras existentes, entenderlo como un mero «conglomerado» de obras individuales o encuadrarlo en la genérica categoría de obra multimedia. Ninguna de dichas aproximaciones resulta idónea a la realidad del videojuego.

Las posiciones que categorizan el videojuego como un «conglomerado» de obras individuales susceptibles de protección separada tienden a priorizar y entender como prevalente dentro del conjunto de obras o el programa de ordenador subyacente, o el elemento (obra) audiovisual. Pues bien, en mi opinión, ninguna de las obras cuya unión armónica constituye un videojuego puede, ni debe, entenderse como prevalente sobre el resto.

Comenzando por el programa de ordenador, este, como elemento que integra y otorga unidad a las obras que confluyen en el videojuego, constituye sin duda un componente imprescindible del videojuego, si bien ello no significa que deba entenderse como prevalente sobre las otras obras que lo componen, así como tampoco que deba hacerse girar la protección del videojuego sobre el régimen establecido en los artículos 95 y siguientes de la LPI para la protección de los programas de ordenador.

⁵⁴ DEV Asociación Española de Empresas Productoras y Desarrolladoras de Videojuegos y Software de Entretenimiento.: *op. cit.*, págs. 35-36 y 39.

Y ello, en primer lugar, puesto que el videojuego en tanto que obra heterogénea y autónoma no encuentra acomodo en la definición que el artículo 96 de la LPI establece para los programas de ordenador a los que entiende como «secuencias de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas (...) en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado (...)». Siendo evidente que todo videojuego incluye tal «secuencia de instrucciones» que le permite funcionar de acuerdo con las pautas previamente marcadas por sus creadores, no lo es menos que tal secuencia no es sino uno de los muchos elementos que integran el videojuego que, además de presentar un componente eminentemente técnico, goza también de una altura artística y cultural que difícilmente puede encuadrarse dentro del concepto de programa de ordenador.

Además en nuestros días los programas de ordenador que subyacen a los videojuegos no siempre son específicamente desarrollados para el concreto videojuego de que se trate, sino que múltiples videojuegos comparten idénticos o muy similares programas o códigos informáticos⁵⁵. En este sentido, resultan importantes las tecnologías denominadas *middleware* que pueden ser definidas como «atajos» y que son frecuentemente utilizadas en tareas de programación de videojuegos especialmente complejas. Se observa así como, en ocasiones, el programa de ordenador que subyace a un concreto videojuego no resultaría ni tan siquiera protegible por la normativa de Propiedad Intelectual al no cumplir el imprescindible requisito de originalidad.

Por lo que respecta a la obra audiovisual, tampoco su configuración legal resulta plenamente extrapolable al videojuego cuya realidad no se adecua al concepto que de la obra audiovisual ofrece el artículo 86 de la LPI, a saber, «creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección (...)». La característica recogida por el artículo 86 de la LPI *in fine* dificulta enormemente la subsunción del videojuego dentro de la categorización de la obra audiovisual puesto que el afán y espíritu del videojuego no es el de «ser mostrado» a un público esencialmente pasivo, sino más bien al contrario, la interactividad propia del videojuego requiere de una actitud plenamente activa del usuario quien, con sus decisiones, ostenta la posibilidad de alterar la secuencia narrativa y audiovisual del juego (siempre, claro está, dentro de los límites preestablecidos por los creadores del videojuego).

A ello se une, por un lado, que el artículo 87 de la LPI establece *ex lege* quiénes deben ser considerados autores de la obra audiovisual (director-realizador, autor de argumento y guion y compositor musical), categorías de autores no directamente aplicables al proceso de creación de un videojuego y, por otro lado, que el régimen legal de la obra audiovisual no prevé la protección del programa de ordenador subyacente al contenido audiovisual, extremo que debe ser ne-

⁵⁵ En este sentido, el Libro Blanco del Desarrollo Español de los Videojuegos sitúa como esenciales en la cadena de valor del videojuego en el momento actual a los *proveedores tecnológicos* y, especialmente, a los *proveedores de middleware*. DEV Asociación Española de Empresas Productoras y Desarrolladoras de Videojuegos y Software de Entretenimiento: *op. cit.*, pág. 10.

cesariamente tomado en consideración en la protección legal del videojuego siendo el *software*, en todo caso, parte intrínseca del videojuego.

Por otra parte, la pretensión de encuadrar el videojuego en la genérica categoría de obra multimedia no resulta tampoco apropiada. En primer lugar, la obra multimedia no cuenta con una regulación específica en la normativa de Propiedad Intelectual, sino que su caracterización ha sido elaborada exclusivamente por la doctrina; por tanto, de aceptar la inclusión del videojuego dentro de la tipología de las obras multimedia no se estaría aportando solución alguna al problema planteado que es precisamente la ausencia de una regulación específica y especial para el videojuego.

Si bien no resulta posible negar que el videojuego podría ser encuadrado dentro de la definición de las obras multimedia, a saber, creaciones digitales que mediante un programa de ordenador combinan elementos pertenecientes a medios diversos y permiten la interacción del usuario con su contenido, a mi juicio el videojuego aporta «un plus de valor» al concepto multimedia desde el momento que (a) puede englobar un mayor número de categorías de obras que aquellas que habitualmente se contemplan en relación con la obra multimedia, (b) requiere para su creación de un mayor número de creadores o intervinientes, (c) con carácter general no aglutina obras anteriormente creadas (como sí ocurre con algunas categorías de obras multimedia como colecciones, bases de datos, enciclopedias multimedia) y (d) principalmente, el videojuego permite avanzar un paso más en el concepto de interactividad puesto que el usuario no solo ostenta la posibilidad de interactuar con el juego (de «jugar» el juego), sino que con sus acciones determina de algún modo la expresión mostrativa y narrativa de la obra e incluso puede llegar a erigirse en creador de la misma, características que no concurren en las obras multimedia.

V. CONCLUSIONES: PROPUESTA DE LÍNEAS DE ESTUDIO ENCAMINADA A DOTAR AL VIDEOJUEGO DE UNA REGULACIÓN LEGAL ESPECÍFICA EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

Considerando preciso abordar una iniciativa legislativa que, consciente de las particularidades del videojuego, proporcione a estas obras una protección específica y adecuada, se proponen una serie de reflexiones (respetuosamente sometidas a mejor criterio) que pudieran servir como bases metodológicas de estudio a la hora de abordar tal proyecto legislativo.

1. DE LA CATEGORÍA DE OBRA: INEFICACIA DE LA CATEGORIZACIÓN DEL VIDEOJUEGO APRIORÍSTICAMENTE EN UNA CONCRETA CATEGORÍA DE OBRA

Debido a su propia naturaleza y a su carácter marcadamente complejo, resulta difícil que un videojuego constituya la creación intelectual de una única persona natural, sino que su desarrollo

suele requerir la concurrencia de diferentes y múltiples aportaciones, siendo posible así encuadrar el videojuego, con carácter general, dentro de los supuestos de coautoría.

Como es sabido, nuestra Ley de Propiedad Intelectual delimita los supuestos de pluralidad de autores a través de la definición de tres tipologías de obras, a saber, en colaboración, colectivas y compuestas (arts. 7, 8 y 9 de la LPI, respectivamente), cada una de las cuales atribuye un régimen de derechos específico de acuerdo con las relaciones internas que puedan establecerse entre los diferentes autores intervinientes en el proceso de creación de la obra.

Atendiendo a la realidad de la industria del videojuego, parece razonable pensar y afirmar que el videojuego habrá de constituir una obra colectiva, siendo perfectamente plausible la creación del videojuego «por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica [en la práctica totalidad de los casos será persona jurídica] que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual ha sido concebida, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada», tal como reza el artículo 8 de la LPI.

Probablemente, el desarrollo de videojuego como obra colectiva constituya la práctica más extendida del sector; tan solo ha de pensarse en una empresa (persona jurídica) dedicada al desarrollo de videojuegos, que mantiene contratados a trabajadores de muy diversos perfiles cuyo cometido laboral no es sino el de crear las diferentes obras cuya posterior reunión, coordinada por la mercantil empleadora, dará como resultado el videojuego como obra autónoma y unitaria.

La creación de videojuegos bajo la categoría de obra colectiva puede ser habitual en relación con las «grandes producciones» de videojuegos, aquellos títulos comerciales desarrollados *ad hoc* para ser explotados a través de las consolas comercializadas por las firmas más relevantes del sector; sirva como ejemplo el considerado el videojuego más caro de la historia (hasta el momento) titulado *Destiny*, publicado el pasado año 2014.

Sin embargo, junto a tales creaciones coexisten, cada vez con mayor intensidad, proyectos de creación de videojuegos que pueden perfectamente constituirse bien como obras en colaboración, siendo resultado unitario de la colaboración de varios autores no necesariamente coordinados bajo la iniciativa de una determinada persona natural o entidad mercantil, bien como obras compuestas, principalmente en aquellos supuestos (cada vez más frecuentes, fundamentalmente en juegos no muy complejos, como los desarrollados específicamente para dispositivos móviles) en los que es licenciado un *software* preexistente al objeto de subyacer al videojuego, cuyas notas distintivas vendrán determinadas por otros elementos, como el audiovisual, el narrativo, el escenográfico, etc.

Por tanto, en mi opinión, no resultaría eficaz incardinar *ex lege* al videojuego en una concreta categoría de obra, tal como hace el artículo 87 de la LPI al categorizar la obra audiovisual como obra en colaboración, habida cuenta de las particularidades propias del proceso creativo del videojuego.

2. DE LA DISPARIDAD DE TIPOLOGÍAS DE OBRAS INDIVIDUALMENTE CONSIDERADAS CUYA CONFLUENCIA ARMÓNICA CONSTITUYE EL VIDEOJUEGO COMO OBRA UNITARIA

El videojuego se configura, sin duda, como obra intelectual evidentemente compleja que aglutina en sí misma un número indeterminado de creaciones de naturaleza heterogénea, susceptibles de protección separada cada una de ellas, ninguna de las cuales debe necesariamente prevalecer sobre las demás, que confluyen armónicamente dando como resultado una obra globalmente considerada, unitaria y autónoma.

Constituyen particularidades intrínsecas al videojuego, por un lado, la presencia ineludible de al menos una obra intelectual, el programa de ordenador subyacente, que posibilite tanto la subsunción de las restantes obras confluyentes así como el propio funcionamiento del videojuego, y, por otro lado, la posibilidad de incorporación de distintas tipologías de obras (composiciones musicales, obras literarias, obras audiovisuales, imágenes, obras plásticas, gráficos, etc.), sin resultar imprescindible la presencia de unas u otras para la consecución de la obra final; por ejemplo, cabe pensar en un videojuego que incorpore una verdadera obra cuasi-cinematográfica u audiovisual que cuente con guion (obra literaria), banda sonora e incluso participación de actores que, mediante método de simulación y sometidos a su régimen específico de derechos de Propiedad Intelectual, interpreten un papel en el entorno del juego, así como en un videojuego en el que su elemento visual se reduzca a obras plásticas básicas o gráficos sencillos, sin presentar obra literaria o narración alguna y ni tan siquiera elementos sonoros susceptibles de ser calificados como obra intelectual⁵⁶.

La riqueza creativa y expresiva del videojuego impide delimitar o definir de modo apriorístico tanto el número como la naturaleza, e incluso la altura creativa, de las obras individuales cuya concurrencia y unión a través del programa de ordenador generará como resultado el videojuego como obra autónoma e independiente.

En consecuencia, a mi entender, una eventual definición normativa del videojuego deberá tomar debidamente en consideración sus múltiples posibilidades expresivas, ofreciendo una calificación del videojuego descriptiva y suficientemente amplia que permita entender encuadradas en la categoría «videojuego» todas aquellas obras originales que de hecho constituyan un videojuego, independientemente del número de obras individualmente consideradas que aglutine, de la

⁵⁶ Como ejemplos de la segunda categoría de las enumeradas pueden citarse algunas de los videojuegos desarrollados específicamente para su uso a través de dispositivos móviles (*smartphones*, tabletas, etc.), tales como aquellos géneros basados en meras preguntas y respuestas o en la reproducción de juegos tradicionales (sopas de letras, crucigramas, juegos de cartas o semejantes), o bien en juegos educativos dirigidos a un público infantil y cuya finalidad es meramente didáctica (presentación de reglas ortográficas, operaciones matemáticas, vocabulario básico en idioma extranjero mediante la contraposición de concretas palabras en la lengua nativa y en la extranjera, etc.). Tales tipologías de juegos presentan habitualmente un diseño gráfico básico (en ocasiones, incluso rudimentario) y no suelen incorporar composiciones musicales, más allá de sonidos aislados susceptibles de ser escuchados al activar determinados comandos (comenzar el juego, avanzar un nivel, suspender el juego, etc.)

tipología de las mismas, de su calidad o altura artística o de la complejidad que posea cada una de las obras individualmente consideradas.

3. DEL PROGRAMA DE ORDENADOR SUBYACENTE AL VIDEOJUEGO

Merece una breve mención propia y específica el programa de ordenador subyacente al videojuego, y su eventual falta de originalidad que, sin embargo, no privará al videojuego en su conjunto de la consideración de obra susceptible de protección.

En efecto, el *software* subyacente a un concreto videojuego puede no constituir en sí mismo una obra original susceptible de protección individual, sino tratarse de un programa preexistente que se integra en el videojuego gracias a una licencia de uso obtenida a tal fin.

La realidad de la industria muestra cómo resulta habitual en el sector la utilización en videojuegos de programas de ordenador no desarrollados *ad hoc*, o al menos no en su totalidad, siendo prácticas frecuentes tanto la obtención de licencia sobre un programa de ordenador preexistente para su incorporación a un determinado videojuego, como el desarrollo de programas de ordenador que resulten de algún modo «intercambiables» y aplicables a diversos videojuegos, o bien el uso de programas de ordenador que podemos denominar «mixtos», aquellos que incorporan tanto líneas de código específicamente desarrolladas (*software* propietario) como otras licenciadas bajo cualquiera de las tipologías de licencias de *software* libre.

Lo anterior no debe ser óbice para privar al videojuego, en tanto que obra autónoma e independiente, del régimen de protección que otorga la Propiedad Intelectual que, sin embargo, deberá lógicamente restringirse a aquellas porciones de la creación intelectual que sí reúnan las características precisas para ser consideradas como obra protegible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la LPI.

Por consiguiente, a mi juicio, a la hora de abordar un proyecto legislativo específico para el videojuego deberá tenerse debidamente presente el *modus operandi* del sector en lo que a uso de programas de ordenador se refiere, así como la continua evolución de las prácticas de desarrollo de *software*, especificidades que podrían llegar a hacer necesario prever expresamente la posibilidad de conferir protección en sentido amplio (incluida, por tanto, la protección registral) al videojuego en tanto que obra unitaria, pese a no resultar protegibles *per se* una o más de las obras que en el mismo confluyen; siempre, claro está, que una vez excluidas de protección las obras que no la merecen, subsista una obra autónoma susceptible de ser protegida.

4. DE LOS DIFERENTES AUTORES IMPLICADOS EN EL PROCESO DE CREACIÓN DE VIDEOJUEGOS

La complejidad del videojuego y la repetida confluencia en el mismo de un número indeterminado de obras heterogéneas requiere de la concurrencia en el proceso creativo de otros tan-

tos autores, cada uno de los cuales podrá constituirse en sujeto de derechos tanto morales, como patrimoniales en materia de Propiedad Intelectual.

A la vista de las características y peculiaridades que envuelven el proceso de creación y desarrollo de videojuegos, así como del grupo multidisciplinar de profesionales que podrán participar en el mismo, no se estima aconsejable la enumeración y categorización *ex lege* de quienes deban ser considerados autores. Al contrario, se considera más adecuado emplear una técnica normativa diferente a la recogida en el artículo 87 de la LPI en relación con la obra audiovisual.

Y ello porque la riqueza creativa y expresiva del videojuego permitirá encontrar en la práctica desde supuestos de videojuegos creados por dos o tres autores, hasta supuestos muy específicos de videojuegos individuales creados por una única persona natural, y lo que es más habitual, ejemplos de procesos creativos en los que participa un nutrido grupo de creadores, pertenecientes a las más diversas disciplinas intelectuales, amén de toda clase de supuestos intermedios imaginables.

Por otra parte, y en lo que a atribución a los diferentes autores de videojuegos de derechos de Propiedad Intelectual tanto morales como patrimoniales se refiere, la práctica de la industria muestra cómo resulta frecuente la implicación en el proceso creativo tanto de autores asalariados como de autores que desarrollan sus labores creativas por cuenta propia.

El reconocimiento y atribución de derechos de Propiedad Intelectual a una y otra categoría de autores resulta palpablemente asimétrico *ex artículo 51* de la LPI, viniendo tal desigualdad delimitada exclusivamente por el carácter de la relación (laboral o mercantil) que vincule a cada concreto creador con quien, en su caso, actúe como editor o productor del videojuego.

En este concreto aspecto, y en línea con DONAIRE VILLA y PLANELLS DE LA MAZA, se estima aconsejable y acorde con la realidad del sector la promulgación de «una única regla (propia y específica para el régimen legal del videojuego) aplicable a toda la cadena de trabajadores intervinientes en el diseño y elaboración de un videojuego, que les reconozca a todos ellos la condición de autores, en proporción a su respectiva participación»⁵⁷.

Por último, debemos referirnos a una modalidad de autoría de videojuegos ciertamente muy reciente que sin embargo goza en los últimos tiempos de un desarrollo exponencial, a saber, la puesta a disposición por las propias empresas desarrolladoras de videojuegos de auténticas comunidades virtuales de vídeo-jugadores⁵⁸ en las que se ofrece al público la opción de desarrollar

⁵⁷ DONAIRE VILLA, F. J. y PLANELLS DE LA MAZA, A. J.: «Propiedad intelectual y videojuegos (O "L'Imbroglia di Super Mario")»: Por una regulación legal propia para una industria cultural estratégica», *op. cit.*, págs. 85 y 86.

⁵⁸ El origen filosófico de dichas comunidades virtuales puede encontrarse en la cultura de las denominadas *obras abiertas* surgidas e incentivadas gracias al desarrollo de los sistemas de comunicación interactiva por red (principalmente, internet), basadas en un lenguaje y unas tecnologías disruptivos y que transforman de modo radical el modo en que la información es generada y consumida. Esta tipología de comunidades posibilita e incentiva la creación de un pro-

nuevos elementos que posteriormente quedarán incorporados al videojuego, tales como personajes, niveles de juego, escenografías, arreglos musicales y, en definitiva, prácticamente cualquier tipo de obra que, posteriormente, será adicionada al videojuego que, en consecuencia, subsumirá una nueva obra intelectual, individualmente considerada y creada por una persona que siendo en principio ajena al proceso de desarrollo inicial del videojuego, se convierte en co-autor en lo que se refiere a su creación intelectual, pasando a engrosar la lista de autores de la obra.

La integración de tales obras creadas *ex profeso* por el público (los usuarios) en el videojuego como obra globalmente considerada generará bien una obra colectiva, bien una obra compuesta, en función de las condiciones concurrentes en cada supuesto, así como de los términos que integren la licencia que necesariamente habrá de otorgar el creador de la obra al titular del videojuego.

Como quiera que el fundamento último de nuestro sistema de Propiedad Intelectual y Derechos de Autor radica en la protección de toda creación surgida de un esfuerzo intelectual, y a pesar de que en la práctica totalidad de los casos los términos de la licencia a otorgar por el usuario co-autor vendrán impuestos por el titular del videojuego, parece plausible dedicar la debida atención al estudio de la figura del «público-creador» en el marco de un futuro proyecto legislativo encaminado a dotar al videojuego de un régimen legal específico.

5. DE LA REFERENCIA A LA EVENTUAL FIGURA DEL PRODUCTOR DE VIDEOJUEGOS

Como ya se ha apuntado, constituye práctica habitual de la industria el desarrollo de videojuegos bajo la categoría de obra colectiva, esto es, bajo la iniciativa y coordinación de una persona natural o jurídica que edita y divulga bajo su nombre la obra intelectual.

ducto cultural participativo, generado gracias a la concurrencia de múltiples aportaciones heterogéneas, cuya base ontológica es la interconexión e integración de conocimiento y la reunión y génesis de aportaciones de muy diversa índole, con la finalidad de dar como resultado una creación intelectual (obra) que presente una autoría descentralizada y colaborativa. Con una filosofía similar, la denominada web 2.0, concepto acuñado en la década de 1990 utilizado entonces principalmente en ambientes informáticos y tecnológicos, cuyo uso se popularizó en el año 2004, surgida al amparo del desarrollo de internet, hace referencia a aquellos sitios web que permiten y facilitan la participación del usuario, la interoperatividad, la interconexión y la generación de contenido por parte del usuario que se instituye en creador o autor, dejando de ser un consumidor meramente pasivo. En la actualidad, existen innumerables ejemplos de este modelo de creación masiva de contenidos (entre otros, plataformas colaborativas, *wikis*, blogs, redes sociales, plataformas de vídeo generado por los usuarios, etc.), tratándose de un modelo creativo plenamente consolidado que plantea no pocos desafíos para el derecho de autor y la Propiedad Intelectual, centrados en aspectos tales como el reconocimiento de autoría, la titularidad de los derechos de Propiedad Intelectual, los modos de explotación de la obra, y, en lo que respecta al presente estudio, la posibilidad de transformación de obras preexistentes y la consiguiente generación de obras derivadas, así como la incorporación de creaciones propias a obras ajenas, dando como resultado obras compuestas o, en su caso, obras colectivas. Se trata de problemas que no presentan una solución unívoca, resultando imprescindible el estudio de las circunstancias concurrentes en cada concreto supuesto a la hora de plantear soluciones jurídicamente válidas que tengan en cuenta los divergentes intereses en conflicto.

Siendo esto así, resulta obligado otorgar la debida importancia a la eventual figura del productor de videojuegos, entendido de modo análogo a los productores de fonogramas o audiovisuales, como la persona que toma la iniciativa de desarrollo del videojuego, asume la responsabilidad del proceso y coordina los medios materiales, económicos y humanos precisos para la consecución del resultado final: la primera fijación del videojuego.

El productor de videojuegos deberá quedar configurado como figura «eventual» puesto que su presencia no resulta, al menos en teoría, imprescindible en todo proyecto de creación y desarrollo de videojuegos; no obstante, cuando concurra al proceso y lleve a cabo aquellas labores que se estiman propias de un productor, deberá ser titular de los derechos que correspondan a su condición.

Siguiendo la pauta marcada por nuestra LPI, el productor de videojuegos obtendría a título originario una serie de derechos conexos sobre el videojuego creado bajo su iniciativa y coordinación, independientes de aquellos que, en su caso, pudiera asimismo obtener a título derivativo de los autores.

La cuestión radica por tanto en delimitar cuáles habrán de ser tales derechos otorgados a título originario al productor de videojuegos.

Los derechos que originariamente obtendrá el productor de videojuegos serán, en todo caso, derechos patrimoniales que permitan al productor bien realizar por sí mismo o autorizar a terceros, bien prohibir diferentes actos de explotación con respecto al videojuego.

En primer lugar, se estima necesario reconocer al productor de videojuegos el derecho exclusivo de fijación, que aplicado a los videojuegos se referirá a la propia «construcción» del videojuego, esto es, el acto mediante el que se posibilite la confluencia de la totalidad de obras individuales que hayan de constituir el videojuego y su integración armónica, quedando constituido tras la fijación el videojuego como obra autónoma y unitaria.

Constituido y fijado el videojuego, deberán reconocerse al productor aquellos derechos que permitan la explotación y comercialización efectiva del mismo, otorgándosele por tanto los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición del público.

Mediante la atribución del derecho exclusivo de reproducción, y de acuerdo con la configuración legal que de dicho derecho patrimonial establece el artículo 18 de la LPI, se otorgará al productor la posibilidad de reproducir de modo directo o indirecto, provisional o permanente, en cualquier medio y en cualquier forma, la primera fijación del videojuego, con la finalidad de posibilitar su comunicación y la obtención de copias; todo ello, con la finalidad de obtener reproducciones del videojuego en soporte tangible o intangible que, posteriormente, puedan ser distribuidas o puestas a disposición del público.

El derecho exclusivo de reproducción que se otorgue al productor de videojuegos podrá quedar sometido a ciertos límites, como el límite de copia privada regulado en el artículo 31.2

de la LPI; asimismo, atendiendo al modo efectivo mediante el que es ejecutado el videojuego, a saber, mediante su programa de ordenador subyacente, sería posible plantear la configuración de un límite similar al dispuesto por el artículo 100.2 de la LPI, relativo a la posibilidad del usuario legítimo de un programa de ordenador de efectuar una copia de seguridad del mismo.

Igualmente, deberán otorgarse al productor de videojuegos aquellos derechos exclusivos que posibiliten la comercialización de las copias o reproducciones del videojuego previamente fijado, a saber, derecho de distribución y derecho de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición del público.

Mediante la atribución del derecho exclusivo de distribución el productor quedará facultado para llevar a cabo una comercialización «tradicional» del videojuego previamente incorporado a un soporte tangible mientras que, gracias a la atribución del derecho exclusivo de puesta a disposición del público como modalidad del derecho de comunicación pública, el productor ostentará la posibilidad de explotar el videojuego a través de métodos digitales.

En suma, el reconocimiento de la eventual figura del productor de videojuegos y la atribución al mismo a título originario de un haz de facultades, pretende garantizar la posibilidad de explotación del videojuego a la persona natural o jurídica que hubiera asumido el riesgo del proceso de desarrollo, incentivado y coordinado el proceso de creación y proceda a divulgar la obra bajo su nombre.

Bibliografía

- ALONSO PALMA, Á. L. [2013]: *Propiedad intelectual y derecho audiovisual*, Madrid: CEF.
- BELLI, S. y LÓPEZ RAVENTÓS, C. [2008]: «Breve historia de los videojuegos», *Revista Athenea Digital*, núm. 14, Universidad Autónoma de Barcelona.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [2012]: *Manual de propiedad intelectual*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch: Valencia.
- BOUZÁ LÓPEZ, M. Á. [1997]: *La protección jurídica de los videojuegos*, Madrid: Marcial Pons.
- DE AGUILERA, M. [2004]: «La institucionalización de una industria cultural. Estructura y desafíos de la industria de los videojuegos», *Revista TELOS, Cuadernos de Comunicación, Tecnología y Sociedad*, núm. 59, abril-junio 2004, Fundación Telefónica.
- DEV ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS PRODUCTORAS Y DESARROLLADORAS DE VIDEOJUEGOS Y SOFTWARE DE ENTRETENIMIENTO [2014]: *Libro Blanco del desarrollo español de videojuegos*, Madrid.
- DONAIRE VILLA, F. J. y PLANELLS DE LA MAZA, A. J. [2014]: «Propiedad intelectual y videojuegos (O "L'imbroglio di Super Mario"): Por una regulación legal propia para una industria cultural estratégica», *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, julio 2014, núm. 161, Madrid: CEF.
- [2012]: *La protección jurídica de los derechos de autor de los creadores de videojuegos. «Statuo quo», perspectivas y desafíos*, Madrid: Trama.

EGUIA GÓMEZ, J. L.; CONTRERAS-ESPINOSA, R. y SOLANO-ALBAJES, L. [2012]: «Videojuegos: Conceptos, historia y su potencial como herramientas para la educación», *Revista 3 Ciencias*, 3C TIC, Cuadernos de desarrollo aplicados a las TIC, núm. 2, Área de Innovación y Desarrollo.

ESTEVE PARDO, M. A. [1997]: *La obra multimedia en la legislación española*, Pamplona: Aranzadi.

GONZÁLEZ GOZALO, A. [2001]: «La noción de obra audiovisual en el Derecho de Autor», en *PE.I Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 7, enero-abril 2001, Madrid: Bercal.

LAFRANCE, J. P. [1995]: «La epidemia de los videojuegos. Epopeya de una industria», *Revista TELOS, Cuadernos de Comunicación, Tecnología y Sociedad*, núm. 42, junio-agosto 1995, Madrid: FUNDESCO.

MAGRO SERVET, V. [2010]: *Tratado práctico de propiedad intelectual*, Madrid: El Derecho Editores.

MARCANO, B. [2008]: «Juegos serios y entretenimiento en la Sociedad Digital», *Revista Electrónica Teoría de la Educación*, vol. 9, núm. 3, noviembre 2008, Ediciones Universidad de Salamanca.

ORTEGA VILLA, L. M.^a [2009]: «Consumo de bienes culturales: Reflexiones sobre un concepto y tres categorías para su análisis», *Revista Culturales*, volumen V, núm. 10, junio-septiembre 2009, REDALYC, Baja California, México.

LIPSZYC, D. [1993]: *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: UNESCO.

RODRÍGUEZ PARDO, J. [2003]: *El derecho de autor en la obra multimedia*, Madrid: Dykinson.

VV. AA. [2013]: *The Legal Status of the Videogames: Comparative Analysis in the National Approaches*, Ginebra: World Intellectual Property Organization-WIPO.

- [2011]: *Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor*, Rogel Vide, C. y Saiz García, C. (dirs.), Madrid: Reus.
- [2007]: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.) Madrid: Tecnos.
- [2003]: *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación*, Bustamante, E. (coord.), Fundación Alternativas, Barcelona: Gedisa.