

Twitch.

Sobre la obsolescencia de los Derechos de Autor y del Digital

Millennium Copyright Act en la era del streaming.

Monografía Jurídica
Para optar al título de abogado

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Departamento de Derecho Privado

Simón García León

Director: Santiago Sanmiguel Garcés

Bogotá, D.C.

2022

Resumen

Durante la última década, la industria de los videojuegos se ha convertido en un mercado global en el cual han surgido plataformas digitales de *streaming* para *gamers*, como *Twitch*, mediante las cuales la audiencia interactúa directamente con los creadores de contenido, —o *streamers*—, quienes se lucran de diversas formas. Pero las Licencias de Uso del Software de los videojuegos, los Derechos de Autor y el Copyright no previeron lo que podía suceder con plataformas como *Twitch* generando incógnitas respecto de las responsabilidades, los derechos y las obligaciones de cada una de las partes involucradas en un *stream* en *Twitch*.

Palabras clave: plataformas digitales, *streaming*, *gamers*, Derechos de Autor.

Abstract

During the last decade, the video game industry has become a global market in which digital streaming platforms for *gamers*, such as *Twitch*, have emerged, through which the audience interacts directly with content creators, —or *streamers*—, who profit in various ways. But the Licenses for the Use of Video Game Software, Derechos de Autor and Copyright did not foresee what could happen with platforms like *Twitch*, generating unknowns regarding the responsibilities, rights, and obligations of each of the parties involved in a *stream* on *Twitch*.

Key words: Digital platforms, *streaming*, *gamers*, Copyrights.

Tabla de contenido

Introducción	6
1.- El modelo de Twitch.	10
1.1.- Términos del Servicio de Twitch.....	10
1.2.- Los creadores de contenido.....	15
1.3.- El contenido	18
1.4.- La nueva frontera	25
2.- Videojuegos, licencias y usuarios	28
2.1.- ¿De qué soy dueño al “comprar” un videojuego?.....	29
2.2.- Análisis de las licencias Destiny & Fortnite	34
2.3.- ¿Que opinan los streamers?	39
2.4.- La paradoja de una nueva costumbre.....	44
3.- Música, licencias y Twitch	46
3.1.- La realidad de Twitch.....	48
3.2.- “Soundtrack” como solución inservible.	51
3.3.- Términos y Condiciones de Spotify y Apple Music	53
3.4.- El dilema de la atemporalidad.....	56
4.- El grande, el mediano, el pequeño y el resto	63
4.1.- La Responsabilidad Vicaria.....	64
4.2.- Un precedente llamativo	68
4.3.- ¿Dónde están los reguladores?	71
4.4.- Goliat Vs David... cuando la piedra no resulta suficiente.....	74
5.- Conclusiones.	76
Referencias	82
ANEXOS	90

Introducción.

Contrario de lo que muchos pudieran pensar, lo que ha motivado este trabajo no son inquietudes que afectan a un pequeño grupo de adolescentes víctimas de acné en sus ratos de esparcimiento. El tema que nos ocupará, —como casi todos los temas del Derecho—, cobra relevancia a partir de aspectos económicos. La industria de los videojuegos generó \$179.7 mil millones de dólares de ganancias solo en 2020 de acuerdo con Witkowski (2020), la adquisición de Bethesda por \$7.5 mil millones de dólares, en efectivo, por una de las más grandes distribuidoras de videojuegos y sus filiales a favor de Microsoft (Microsoft News Center, 2020) y la adquisición por \$68.7 mil millones de dólares de Activision Blizzard por parte de Microsoft (Microsoft, 2022). La cuestión debe reclamar nuestra atención si, —por ejemplo—, el total de la deuda externa acumulada de un país mediano, como Colombia, tan sólo asciende a \$147.8 mil millones de dólares a octubre de 2020 (Vita, 2021).

Como puede verse, esta industria ha crecido a grandes pasos con el transcurso de los últimos años, al punto que de acuerdo con *MarketWatch* (2020) generó más ganancias durante el 2020 que todas las ganancias de la industria cinematográfica global que, en 2019, solo alcanzó \$100 mil millones de dólares por primera vez en su historia. Y tampoco es que estemos frente a un problema de minorías con acumulación de dinero, pues la realidad es que en 2020 el número de “gamers” fue de 2.7 mil millones de personas (dato que es igual a la población completa de China e India juntas) lo cual indica que no aludiré a una minoría dedicada al ocio, sino a un mercado consolidado en todo el mundo, que ha seguido creciendo con el paso de los años, y se pronostica que para el 2023 sea de 3.07 mil millones de personas involucradas según las proyecciones de Clement (2021), que sería tanto como sumar a las poblaciones completas de China e India, toda la población de los Estados Unidos de Norte América.

Con una industria de estas dimensiones era previsible que se produjeran problemas jurídicos que llevaran a una reacción de los órganos legislativos en la gran mayoría de países,

pero la realidad es que los órganos legislativos han omitido su tarea y los componentes jurídicos que rigen este tipo de relaciones y mercados, como las licencias de usuario y los términos y condiciones, siguen siendo iguales y tampoco han reaccionado frente a los fenómenos de los últimos años.¹

He aquí la razón del tema que nos ocupará: la inactividad de los marcos regulatorios ha generado situaciones que están siendo toleradas, o quizá ignoradas, a pesar de violar sistemática y masivamente los contratos que las partes han suscrito.

Una de estas situaciones es el *streaming* de videojuegos en plataformas como *Twitch*, práctica que consiste, —en pocas palabras—, en jugar videojuegos frente a una pantalla que está conectada a una audiencia con la cual se interactúa hablando y leyendo un chat en vivo, todo mediante una página web que permite hacer transmisiones (de video y de audio) a cualquier parte del mundo, en donde el emisor se llama *streamer* y el receptor se llama *viewer*.

La realidad es que este proceso conlleva una complejidad jurídica bastante elevada, y aunque muchos se han dedicado a opinar, en verdad no ha recibido el análisis jurídico que merece. Las preguntas que surgen al hacer una disección de todo el proceso ya mencionado son: ¿quién es el dueño de lo que se denomina *content* (contenido)? ¿cuáles son los derechos que cada una de las partes tiene? ¿existe una comunicación pública de los videojuegos en el stream? ¿qué dicen las licencias sobre la comunicación pública que podrían estar haciendo los *streamers*? ¿qué dicen las leyes al respecto? ¿y quién respondería por las vulneraciones a los derechos de autor y del Digital Millennium Copyright Act?

Para esto, debemos centrar la mirada en *Twitch.tv* la plataforma donde los *gamers* de consola, computador y teléfonos del mundo entero ahora pueden “difundir” ante los demás, en tiempo real, sus habilidades en los juegos haciendo, literalmente, solo tres “clicks”. La cuestión es que aunque tales juegos siguen estando sujetos a licencias, copyrights y derechos de autor, por cuenta de la inexistente regulación, ha habido eventos en los que más de dos millones de

personas¹ (en simultánea) observan cómo un *gamer* al tiempo que juega, gana dinero, —mucho dinero—, en razón de donaciones, patrocinios y publicidad, sin pagar *royalties* (regalías) a quienes desarrollaron el juego, por cuenta del cual se lucra.

La existencia de un problema sistemático e implicaciones económicas inmensurables es innegable, por esto que el punto de partida y eje de la investigación serán los Términos del Servicio de *Twitch* y las licencias de dos videojuegos bastante reconocidos: i) *Destiny*, un videojuego que fue lanzado en 2014 por la desarrolladora Bungie y todavía se mantiene activo tanto en el mercado como en el catálogo de *Twitch* y tiene en total un millón de años jugadosⁱⁱ y ii) *Fortnite*, un videojuego que fue lanzado en 2017 por la desarrolladora EpicGames que ha sido una sensación absoluta dentro de la comunidad *gamer* y que, en la comunidad de *Twitch*, ha sido el lugar de muchos eventos memorables.

Una vez revisadas las licencias será momento de trazar un paralelo con otra gran industria del entretenimiento: la de la música; para lo cual revisaremos cuestiones tales como la licencia que le es otorgada a los usuarios de plataformas como Spotify y Apple Music, la crisis que a mediados de 2020 sufrieron los *streamers* de *Twitch* debido a los *claims* interpuestos por las discográficas alegando infracción de los *Copyrights* y la “solución” que presentó *Twitch*.

Por último, revisaremos algunos antecedentes llamativos —pero contradictorios— dentro de la industria de los videojuegos frente a los *streams*, la responsabilidad vicaria como una salida que ni por asomo resuelve el problema de fondo, algunas consideraciones que creo necesarias y, finalmente, las responsabilidades, derechos y obligaciones de las partes involucradas en cada *stream* y de los entes reguladores.

¹ Dicho evento ocurrió en enero del 2021, cuando el *Streamer* The Grefg estaba revelando su personaje o *skin* en el juego de *Fortnite*, donde en un lapso de un poco más de cuatro horas contó con un total de 24 millones de visualizaciones en directo, cinco millones de espectadores únicos y un gran total de dos millones cuatrocientos mil espectadores máximos en un momento puntual del *stream*.

1.- El modelo de *Twitch*.

Como usuario —en ambas posiciones— de la plataforma he evidenciado que hay una realidad innegable: la facilidad con la que se puede iniciar un *stream* u observar al *streamer* favorito. Desde un Xbox solo toma presionar tres botones (si previamente se ha iniciado sesión) para iniciar un stream en *Twitch* y lo que es llamativo es que cada vez que se va a comenzar no hay ningún aviso sobre lo que se está haciendo y las consecuencias que puede traer, a fin de cuentas son muy pocas las ocasiones en que los usuarios de cualquier plataforma digital leen y comprenden los Términos del Servicio.

El caso de *Twitch* no es diferente, las personas al hacer uso de la plataforma aceptan, de forma tácita, el clausulado del contrato denominado Términos del Servicio. En este sentido nos encontramos frente a lo que es considerado como un contrato por adhesión, por cuanto es la empresa prestadora del servicio —en este caso *Twitch*— quien decide todas las cláusulas, imponiéndolas como obligatorias, para todo aquel que quiera hacer uso de la plataforma. Si bien se podría generar un estudio de las cláusulas abusivas que probablemente se encuentren al momento de revisar el contrato, nuestro enfoque va a inclinarse más bien hacia los componentes de Propiedad Intelectual o Copyrights que deberían encontrarse en el contrato y los problemas que eso genera de cara a dos sencillas preguntas: ¿Quién es dueño del *content*? ¿Quién se hace responsable de las posibles violaciones a la Propiedad Intelectual o Copyrights?

1.1.- Términos del Servicio de *Twitch*.

Aun cuando los términos del servicio de *Twitch* son extensos —constando de 18 numerales—, haremos una revisión profunda de los numerales 1, 7 y 8 en los cuales se tratan la aceptación de dichos términos y sus efectos sobre las licencias y los derechos de autor que están constantemente siendo “cedidos” entre los agentes de la relación.

Como es de esperarse, el numeral primero establece algunos elementos básicos de cualquier tipo de términos del servicio encontrados en internet: quiénes somos, los tipos de aceptación a los términos y cuándo aplican. Como ya se ha establecido, el epígrafe “Términos del Servicio de *Twitch*” no permite una negociación entre ambas partes, por ello esclarecemos que en la mayoría de los casos² estamos frente a un contrato de adhesión, de donde se desprenden implicaciones derivadas de eventuales cláusulas abusivas. Y si bien podríamos iniciar todo un estudio a fondo sobre ese tipo de cláusulas, para no desviarnos, mejor optamos por remitir al lector a lo que sobre ese particular, concienzudamente, ya han establecido la jurisprudencia y la doctrina³.

Retomando el curso de investigación, el numeral primero de los Términos del Servicio establece clara y concisamente dos elementos: el quién y el cómo. El quién puede ser sencillo, pues ya sabemos que una de las partes es la plataforma prestadora del servicio: *Twitch Interactive Inc*, mientras que la otra parte de la relación jurídica es todo usuario de la plataforma, sin importar si está registrado o no. Así las cosas, podemos entrever y concluir que la aceptación de los Términos del servicio es tácita o es expresa.ⁱⁱⁱ

Ya estando claro quiénes son las partes y cómo se produce la aceptación a los Términos del servicio, es momento de revisar el numeral séptimo que alude a la Licencia que otorga *Twitch* a los usuarios. En este numeral se establece, como es habitual en la industria, que la plataforma se queda con “todos los contenidos, la información y demás materiales existentes en los Servicios de *Twitch*” (*Twitch Interactive, s. f.*). A lo anterior tenemos que hacer una

² Si bien estamos ante un contrato que es clara y abiertamente de adhesión, existen algunas excepciones a la regla general: los grandes *partners* de la plataforma. Los *partners* son aquellos *streamers* que han sido reconocidos por la plataforma como un creador de contenido que tiene una comunidad suficientemente grande como para ser verificado. Ahora, si bien hay muchos *partners* no todos tienen la posibilidad de negociar un nuevo contrato más allá del que ya han firmado, dos *streamers* que lo lograron fueron Dr. DisRespect y Pokimanie, que en 2020 firmaron nuevos contratos y que recibieron un incentivo multimillonario para mantenerse exclusivamente en *Twitch*.

³ Sentencia SC129 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia; Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor de Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz, Las Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión en el Derecho Colombiano por Camilo Posada Torres, entre otros.

salvedad: el contenido de usuario no es considerado como propiedad de Twitch, cuestión que explicaré en el numeral siguiente de los Términos del Servicio, entonces, ¿qué sí hace parte del contenido, la información y demás materiales de los servicios de la plataforma? La respuesta se encuentra en el inciso primero, numeral 7 del Anexo A, donde se establece el listado de todos estos componentes.

Estando claro cuáles son los elementos sujetos a la licencia, podemos establecer cuáles son los derechos que se transfieren a los usuarios de la plataforma, enunciados en el inciso segundo del numeral séptimo de los Términos del servicio, el cual comienza estableciendo — en términos negativos o prohibitivos— los límites de lo que pueden hacer los usuarios. Si bien en un primer momento se establece que todo derecho sin mención expresa seguirá en cabeza de la plataforma, prosigue un listado de prohibiciones a los usuarios que se encuentra en el inciso 2, numeral 7 del Anexo A.

De estas prohibiciones se deriva una regla general de todas las licencias objeto de estudio: es aplicable a cualquier uso del software —o servicio en el caso de la plataforma— sin el previo consentimiento por escrito del titular que infrinja estas prohibiciones o haga uso indebido de los derechos otorgados mediante la licencia. Si bien esta regla general puede tener variaciones en cuanto a la forma como es expresada, se puede detectar la existencia de una constante en el ámbito contractual de las licencias. Pero lo realmente interesante no son las prohibiciones o la falta de claridad sobre cuáles son los derechos transferidos mediante la licencia, sino que la misma asevera que, a menos que se especifique en los Términos del Servicio, esto no podrá “interpretarse como el otorgamiento de una licencia sobre derechos de propiedad intelectual, ya sea por aplicación de la doctrina de los actos propios, de forma implícita o en virtud de cualquier otro principio jurídico” (Twitch Interactive, s. f.-a).

Así las cosas, es sumamente llamativo observar cómo se excluye por completo la posibilidad de que se estén otorgando derechos de propiedad intelectual a los usuarios de la

plataforma. Si es así, entonces... ¿qué es lo que se le otorga al usuario mediante la licencia? ¿Cuáles son esos derechos que sí son otorgados expresamente? Es en ese punto en el que el Contenido de Usuario —numeral octavo— comienza a jugar un papel vital a la hora de esclarecer uno de los derechos que le es otorgado a los usuarios, más allá de simplemente usar la plataforma sin violar las prohibiciones mencionadas.

El Contenido de Usuario, también conocido como *content*, es descrito por *Twitch* en el numeral octavo de los Términos del Servicio como las obras audiovisuales pregrabadas o en streaming, en los que se puede utilizar el chat, tabloneros de anuncios, etc., y adicionalmente se les permite a los usuarios “participar en otras actividades en las que podrás crear, publicar, transmitir, reproducir o almacenar contenidos, mensajes, texto, sonido, imágenes, aplicaciones, código u otros datos o materiales en los Servicios de Twitch (el "Contenido de Usuario).” (Twitch Interactive, s. f.-a).

Si bien tenemos una aparente claridad en lo que es el contenido, la realidad es que la licencia otorgada a *Twitch* por los usuarios en el literal “a” del numeral 8 genera más preguntas que respuestas, particularmente debido a que dicha licencia, salvo pacto en contrario que conste por escrito, concede a *Twitch* y sus sublicenciatarios “en la máxima medida y por el plazo máximo permitidos por la legislación aplicable [...], un derecho ilimitado, a nivel mundial, irrevocable, plenamente sublicenciable, no exclusivo y exento del pago de royalties” (Twitch Interactive, s. f.-a) para reproducir, utilizar, traducir, adaptar, modificar, distribuir y comunicar el Contenido de Usuario “en cualquier forma, formato, soporte o canales de distribución conocidos actualmente o que se desarrollen o descubran en el futuro” (Twitch Interactive, s. f.-a).

En cuanto a las obras pregrabadas y en streaming, la plataforma afirma que todos los derechos que han sido otorgados a la misma serán revocados una vez sean eliminadas dichas

obras o cuando la cuenta sea eliminada, pero esta afirmación viene con tres asteriscos monumentales que encontramos en el literal a, numeral iii, literal a, numeral 8 del Anexo A.

De esta forma es claro que la revocatoria de los derechos está sujeta a dos elementos esenciales de la plataforma: la creación de Clips⁴ y el uso de dichas obras como publicidad. Esos componentes, sumados a que la licencia otorgada es irrevocable, ilimitada y plenamente sublicenciable, podría generar un problema sistemático en la estructura de la plataforma en caso de usar un elemento que vulnere los derechos de autor o el copyright.

Para resolver el hipotético previamente planteado, el literal “b” del numeral octavo de los Términos del Servicio se enfoca a las garantías relacionadas con el Contenido de Usuario, en el cual la plataforma establece que son los creadores quienes tienen toda la responsabilidad del contenido que cargan y asumen las consecuencias de hacerlo, así, es claro que *Twitch* es el medio en el cual se desarrollan estas actividades y, por lo tanto, realiza unas exigencias a los creadores frente al contenido que ha sido cargado a la plataforma, para tratar de liberarse de toda responsabilidad por posibles infracciones de licencias, marcas, etc. Dichas exigencias están plasmadas en el numeral 1, literal b, numeral 8 del Anexo A.

Estas exigencias van a ser fundamentales para el planteamiento del problema de la presente investigación, pero es necesario añadir precisiones respecto del literal “b” del numeral 8 con el literal “c”, el cual es titulado como “Carga de contenido bajo tu propia responsabilidad”. En este literal, la plataforma plantea que se tomarán medidas de seguridad razonables para proteger el contenido cargado por los usuarios, frente a la copia y a la distribución no autorizada, pero que no se hace responsable por el “copiado, uso o distribución no autorizados del Contenido de usuario por parte de terceros” (*Twitch Interactive*, s. f.-a). Y

⁴ Los clips son grabaciones que pueden hacer los espectadores al momento de un stream en la cual se captura el video y el audio de un momento particular del stream, ya sea a petición del streamer o por mera iniciativa del espectador.

de forma poco sorpresiva, agrega que el usuario acepta que la misma no será responsable del copiado, uso o, incluso, distribución del Contenido de Usuario que realicen terceros “[e]n la máxima medida permitida por la legislación aplicable” (Twitch Interactive, s. f.-a) y que, adicionalmente, se exonera de toda responsabilidad a la plataforma, al punto que los usuarios renuncian a emprender acciones legales contra la misma por cualquier uso no autorizado del Contenido de usuario.

Como cualquier problema que es plenamente identificado por el prestador de un servicio, los Términos del Servicio de Twitch establecen en su numeral 10 una cláusula de “Respeto de los derechos de autor”, dicho numeral establece que la plataforma cumple con todos los requisitos legales del Digital Millennium Copyright Act y demás leyes aplicables, por lo cual dispone que, en caso de ser propietario, o agente de un propietario de derechos de autor (o copyright), y considere que existe contenido —que sea público en la plataforma— que vulnere derechos de autor o el copyright, podrán enviar una «notificación» siguiendo las directrices de la Digital Millennium Copyright Act de la plataforma.

Se observa entonces que Twitch, en cuanto agente económico, tiene en claro, vislumbra y reconoce cuál es el problema central: la violación a los derechos de autor y el copyright.

1.2.- Los creadores de contenido.

Los streamers —o creadores de contenido— también generan cierta complejidad al llevar a cabo la grabación de su video, especialmente si deciden incluir rostros, voces, partes corporales, incluso solo sus manos, entre otras variables en la grabación del contenido. Lo anterior ocurre por dos razones: i) los datos o información biográfica/biométrica y ii) los derechos de imagen.

Pero ¿qué pasa con los datos biométricos y los derechos de imagen? Si bien en Colombia las menciones a los derechos de imagen no son limitadas, este derecho no se

encuentra definido claramente en un solo componente normativo, razón por la cual, en cada evento u ocasión, se hace necesario «recrear nuestro Frankenstein normativo» auscultando en cada uno de sus miembros (Ley 23 de 1982, a la Ley 1403 de 2010 y a la Ley Estatutaria 1581 de 2012) lo que de cada disposición vale y sirve para aludir al régimen marcario.

En términos sencillos, de acuerdo con el artículo 87 de la Ley 23 de 1982, el derecho de imagen (expuesto en la Ley como la creación de un busto o un retrato) requiere una autorización expresa para que el producto pueda ser llevado al comercio. En el caso de un retrato o de un busto es sencillo comprender y realizar dicha autorización, pero cuando cualquier persona puede capturar un “retrato” en un video en vivo y fijarlo en su canal de Twitch sin haber solicitado la autorización, comienza a generarse un problema.

Ahora, llevemos la discusión un poco más allá de la literalidad de la norma: los avatares. El estudio realizado por Guzmán Delgado (2016) nos permite determinar que el derecho a la imagen tiene 3 aspectos: i) la imagen de personas naturales, ii) personajes ficticios y iii) usos de imagen que no requieren autorización.

Aceptando esa triada, haremos una breve explicación de cada uno de los tres aspectos, para posteriormente plantear la situación que se presenta en *Twitch*, y demostrar el grado de obsolescencia que existe en la regulación de los derechos de imagen en Colombia.

Comenzaremos haciendo una breve explicación de la imagen de personas naturales. En la Ley 23 de 1982, los artículos 87, 88 y 90 hacen referencia a lo que, en 1982, sería la máxima expresión del derecho de las personas naturales: el busto o retrato. Estos tres artículos establecen claramente los derechos que tienen las personas naturales frente a su imagen, pero ninguno de estos artículos establece clara y abiertamente la posibilidad de explotar económicamente ese derecho, salvo si se hace una interpretación extensiva del artículo 88, por lo tanto, lo que se establece allí son las medidas que puede tomar una persona natural si un tercero quiere hacer uso de su imagen.

En consecuencia, de estos artículos podemos establecer tres fundamentos imperativos del derecho de imagen: i) requiere de autorización expresa, ii) los herederos pueden autorizar la publicación de fotografías o películas de operaciones quirúrgicas u otras fijaciones de carácter científico y iii) en caso de que se requieran múltiples autorizaciones y alguna persona se niegue, la controversia, irresoluble entre los interesados, se resolverá ante la autoridad competente.

Ya habiendo mencionado lo que para el legislador de 1982 era la máxima expresión del derecho de imagen, es imperativo hacer referencia al artículo 168 de la Ley 23 de 1982. Este artículo no estaba contemplado en el texto original, fue adicionado mediante la Ley 1403 de 2010 —o Ley Fanny Mikey— y establece varios conceptos importantes, además de necesarios, para la situación que vivimos.

Este artículo establece que desde el momento en que un artista, un intérprete o un ejecutante autoriza la incorporación de su interpretación o ejecución en una fijación de imagen —como un poster— o de imágenes y sonidos —ya sea una película, una serie o... ¿un stream?— se pueden (i) desarrollar actuaciones como la fijación de dicha interpretación o ejecución en un soporte material si previamente no se había fijado, (ii) se puede reproducir dicha fijación cuando la interpretación se haya fijado inicialmente sin la autorización del intérprete o ejecutante, (iii) se puede hacer la reproducción de dicha fijación a pesar de que se haga con fines distintos a los que fueron autorizados por el intérprete o artista y, (iv) en cuanto a la radiodifusión, se entiende que la autorización de radiodifusión y fijación de la interpretación sí implica autorización de reproducción de la misma.

En cuanto a los usos de imagen que no requieren autorización, es claro que el artículo 36 de la Ley 23 de 1982 establece limitaciones al derecho de imagen, pues es libre la publicación del retrato cuando se hace con fines científicos, didácticos o culturales, siempre y cuando dicha imagen sea imperativa para alcanzar el fin al que se quiere llegar, dejándose de

lado una parte especial de la limitación al derecho de imagen: cuando se trate de hechos de interés público.

Este criterio no es absoluto, pues no puede ser cualquier tipo de «interés público», tal como quedó establecido por la Corte Constitucional en el caso Diomedes Díaz Maestre Vs. Telecolombia Ltda. en la cual la Corte determinó:

[E]l interés público [debe ser] actual. [D]ebe corresponder al momento histórico en el cual se produjo un hecho y no puede insistirse en él o retomarse cuando por el transcurso del tiempo ha ocupado un lugar secundario en la atención de la sociedad. (Corte Constitucional, 2000)

Así, es claro que el interés público solamente puede predicarse cuando el uso de la imagen de una persona corresponde a un momento singular en la historia —a un acontecimiento noticioso histórico— y no es posible “revivir” ese interés noticioso público cuando la sociedad, en su dinámica y en su discurrir, de tiempo atrás ya ha encontrado nuevos y cotidianos acontecimientos, también noticiosos históricos, que acaparan su atención, razón por la cual determinada persona (es decir su imagen) pierde trascendencia y relevancia pública, en la medida que la misma comunidad le ha quitado dicha trascendencia.

1.3.- El contenido.

Siendo tan clara la existencia del derecho de imagen, como sus serias limitaciones, es momento de centrarnos en el segundo componente de lo que es un stream: el contenido. Para comprender lo que es «el contenido» es imperativo redirigir la atención momentáneamente a una imagen del stream de Stefan Jonke —mejor conocido como Datto o DattoDoesDestiny—

jugando Destiny 2, el último juego desarrollado y publicado por Bungie Inc. (Figura 1) donde Datto se encuentra en uno de los destinos sociales del juego llamado “La Torre”.

Figura 1.

Imagen del stream de Datto del 16 de junio de 2021



Nota: Jonke, S. (2021, 16 junio). You ever just wake up and look like this [Fotografía].

<https://www.twitch.tv/videos/1058163113>

Esta imagen es una representación sencilla de lo que —simultáneamente— está siendo presentado ante el consumidor de un stream: el videojuego en cuestión y la cámara que toma y difunde la imagen del streamer, e incluso la de su perro.

La realidad jurídica de lo que es el videojuego es mucho más compleja de lo que se percibe utilizando solo uno de los cinco sentidos (la vista), pues tenemos componentes que pueden ser capturados en video, componentes de audio y componentes a los que solamente se puede acceder en caso de ser el desarrollador o tener grandes habilidades en códigos de computación. Debido a esta situación, podemos crear 3 grandes familias de elementos (sujetos

de protección) que se encuentran en un videojuego: Elementos de Audio, Elementos de Video y Código de Computadora.

La realidad es que los videojuegos hoy en día tienen muchos más componentes que la película más taquillera de la historia, y muchos de esos componentes pueden ser, incluso, más complejos que los que se encuentran en una película.

Por ello haremos una disección de todos los elementos protegidos que se encuentran en un videojuego, comenzando por (i) los Elementos de Video, pasando luego a (ii) los Elementos de Audio y, por último, al (iii) Código de Computadora, cuestión que nos llevará a hacer menciones exclusivas que atañen a controversias ocurridas en los Estados Unidos, así como a precedentes judiciales de tal país, por los que se ha establecido claramente cuál es el camino que ha seguido el Copyright. Echaremos mano de tales eventos, en tales latitudes, dada la escasa injerencia que tiene el Derecho de Autor colombiano en lo relacionado con videojuegos —o siendo más preciso: a programas de computación—.

En un videojuego, hoy por hoy, podemos encontrar que el componente Elementos de Video está descompuesto en 4 subelementos de acuerdo con Lipson y Brain (2009, p. 54): Imágenes Fotográficas, Imágenes en Movimiento Capturadas Digitalmente, Animación y Texto.

Ahora, si bien cada uno de estos subelementos pueden seguirse dividiendo de forma prácticamente infinita, la realidad es que estos son los 4 subelementos que constituyen lo que es el apartado de video en un videojuego, en el caso de la Figura 1 tenemos que identificar que los elementos de video presentes son: el *Skybox*⁵, las texturas de los objetos, los objetos, los

⁵ El Skybox, según Unity Technologies (2016) es “una envoltura alrededor de su escena entera que muestra cómo el mundo se vería más allá de su geometría”. En el caso de la Figura 1 es aquello que se ve en el fondo de la captura.

NPC⁶, otros jugadores y todos aquellos elementos que se pueden observar a simple vista en la captura, pero no limitados a ello, motivo por el cual, lo ideal para comprender la magnitud de estos elementos es observar un stream o parte de él, pues Destiny tiene, aproximadamente, más de 16 *Skyboxes*, 41 NPCs con los que el jugador puede interactuar, 16 destinos o planetas, 31 mapas especiales para Jugador contra Jugador —algunos hasta con dos diseños distintos por rotaciones de día y noche— e incontables líneas de texto que cada NPC tiene a lo largo de todo el juego.^{iv}

Conscientes de lo antedicho, cabe agregar que la complejidad para desarrollar la parte visual del videojuego es una proeza artística que está bajo protección por parte del Copyright debido a que se trata de expresiones artísticas originales y no de meras ideas. El *Skybox*, p. ej., no es nada distinto a una pintura que se sitúa en el fondo de una geografía particular con texturas y personajes particulares y únicos.

Los Elementos de Video son los elementos más fáciles de identificar por su carácter visual, pero los Elementos de Audio son un poco más complejos y abarcan más subelementos y pueden llegar a ser un poco confusos. En este punto debemos hacer hincapié en que hay elementos auditivos que son creados especialmente para el juego, y elementos auditivos que son adheridos al juego, pues han sido creados o compuestos con otro fin y, por lo tanto, algunos elementos auditivos ya se encuentran bajo Licencias de Interpretación y Sincronización de Software Interactivo, mientras que los derechos patrimoniales se transfieren mediante el Trabajo por Encargo.

Si bien es importante hacer una explicación de los medios por los cuales se transfieren los derechos patrimoniales de una obra —particularmente de los Elementos de Video y

⁶ NPCs es un término utilizado frecuentemente en la industria de los videojuegos para referirse a personajes que no son un jugador pero con los que el jugador puede interactuar, por lo cual son dotados de voz, animación, texto, etc.

Audio—, por ahora mencionaremos y explicaremos los subelementos de Audio que encontramos comúnmente en un videojuego.

En ese propósito, tenemos que los subelementos de Audio son, de acuerdo con la World Intellectual Property Organization *et al.* (2013, p. 8) y Lipson y Brain (2009, p. 54): Composiciones Musicales, Grabaciones de Audio, Voz, Efectos de Sonido Importados y los Efectos de Sonidos Internos. Cuando hablamos de Composiciones Musicales uno de los mejores ejemplos es el caso del álbum *Music of the Spheres*, álbum que fue compuesto por Martin O'Donnell, Michael Salvatori y Paul McCartney para introducir a los jugadores de Destiny al tema del juego mediante la música⁷. Mencionado el ejemplo anterior, diremos que lo propio puede suceder con un locutor de radio, pero en las líneas de voz que hay en un videojuego podemos atribuir los derechos morales al actor que prestó su voz para dicho fonograma y los derechos patrimoniales para la desarrolladora del videojuego —o, en la mayoría de los casos, los derechos patrimoniales son del distribuidor que contrató a la desarrolladora—, tal como ocurrió con las líneas de Cayde-6, uno de los personajes más icónicos de Destiny 1 y 2, cuyo actor de voz fue Nathan Fillion hasta el año 2018 con la publicación de la expansión de El Estratega⁸.

Para terminar, cuando se hacen menciones a las Grabaciones de Sonido, podemos diferenciarlas de los Efectos de sonido, por cuanto pueden ser sonidos ambiente que no hacen parte de los efectos de sonido del juego, pero sí puede ser, por ejemplo, el sonido que hace una determinada arma cuando es disparada, o el sonido del motor del vehículo en el cual se encuentra el personaje que controla el jugador a manera de “leitmotiv”.

⁷ Este álbum fue compuesto en 2010 y comenzó a ser utilizado antes de que Destiny hiciera su debut al público en 2014 pero solamente se comercializó a partir del 2018, cuando Bungie Inc. puso a la venta *The music of Destiny, Volume 1* el 1 de Junio de 2018.

⁸ En la siguiente entrega de la saga de Destiny 2, conocida como Los Renegados, el actor de voz de Cayde-6 fue Nolan North, quien sustituyó a Fillion por motivos de conflictos de disponibilidad.

Por último, llegamos al aspecto que puede ser más relevante, trascendente y fundamental: el Código de Computadora o Código Fuente. En este punto tenemos 4 subelementos de acuerdo con Lipson y Brain (2009, p. 54) y la World Intellectual Property Organization et al. (2013, p. 8): Motores de Juego Principal o *Engines*, Código Auxiliar, Complementos o subrutinas de terceros y Comentarios. Para explicar este apartado, no podemos dividirlos tan fácilmente, pues sería como despegar todo aquello que se encuentra por debajo de la dermis del cuerpo humano.

Partamos por explicar lo que es el Motor de Juego Principal, —en adelante *Engines*—, base en la cual se desarrolla el código del juego, con la que se define una serie de rutinas de programación que permite realizar el diseño, la creación y el funcionamiento de un videojuego, uno de los mejores *Engines* en el mercado es el *Unreal Engine 5* de Epic Games, que recientemente fue anunciado y que ha sido utilizado no solamente para videojuegos, también para generar lo que antes serían las llamadas pantallas azules en las películas, p. ej. en series como *El Mandaloriano* de Disney. Y más allá del Motor de Juego Principal, existen dos códigos adicionales que se usan constantemente en un juego: el Código Auxiliar y los Complementos de Terceros. Estos dos códigos se caracterizan por no ser absolutamente necesarios, pero ayudan al correcto funcionamiento del juego, pues pueden ir desde una Inteligencia Artificial que controla de forma especial a los NPC, hasta un sistema de físicas especiales para el juego, o para sincronizar los datos del juego con la nube de una tercera empresa que pone a disposición del desarrollador los servidores, bien sea para llevar a cabo una subrutina, o para comprar un nuevo atuendo para el personaje favorito en Fortnite.

En cuanto a los comentarios, es algo que se explica sencillamente, pues son aquellos comentarios que permiten que el desarrollador “moldee” de forma correcta el código para que cumpla con sus funciones.

Entonces, habiendo analizado los elementos sujetos a protección del Copyright —y del Derecho de Autor— de un videojuego, es necesario establecer que dentro de todo el proceso

puede haber desde una sola persona que hace todo el trabajo hasta miles de personas que se encuentran en distintas partes del mundo y que hacen parte de distintas personas jurídicas, por lo cual siempre es necesario que exista claridad en los contratos y las licencias involucradas en el desarrollo del juego.

Es por esto que, por ejemplo, los actores de voz firman un documento que es conocido como *Autorization & Release* en donde el actor autoriza al desarrollador a utilizar aquello que fue grabado o capturado, y se entiende que lo realizado es un Trabajo por Encargo, por lo cual transfieren los derechos patrimoniales de dichas obras al desarrollador. Algo similar sucede con las licencias denominadas como *Interactive Software Synchronization & Performance License* o *Synchronization License For Musical Composition*⁹ y *Motion Picture Studio Licensing Agreement for the Development and Marketing of Video Games and Computer Games*¹⁰ donde se transfieren derechos a favor del desarrollador del videojuego tal como lo menciona Lipson y Brain (2009, pp. 97–112), pero el grueso de la transferencia de derechos se encuentra en los empleados de las desarrolladoras y en el Trabajo por Encargo.

Comencemos por mencionar los profesionales que se encuentran vinculados con el desarrollo de un videojuego de acuerdo con la World Intellectual Property Organization et al. (2013, p. 9): Coordinador de Producción, Productor Asistente, Productor Asociado, Director de Producción, Diseñador Principal, Diseñador de Niveles, Diseñador de Contenido, Escritor de Juegos, Diseñador de Sistemas, Diseñador Técnico, Diseñador de Interfaz de Usuario, Director Creativo, Escritor, Guionista, Artistas visuales (creadores del arte visual del juego), Programadores y Diseñadores de Audio.

⁹ Es una licencia donde se autoriza la sincronización de una determinada canción con el videojuego para que el jugador la oiga a gusto dentro del mismo a cambio de una remuneración.

¹⁰ Es una licencia donde se autoriza a la creación de un videojuego basado en una película que ya ha sido estrenada previamente, es una licencia para hacer una obra derivada de dicha película.

En principio, y de acuerdo con lo establecido por Lipson y Brain (2009, pp. 132–133), uno de los acuerdos más comunes entre los desarrolladores y los distribuidores con sus empleados es el acuerdo de Trabajo por Encargo, el cual se puede explicar fácilmente con el siguiente escenario: la desarrolladora del videojuego va a necesitar cubrir todos los puestos que se han mencionado anteriormente, adicionalmente la desarrolladora necesita asegurarse de que es dueña de la totalidad del juego ya terminado, por lo que hace que sus empleados, en todas las áreas, firmen un *Work for Hire Agreement* en el cual el trabajador asevera que el dueño del producto es la desarrolladora y, por lo tanto, le transfiere “*all property rights, patent rights, copyrights, and trade secret rights*” (Lipson & Brain, 2009, pp. 142–143).^v

Esta situación, en la cual todos los derechos del juego desarrollado son transferidos a la distribuidora —y esta última es dueña de toda propiedad intelectual relacionada al juego— es la regla general cuando la distribuidora contrata un desarrollador para un juego en particular pero, como toda regla general, existen contratos “unicornios”¹¹ como el de Bungie y Activision, en donde al momento de terminar el contrato fue Bungie, la desarrolladora, quien mantuvo todos los derechos patrimoniales del juego y toda propiedad intelectual relacionada al mismo. La existencia de estos contratos de Trabajo por Encargo hace que no tenga lugar mayor controversia en cuanto a la propiedad del producto final, pero la misma conclusión no se puede extraer de las licencias que analizaremos en el numeral 2.

1.4.- La nueva frontera.

Habiendo recorrido los elementos fundamentales de un *stream*, tales como el videojuego, la imagen del *streamer* y el contrato que todo usuario de la plataforma acepta con

¹¹ Un contrato unicornio es aquel contrato que es completamente atípico en cuanto a estipulaciones como repartición de los derechos, propiedad de la obra e incluso la distribución de las ganancias que se derivan de la ejecución del contrato.

el simple hecho de ingresar, es necesario que traigamos a colación una simple pregunta: ¿Qué tipo de obra es un stream?

Esta pregunta tiene distintos componentes que nos llevarán a una conclusión quizá ortodoxa, que puede ser considerada como la única salida, si tenemos en cuenta todo lo establecido en este primer numeral. Por lo tanto, para dar respuesta es necesario que recordemos las obras que encontramos en un *stream*.

En efecto, ya dejamos sentado que un *stream* contiene las siguientes obras: la cámara del *streamer* como obra audiovisual, la música de escogencia del *streamer* como fonograma y el videojuego. Así, comenzamos a percibir la complejidad jurídica que se presenta al hablar de un *stream* y su naturaleza jurídica, pues tenemos claridad acerca de solo 2 de los 3 elementos del mismo, lo que, antes, nos obliga a resolver una incógnita ante la cual no hay jurisprudencia ni doctrina pacífica: ¿Qué tipo de obra es un videojuego?

Algunos de los doctrinantes más influyentes en propiedad intelectual, tal como Lipson y Brain (2009, p. 208), aseveran que los videojuegos son programas de computador, por lo cual se registrarían como una obra literaria al entregar la primera y la última página del Código Fuente del juego. En cambio, la U.S. Copyright Office (2004, p. 6) asevera que un videojuego no solo puede categorizarse como un programa de computador sino también como una obra audiovisual, y, por lo tanto, podría registrarse como previamente se mencionó o mediante la entrega de una copia completa del juego en un CD-ROM¹². Por otra parte, si nos volcamos a un país del sistema continental europeo, como España, López González (2020) asevera que no estamos hablando de una obra audiovisual ni de un programa de computador, sino de una obra multimedia, dado que según su criterio un videojuego no puede encajarse, en su totalidad, en

¹² En caso de que no se hubiera fijado aún en un CD-ROM se estableció la posibilidad de entregar material audiovisual que identifique con claridad el material, este material puede constar de fotos, partes audiovisuales del juego y una breve descripción o reseña del mismo.

una obra audiovisual ni en un programa de computador, proponiendo que se trate como una obra multimedia, para así aliviar la dualidad que se presenta, pues los videojuegos contienen una serie de elementos que le son propios y es difícil encajarlos en aquellas dos categorías.

Como puede verse, la realidad es que categorizar un videojuego como obra audiovisual o como programa de computador o como obra multimedia es difícil, pero hay algo que todas estas categorías no contemplan: la interacción que tiene el jugador y la infinidad de posibilidades que éste encuentran dentro de un videojuego.^{vi}

Entonces, ¿es necesario crear una nueva tipología de obras para los videojuegos? La respuesta es muy sencilla: no, no es necesario. Ya hace unos años encontramos una obra musical con estas características: *Habitación 316* y las otras canciones incluidas en *n* de Jorge Drexler. En resumidas cuentas, esta canción tiene 10^{23} combinaciones en lo que se refiere a su letra, que es escogida por el público al momento de ser interpretada en vivo, o por el oyente en diferido mediante la aplicación de *n / Jorge Drexler* en los teléfonos inteligentes, por lo tanto, este tipo de canciones podrían denominarse canciones combinatorias por cuanto “no es el intérprete el que elige el orden de los factores, es el usuario.” Sanmiguel (2016, p. 68).

Entre tal canción y un videojuego podemos establecer un paralelo, pues en éste cada jugador hace su propio camino, es presentado con distintas opciones al momento jugar un determinado nivel, las decisiones de diálogo que puede tomar, las armas que puede usar, cómo se ve su personaje, la música que suena en cada momento del juego, son todos elementos que afectan a la historia dentro del marco establecido por sus creadores.

Por lo tanto, corresponde a una posición más moderna y completa sostener, respecto de los videojuegos, que son «obras combinatorias de carácter complejo», pues no solamente es el usuario el que elige el orden de los factores tal como lo asevera Sanmiguel (2016, p. 68) sino que también es una obra que contiene distintas obras: de audio, de video y el código fuente.

Con fundamento en lo antedicho podemos trazar, a ciencia cierta, que un *stream* es una obra compleja que contiene las siguientes obras: la cámara del *streamer* como obra audiovisual, la música de escogencia del *streamer* como fonograma y el videojuego como obra combinatoria de carácter complejo. Por lo tanto, tenemos dos obras a las cuales hacerle seguimiento en punto a la transferencia de derechos patrimoniales en el *stream*, pues ya hemos establecido en el numeral 1.1. y 1.2. que los derechos de imagen del *streamer* son transferidos a *Twitch* mediante los Términos del Servicio, y ahora nos incumbe hacer seguimiento a (i) los derechos patrimoniales del videojuego y a (ii) los derechos patrimoniales de la música utilizada en el *stream*.

2.- Videojuegos, licencias y usuarios.

En este punto tenemos claridad de cuáles son los derechos que los usuarios deberían transferirle a *Twitch* mediante los Términos del Servicio, los componentes de un *stream* y la naturaleza jurídica del mismo, pero aún tenemos que diseccionar y mirar un poco más allá de la simple presunción que se genera de la siguiente afirmación: “He comprado una copia de X”. Donde X es cualquier videojuego que se encuentre en el mercado. Esta afirmación, jurídicamente, es bastante errónea, pues la noción “comprar” conlleva la transferencia del derecho de dominio sobre el bien, algo que no sucede realmente al momento de “comprar” un videojuego.

Por eso, en este capítulo vamos a describir lo que realmente está sucediendo cuando se “compra” un videojuego, los derechos que son otorgados y el tipo de contratos que se usan para ello, adicionalmente, por vía de ejemplo, revisaremos las licencias de *Destiny 2* y *Fortnite* para establecer con claridad los derechos que le son transferidos a los usuarios de estos juegos.

Ya habiendo establecido los derechos que le son transferidos a los usuarios, vamos a revisar cuál es la posición de los *streamers* y de los creadores de contenido respecto de esos derechos, para establecer cuál es la realidad jurídica de los *streams* de videojuegos.

2.1.- ¿De qué soy dueño al “comprar” un videojuego?

Volviendo a nuestra pregunta, todos en algún punto hemos oído la frase “he comprado x videojuego” —suscrito incluido— pero esa frase es una imprecisión jurídica por lo recién expresado.

En efecto, el artículo 1880 del Código Civil Colombiano en cuanto a las obligaciones del vendedor, establece que una de las obligaciones es “la entrega o tradición” (Legis, 2016, p. 231). Como puede sospecharse, al tratarse de videojuegos no podemos hablar de un contrato de compraventa que conlleve la tradición, por cuanto el funcionamiento de los derechos patrimoniales y morales de las obras no es el mismo que el derecho de dominio.

Para poder explicar esto es necesario establecer una distinción fundamental de los derechos que tiene una obra, empezando por lo derechos patrimoniales que, tal como lo señala Vega Jaramillo y Dirección Nacional de Derecho de Autor (2010) se divide en los siguientes derechos: derecho de reproducción, derecho de comunicación pública, derecho de transformación, derecho de distribución y el derecho de seguimiento.

En este sentido mencionaremos brevemente lo que es cada uno de los derechos antedichos, comenzando por el derecho de reproducción. Este derecho consiste en la posibilidad de generar soportes materiales —o copias— de una determinada obra y, cuando se hace referencia a soportes materiales, estamos hablando de “la impresión, el dibujo, el grabado, la fotografía, el moldeado, el fotocopiado, la microfilmación, la grabación mecánica, cinematográfica y magnética” (Vega Jaramillo & Dirección Nacional de Derecho de Autor,

2010, p. 37) y, además, también debemos entender por almacenamiento la digitación en un soporte electrónico con posteriores posibilidades de reproducción estable.

Entonces, si el derecho de reproducción hace referencia a la posibilidad de generar soportes materiales o copias de la obra, es más sencillo reconocer que el derecho de comunicación pública hace referencia a cuando la obra es ejecuta en público, es decir, cuando es mostrada en público total o parcialmente, tal como lo establece Delia Lipszyc (2017).

Cierto es que pueden existir distintos tipos de comunicación pública de acuerdo con Vega Jaramillo y Dirección Nacional de Derecho de Autor (2010, pp. 38–41): la comunicación directa o en vivo tal como puede ser cuando una banda interpreta una de sus canciones en un restaurante, y la comunicación indirecta, tal como puede ser la presentación de una película en el cine.

Cabe resaltar que la comunicación pública no se limita a los dos ejemplos previamente mencionados, pues existen muchos otros medios para ejercer este derecho patrimonial, como la comunicación al público de una obra musical llevada a cabo mediante la interpretación en vivo de la banda, mediante la reproducción del fonograma ya fijado en un disco o mediante la reproducción del mismo de forma diferida mediante una plataforma de streaming como Spotify, Apple Music o Deezer.

Ahora, habiendo establecido la diferencia entre el derecho de reproducción y el derecho de comunicación pública, podemos proceder al derecho de transformación que, de acuerdo con Vega Jaramillo y Dirección Nacional de Derecho de Autor (2010, p. 41), es la facultad que tiene el autor de autorizar la creación de obras derivadas de la suya, que puede ser película, serie, videojuego, traducción, etc., en este aspecto, es necesario recordar que las obras derivadas tienen sus propios derechos, aunque muchas veces existe transferencia de éstos mediante la contratación de obra por encargo, como suele suceder con las traducciones, los videojuegos y muchas otras transformaciones que pueden sufrir las obras originarias, tal como

podemos apreciar con los libros de Harry Potter, en donde se ha solicitado a J. K. Rowling autorización para poder rodar las películas de Harry Potter y más recientemente ha autorizado el desarrollo del videojuego de *Hogwarts Legacy* de la mano de WB Games.

Y, ya para terminar con la lista de derechos patrimoniales, tenemos el derecho de distribución, el cual, de acuerdo con Vega Jaramillo y Dirección Nacional de Derecho de Autor (2010, p. 42), se entiende como la facultad que tiene el autor de la obra, o el dueño de este derecho, a autorizar que la obra o una copia de la misma sea puesta a disposición del público.

Para poder establecer un ejemplo debemos aclarar que la puesta en disposición del público puede llevarse a cabo mediante distintas modalidades tales como “venta, alquiler, préstamo, o cualquier otra forma” (Vega Jaramillo & Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2010, p. 42).

Ya que tenemos claridad acerca de todos los derechos patrimoniales de las obras, podemos cumplir la promesa de responder la pregunta que nos atañe, para lo cual nos dirigiremos al contrato que rige la relación entre el desarrollador del videojuego —o el distribuidor— y el consumidor del videojuego: la licencia de uso.

Tal como vamos a analizar a mayor profundidad en el numeral 2.2 con las licencias de *Destiny 2* y de *Fortnite*, encontramos que las licencias de uso solamente transfieren el derecho de uso sobre la obra, sino un contrato que otorga la posibilidad de usar el videojuego si acepta los términos establecidos en la misma licencia. Tal como lo afirma Boyd et al. (2018, pp. 96–103), la licencia es denominada usualmente como *End-user License Agreement* o Licencia de Usuario Final —desde este punto es fácil imaginar a dónde nos dirigimos solamente con apreciar el nombre— y que dicha licencia requiere la complicidad o la cooperación del usuario para poder utilizar el juego, por lo cual los párrafos de apertura comúnmente establecen aquello que se puede, y aquello que no se puede, hacer con el juego.

En este sentido, y para hacer más sencilla la comprensión de lo que normalmente establece una licencia, aprovecharemos como ejemplo la licencia que nos presenta Boyd et al. (2018, pp. 96–97) y nos centraremos en los dos primeros párrafos de dicho ejemplo, que son los párrafos que establecen la aceptación y las prohibiciones que permite la licencia:

If you agree to this end user license agreement (the "License"), you may install the game software (the "Game") on your computer for purposes of playing the Game in conjunction with the Game service provided by Publisher (the "Service"). Subject to your agreement to and continuing compliance with all terms and conditions of this License and the Terms of Service, Publisher hereby grants, and you hereby accept, a limited, non-exclusive, non-transferable, revocable, and royalty-free license, to install the Game on your computer and use the game in conjunction with the Service. Any and all uses of the Game are subject to this License which you must accept before you can play the Game. (Boyd et al., 2018, p. 96)

Este párrafo representa meramente la aceptación de la licencia, debido a esto la licencia comienza estableciendo que si se accede a los términos de la licencia se puede proceder a hacer la instalación del juego con el propósito de jugarlo en conjunto con los servicios proveídos por el desarrollador —o el distribuidor—.

En este sentido, es claro que la instalación, así como el uso del juego y de los servicios adicionales que se presten en el momento, son al mismo tiempo el modo en que el usuario

manifiesta la aceptación de la licencia, pues de lo contrario, no se puede proseguir con el procedimiento¹³.

En el caso que se genere la aceptación de la licencia, y de los términos de uso, el distribuidor le garantiza al usuario el uso no exclusivo, limitado, revocable y libre de regalías del juego, lo cual nos lleva a analizar el segundo párrafo:

The Game and Service are provided for your individual, non-commercial, entertainment purposes only and may not be used for any other purpose or in any other way. Any use, reproduction, modification, or distribution of the Game not expressly authorized by the terms of this License is expressly prohibited. You may not sell, copy, exchange, transfer, loan, translate, reverse engineer, decompile, derive source code from, lease, grant a security interest in, transfer, publish, assign, or otherwise distribute the Game, Service, any other Publisher intellectual property, or anything you copy or derive from the Game, Service or any other Publisher intellectual property, in whole or in part, unless you have been expressly authorized to do so by the Publisher in a signed writing. (Boyd et al., 2018, pp. 96–97)

Es en este punto donde el problema comienza a relucir, en la arista de la explotación de derechos patrimoniales, como el derecho a la comunicación pública y, de forma un poco más cuestionable, el derecho de reproducción.

El apartado en comento establece claramente cuáles son las prohibiciones que tiene el usuario final del juego y cuáles son los usos que éste puede hacer tras quedar establecido que

¹³ Para estas situaciones se establece que debe haber una comunicación directa entre el usuario y el propietario de los derechos del juego para realizar una negociación en una sede arbitral basándose en la legislación establecida en la licencia.

el juego y los servicios son entregados para el uso personal, no comercial y con el único fin de entretenimiento —este apartado es el más importante para el problema jurídico acá presentado—.

Adicional a eso, se prohíben diversos actos entre los que se destaca la prohibición de reproducción, modificación o distribución del juego sin autorización, tampoco se puede hacer ingeniería inversa —usada frecuentemente para generar o crear *hacks* o trampas en el juego—, transferir, intercambiar, traducir o distribuir el juego y los servicios sin autorización previa.

Por lo tanto, encontramos que comúnmente las licencias mencionan expresamente que está prohibido hacer un uso comercial del juego, no hay transferencia del derecho patrimonial de comunicación al público o una autorización para hacerlo.

De esta forma, podemos concluir que al momento de adquirir un videojuego y aceptar los términos de una licencia, lo que realmente se está autorizando al usuario es el derecho de usar el juego, y generalmente se prohíbe cualquier uso comercial del mismo, pues no existe transferencia de derechos patrimoniales, siendo que la posibilidad de hacer uso del juego queda supeditada al cumplimiento de lo establecido en la licencia y en los términos del servicio... En castellano: quien paga por el juego no es dueño del juego, simplemente está adquiriendo la posibilidad de usarlo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la licencia, p. ej. no usarlo comercialmente y no comunicarlo públicamente —dos prohibiciones que, sin embargo, extrañamente son toleradas y siempre están presentes en cualquier *stream* de *Twitch*—.

2.2.- Análisis de las licencias Destiny & Fortnite.

En este punto tenemos claridad respecto de lo que —en teoría— sucede con las licencias de los videojuegos y en cuanto a los derechos que son cedidos a los usuarios finales, pero... ¿será que esto se mantiene en la práctica? Para poder responder esto vamos a analizar la licencia de dos videojuegos: *Destiny* y *Fortnite*. Estos dos videojuegos han tenido un impacto profundo

en la industria, pues han establecido estándares en sus respectivos géneros, y, por lo tanto, tienen una gran influencia en los directorios de plataformas como *Twitch*, especialmente cuando se están desarrollando eventos inusuales, tal como el final de cualquier temporada en *Fortnite*¹⁴ o la carrera por el primero del mundo en completar la nueva incursión de *Destiny*¹⁵.

Utilizaremos las licencias de estos juegos, analizando primordialmente lo relacionado con las condiciones de la licencia y lo establecido en los términos del servicio, así determinaremos a qué tiene derecho el usuario al momento de aceptar la licencia y podremos establecer la magnitud del problema acá planteado.

Para esto comenzaremos revisando la licencia de *Fortnite*, la cual puede encontrarse en español. El numeral segundo lleva por título “Condiciones de la Licencia” y menciona que, en lo que al juego y sus servicios se refiere, el usuario no puede:

- (a) **utilizarlo con fines comerciales o promocionales;** (b) utilizarlo en más de un dispositivo a la vez; (c) **copiarlo, reproducirlo, distribuirlo, exhibirlo o utilizarlo de una manera que no esté expresamente autorizada en el presente Contrato;** (d) venderlo, alquilarlo, licenciarlo, distribuirlo o transferirlo; (e) aplicar ingeniería inversa, derivar su código fuente, modificarlo, adaptarlo, traducirlo, descompilarlo o desensamblarlo, o realizar trabajos derivados basados en este. (Énfasis fuera de texto)
- (EpicGames, s. f.)

¹⁴ El evento del Agujero Negro de *Fortnite* tuvo más de 1.7 millones de vistas en *Twitch* de acuerdo a *Epic Games (Fortnite Chapter 2: Black Hole Was «most Viewed Gaming Event Ever» - CBBC Newsround, 2019)*.

¹⁵ La nueva incursión de *Destiny*, a agosto de 2021, es la *Cripta de Fosa Profunda* donde hubo más de 400.000 vistas durante el evento de acuerdo con *Twitch Tracker* (s. f.-a), esto debido a que la *Cámara de Cristal* es una incursión que ya se encontraba en *Destiny 1* y fue relanzada en *Destiny 2* el 22 de abril de 2021 lo cual no genera la misma actividad que un evento completamente nuevo.

Basta leer los tres primeros subliterales: no está permitido el uso comercial del software, ni la exhibición del juego sin autorización de la compañía. En este sentido, podríamos saltar directamente a la conclusión de que en un *stream* se está violando la licencia otorgada por Epic Games debido a que una de las principales razones por las que se hacen los *streams*, hoy por hoy, es el lucro que se puede adquirir, es la explotación económica que puedo recibir a cambio del contenido creado por el usuario, pues «el modo de jugar» es lo que resulta llamativo para consumidores que están dispuestos a pagar de dos formas lo que están viendo: mediante transacciones monetarias que podrían ser como una propina, o mediante su tiempo al observar la publicidad que le genera ingresos al *streamer*.

Por tal ruta surge una pregunta imposible de ignorar ¿qué es un uso comercial? Podríamos considerar como uso comercial aquél del cual a cambio de bienes y servicios se obtiene una contraprestación, en el caso del *streaming* podríamos sostener que el bien ofrecido es el entretenimiento otorgado por el *streamer*, y la contraprestación puede manifestarse en diversas formas: donaciones, suscripciones o “*ad revenue*”¹⁶.

Ahora comparemos lo establecido previamente con la licencia de Destiny en su apartado denominado *License Conditios*, el cual, como era de esperarse, establece las condiciones para que la licencia se mantenga vigente tras hacer la aceptación de la licencia:

This license is subject to the following limitations ("License Limitations"). Any use of the Program in violation of the License Limitations will result in an immediate termination of your license, and continued use of the Program will be an infringement of Bungie's copyrights in and to the Program. **You agree that you will not do, or**

¹⁶ Ad revenue es el término otorgado a los ingresos por publicidad que se hace de una empresa o un producto, en este caso, se muestra el producto o se interrumpe la transmisión para mostrar una propaganda de la cual le pagan una parte al *streamer*, a menos que el espectador esté suscrito al canal pagando un valor mensual.

allow, any of the following: (1) exploit this Program or any of its parts commercially; (2) use this Program on more than one computer/console at the same time; (3) **copy, reproduce, distribute, display or use any part of this Program except as expressly authorized by Bungie herein;** [...] VIOLATION OF THESE LICENSE CONDITIONS BY YOU OR ANY THIRD PARTY USING YOUR ACCOUNT MAY RESULT IN A SUSPENSION OR BAN, IN ADDITION TO ALL OTHER REMEDIES AVAILABLE TO BUNGIE. (Énfasis fuera de texto) (Bungie Inc., s. f.-a)

Si bien es cierto que la licencia de Bungie es más larga y restrictiva en cuanto a las ofensas que pueden llevar a la suspensión de la licencia, encontramos el mismo enunciado en el numeral primero y el numeral tercero: no se permite la explotación comercial de cualquier parte del producto, ni la exhibición del mismo¹⁷.

En este punto estamos desentrañando el verdadero problema que se presenta al momento de hacer un *stream*, pues aunque las licencias de los juegos, tanto teórica como prácticamente, prohíben en forma enfática hacer uso comercial y comunicación al público mediante exhibición, lo cierto es que, según se puede observar en cualquier *stream*, eso es exactamente lo que sucede, al margen de la cantidad de gente que esté viendo —tal como lo establece el artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 en cuanto a la comunicación pública— y al margen de si la intención realmente es la de usar comercialmente el juego, así sea mostrándolo como un producto que puede ser consumido por las personas presentes en la plataforma....

¹⁷ Podemos entender que la licencia al establecer la prohibición en el numeral tercero como “*display*” hace referencia a la comunicación al público de la obra al ser la única interpretación posible del contexto y es la que produce un efecto que limita los usos que puede hacer el usuario al tratarse de un uso distinto al de entretenimiento personal.

Pero esto no es todo, pues lo cierto es que sí existen menciones específicas atinentes al contenido generado por el usuario.

Acá es necesario observar un literal —en particular— de la licencia de Fortnite, el numeral quinto, el cual es denominado “Contenido generado por el usuario”. Este numeral parece reconocer, al menos por su título, la posibilidad de que exista el contenido creado por el usuario, cuestión que no podría estar más alejada de la realidad, pues este enunciado lo que en verdad establece es que todo contenido creado **DENTRO** del juego es de propiedad de EpicGames mediante una licencia exclusiva y libre de todo tipo de regalías y por el tiempo máximo permitido por la ley...

Produce sinsabor que uno de los juegos que más streamers tiene y que más dinero ha generado gracias a estos streams no haga al menos una mención al respecto, prefiriendo mantener el problema de los derechos del videojuego y no tome acción frente al modo en que se rompe la cadena al momento de hacer un stream.

Ahora, si miramos los Términos de Uso de Destiny, encontramos algo que se encuentra en línea con la premisa de las licencias de uso de los videojuegos: se concede un uso no comercial y con fines de entretenimiento. Bajo el encabezado de *GAME CONTENT USAGE RULES* Bungie establece que se puede usar el contenido que la misma empresa ha creado — como los vídeos promocionales y de anuncio de una nueva expansión del juego— pero que al hacerlo es necesario hacer todo lo posible para darle un “toque personal” para poder usarlo sin incumplir la licencia y los Términos del Servicio.

También se establece que el usuario puede usar elementos del juego para crear el contenido de usuario que desee, pero para que ese uso sea ajustado a la licencia y a los Términos de Uso de Destiny es necesario cumplir con algunas estipulaciones especiales, siendo la más llamativa, la siguiente: “*You must not sell or earn any revenue or other compensation from*

Your Content, including any advertising revenue or subscription revenue” (Bungie Inc., s. f.-b).

Ciertamente es llamativo que de dos juegos que se ven beneficiados en gran medida por el streaming, solamente el más antiguo reconozca el contenido que es creado por el usuario, pero al hacerlo genera más problemas que soluciones, pues al momento de hacer un stream es bastante raro que no se reciban donaciones por parte de los espectadores, sea de la plataforma o de una agencia de creadores de contenido. Así, de nuevo, gracias a la vista gorda de las compañías supuestamente defraudadas por existir incumplimiento claro y abierto de las licencias y los Términos de Uso, el *streaming* se abre paso.

2.3.- ¿Que opinan los streamers?

Tal como se ha analizado en el acápite anterior, existe una clara violación de la licencia y de los términos del servicio al realizar un stream, dada la naturaleza comercial del mismo, lo cual nos llevaría a cuestionar cuál es la posición de las desarrolladoras y de las distribuidoras al respecto... la respuesta es sencilla, pues no solo lo permiten, sino que lo incitan. ¿Cómo olvidar que Nintendo censuró patéticamente su propia publicación por la música que usaban en el video con el cual estaban promocionando el juego de *Legend Of Zelda: Skyward Sword HD* en Facebook?

Entonces, ya teniendo la respuesta de la parte a la cual se le están vulnerando sus derechos, es necesario observar qué respuesta han dado los creadores de contenido frente a esta situación. De tal modo podremos vislumbrar y formar alguna opinión viable jurídicamente.

Para hacer la revisión de las opiniones de este lado del río, no va a ser necesario llevar a cabo entrevistas o hacer preguntas en «directos», pues en octubre 22 del 2020 Alex Hutchinson, uno de los directores creativos de Google Stadia durante ese período, realizó una publicación que iniciaría un “debate” en Twitter, en la que aseguraba lo siguiente:

Streamers worried about getting their content pulled because they used music they didn't pay for should be more worried by the fact that they're streaming games they didn't pay for as well. It's all gone as soon as publishers decide to enforce it. **The real truth is the streamers should be paying the developers and publishers of the games they stream.** They should be buying a license like any real business and paying for the content they use. (Énfasis fuera del texto original) (Hutchinson, 2020)

Es más que natural que los streamers y los jugadores que conocieron el trino comenzaran a debatir dentro de la red social desde su punto de vista ante unas declaraciones tan fuertes de uno de los directores creativos de Google Stadia, pues este comentario fue realizado en un momento en el que a los streamers se les había forzado a eliminar todos sus streams que habían sido guardados en su catalogo de Twitch debido a un cúmulo de D.M.C.A. —o cartas de desistimiento— por uso de música que estaba protegida por el Copyright en sus transmisiones. La situación generó disgusto generalizado entre los streamers y los usuarios, debido a una reclamación que era totalmente justa y que avivó el comentario de Hutchinson.

¿Y qué fue lo que dijeron los streamers al respecto? ¿Qué dijeron los jugadores al respecto? ¿Tienen un argumento jurídico que soporte su posición? Para responder a estas preguntas revisaremos la opinión que dieron varios streamers y creadores de contenido, especialmente los videos de xQc¹⁸, Real Gamer Hour podcast, Fallout Plays y ReviewTechUSA

Evidentemente hicieron bastante claro su descontento frente a la opinión del director creativo de Google Stadia. Cabe recalcar que estos no son los únicos videos que hacen mención

¹⁸ El creador de contenido que más ingresos ha tenido entre agosto de 2019 y octubre de 2021 en Twitch de acuerdo con los documentos filtrados el 5 de octubre de 2021.

a esta posición, pero son los cuatro que presentan argumentos distintos y resumen la forma en la cual los streamers y jugadores reaccionaron.

El streamer xQc, uno de los más grandes streamers de Twitch, reaccionó en su stream al tweet de Hutchinson y la reacción fue subida posteriormente a YouTube. Durante el video¹⁹ de TwitchHouse (2020, 03:43). XQc alega que durante los últimos años, o quizás la última década, las compañías que desarrollan y distribuyen los juegos son las que han pagado a los streamers para que divulguen el juego y, por lo tanto, es claro que la posición del director creativo de Stadia es infundada y está por fuera de la realidad.

Esta afirmación es una falacia de generalización apresurada pues, si bien es cierto que los desarrolladores y los distribuidores de los videojuegos han pagado para que streamers y creadores de contenido hagan videos, streams y, en forma general, promocionen un determinado juego, eso no significa que por cualquier stream o video las desarrolladoras o distribuidoras deban pagar a los streamers, por una sencilla razón: existe la licencia del videojuego y esta prohíbe cualquier tipo de uso comercial del juego.^{vii}

Ahora, en el video de Fallout Plays (2020, 01:41) encontramos argumentos que van más allá. Establece un ejemplo con los comentarios que se hacen de un partido de baseball en un programa de radio y asevera, de forma correcta, que sería ilógico que el equipo del cual están hablando en la radio pase de puerta en puerta cobrando regalías por un uso no autorizado... pero ese es un ejemplo tiene dos problemas fundamentales: i) no existe una obra y, aún si existiera, ii) estamos ante un uso que no requiere autorización debido a que se trata de noticias y solamente se está mencionando lo ocurrido, no se está reproduciendo el fonograma del partido. Adicionalmente Fallout Plays (2020, 05:30) menciona que los streamers hacen

¹⁹ El video original de xQc en Twitch fue borrado de la base de datos debido a reclamos por infringir el Copyright por uso indebido de música en octubre de 2019, este video corresponde a un tercero que cargó la reacción del streamer a YouTube.

publicidad gratuita a los juegos, y que muchos juegos no tendrían la cantidad de jugadores que tienen si no fuera por la promoción que hacen los streamers, si bien esto puede ser cierto, es una afirmación que no resuelve, porque no busca solucionar el verdadero problema de fondo: la existencia de una licencia que prohíbe usos comerciales.

Por otra parte, Real Gamer Hour (2020, 00:49) indica que los streamers son publicidad gratuita para los desarrolladores y que muchos juegos no tendrían la relevancia o no se habrían dado a conocer de no ser por los streamers —tal como lo fue el caso de Among Us en 2020—. Esta opinión contiene dos menciones bastante importantes: en el minuto 03:40 alude a las licencias de los videojuegos y cómo las desarrolladoras y distribuidoras hacen un “proceso de selección” de quién puede, o no, hacer contenido del juego, explicando en detalle en qué consiste dicho proceso para que el contenido pueda ser explotado comercialmente; y en el minuto 06:25 hace un paralelo entre lo que sucede con la música en los streams, argumentando que se está haciendo publicidad gratuita y, por lo tanto, que no deberían pagar regalías por utilizar la canción.

Estas dos menciones son importantes, pues la primera indica que en la licencia existe un proceso para que el contenido generado por el usuario pueda ser explotado comercialmente a pesar de que en las licencias no se encuentra el proceso que mencionan, al paso que la segunda mención nos permite establecer un paralelo que es completamente cierto: si los streamers no tienen los derechos para usar la música en sus streams sin pagar regalías, tampoco tienen los derechos para usar los videojuegos en sus streams.

Por último, Rick Masucci de ReviewTechUSA. Este es el video más importante de todos, pues es el primero que presenta un argumento jurídico (2020, 03:08) según el cual se está haciendo un uso justo de los videojuegos por cuanto se está haciendo una transformación de la obra original a lo cual surge la pregunta ¿qué es un uso justo por transformación? De acuerdo con la U. S. Copyright Office (2021) un uso transformativo es aquel que añade algo

nuevo, que tiene una finalidad ulterior —o de carácter diferente—, y no sustituyen al uso original de la obra. Ya sabemos qué es un uso transformativo, así que la pregunta a responder es si existe una transformación al hacer un streaming de un videojuego, siendo la respuesta más sensata aquella que conduce a afirmar que no existe un uso transformativo por cuanto se está haciendo el mismo uso que originalmente tenía la obra: el entretenimiento.

Entonces, tenemos que los argumentos esgrimidos por los streamers ante la opinión de Alex Hutchinson giran en torno a (i) la «publicidad gratuita» que los streamers ofrecen a los juegos y que (ii) los streamers están haciendo un uso transformativo de la obra. Pero estos argumentos quedan cortos ante lo que claramente se ha establecido en las licencias que han firmado los streamers al iniciar el juego por primera vez, o cuando hacen una actualización a los términos de la licencia o de los Términos de Uso.

El hecho de que estén haciendo publicidad gratuita a los juegos no significa que no estén violando la propiedad industrial que tienen las desarrolladoras y distribuidoras, de hecho, significa todo lo contrario, pues están confesando que ciertamente hacen una comunicación al público del videojuego en el stream.

Ahora, en cuanto a que se presenta un “uso justo” derivado de un “uso transformativo”, cabe recordar que tal concepto es propio del Copyright para el cual es necesario hacer un análisis, de acuerdo con Lipson y Brain (2009, p. 282), en cuatro pasos: i) el propósito y carácter del uso, si es un uso comercial o si es un uso que no conlleva ninguna ganancia, ii) la naturaleza del obra sujeta a copyright, iii) la cantidad o proporción que es usada y iv) el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida por derechos de autor.

No se puede tapar el sol con un dedo: el propósito del uso que se hace de un videojuego en un stream termina siendo un uso comercial, sin mencionar que la naturaleza del videojuego es una obra audiovisual protegida, mientras que el *stream* es la captura de ese videojuego con

algunos elementos añadidos como la cámara del *streamer* y su voz, por lo cual, también concluimos que se está usando gran parte de la obra en un *stream*.

Que todos estos elementos se cumplan solo lleva al análisis de los efectos que puede tener el stream de un determinado videojuego en el mercado o el valor del mismo. Este análisis es fascinante, pues es cierto que en algunos casos el mercado de un determinado videojuego crece de forma exponencial gracias a los streams pero, de la misma forma, puede suceder exactamente lo opuesto si el videojuego no convence a los *streamers* que más influencia tienen en el medio.

Esta dualidad no puede tomarse a la ligera, ni es posible obviar casos en los cuales las ventas de los juegos se han visto mermadas significativamente, por lo que es bastante complicado aceptar la hipótesis de “un uso justo” por la mera dualidad. En realidad, la respuesta puede parecer más sencilla si tal dualidad es observada a través de los otros tres elementos, pues es claro que: (i) el uso de la obra en un stream es de la totalidad de la misma, (ii) es protegida por el Copyright y (iii) dicho uso es sin lugar a duda comercial. Así, podemos afirmar que no nos encontramos frente a “un uso justo”, mucho menos ante un “uso justo por uso transformativo” pues se está usando el videojuego con los mismos fines: el entretenimiento.

2.4.- La paradoja de una nueva costumbre.

Después de hacer un recuento de los argumentos que esgrimen los *streamers* ante la reclamación legítima realizada por Alex Hutchinson y de hacer seguimiento a los derechos que tienen los desarrolladores o distribuidores de los videojuegos, es claro los *streams* de videojuegos que se ven día a día en la plataforma de Twitch son abiertamente violadores de las licencias que los *streamers* han firmado y aceptado, pues no se encuentran bajo ningún tipo de uso justo, mucho menos se encuentra bajo algunos de los límites a los derechos patrimoniales

que tienen los derechohabientes en la legislación colombiana en virtud de la Ley 23 de 1982, la Ley 1680 de 2013, la Ley 1915 de 2018 y la Decisión Andina 351 de 1996.

Pero así como podemos afirmar lo anterior respecto de los *streamers*, también es necesario reconocer que la industria del streaming no va a desaparecer, pues juega un papel casi que fundamental dentro del ecosistema de los *gamers*, tal como lo han reconocido las distribuidoras y los desarrolladores, pues ellos mismos incentivan a los *streamers* a incumplir los términos de las licencias que les imponen y a hacer estos «directos», pues así se incrementa la cobertura que puede llegar a tener el juego.

Por tanto, nos encontramos ante una nueva “costumbre”, pues a pesar de que existe una violación clara a las licencias, quienes serían los encargados de perseguir a los infractores, no solamente omiten esa persecución, sino además incentivan a los infractores, para que la infracción perdure y, así, unos y otros se lucran con opulencia.

Estamos ante una clara manifestación de eficacia simbólica del Derecho de acuerdo con Mauricio García Villegas en su libro *La eficacia simbólica del derecho*, que en nuestro caso se extiende y materializa en la eficacia apenas simbólica de las estipulaciones contractuales (Términos y condiciones), puesto que al mismo tiempo que los obligados son plenamente conscientes de la infracción que se comete, la mitad de ellos está conforme porque la prohibición esté pactada, mientras la otra mitad está conforme porque no se cumple.

Esta connivencia ha tenido como resultado algunas cifras que son bastante interesantes, pues en octubre del 2021 se generó una filtración de las ganancias de todos los *streamers* de la plataforma de *Twitch* entre agosto de 2019 y octubre de 2021. Los valores pueden revisarse al buscar en Google *Twitch Earnings List*²⁰, pero algunos de los datos más importantes puede ser que xQc ha recibido en donaciones y suscripciones un total de \$8'454.427,17 de dólares,

²⁰ Uno de los sitios web que todavía mantiene esta información es <https://dotsports.com/streaming/news/full-list-of-all-twitch-payouts-twitch-leaks#gallery-0>.

Richard "Tyler" Blevins —o Ninja— ha recibido \$1'378.791,48 dólares teniendo en cuenta que entre agosto de 2019 y julio de 2020 realizaba streams en Mixer y GernaderJake —un streamer exclusivo de Destiny— ha recibido \$1'176.353,74 dólares en el mismo periodo pero solamente hace *streams* desde el viernes a medio día hasta el lunes a medio día.

Comparadas con las cifras astronómicas que mueve la industria, ciertamente estas cifras son una nimiedad que, sin embargo, debe llamar la atención, si hacemos una operación matemática sencilla, como p. ej. tomar lo que ha recibido GernaderJake, dividirlo en 26 meses y multiplicar el resultado por la tasa de cambio del dólar a pesos colombianos promedio de \$3.500 COP. Sería en todo caso más de 150 millones de pesos mensuales, suma que es 5 veces superior al salario del Presidente de la República y, en algunos muy excepcionales casos, podría corresponder al salario de muy altos directores de Corporaciones Privadas.

Esto pone en perspectiva un problema moral que trasciende lo económico: los *streamers* están obteniendo significativas ganancias, pero no están pagando ningún tipo de regalía, como lo haría un restaurante al usar música y acudir a las entidades de gestión colectiva. Esta nueva situación, desapercibida hasta ahora por ser considerada tabú, lucra a los perpetradores de las infracciones de las licencias, mientras que las distribuidoras y los desarrolladores cuyos derechos son violados, se limitan a aplaudir desde el fondo del salón, mirando hacia otro lado, dejando que el *quid pro quo* siga su curso, simplemente porque los infractores de sus derechos son, al mismo tiempo, el mejor medio con que cuentan para expandir su negocio publicitariamente.

3.- Música, licencias y Twitch.

Mientras los desarrolladores y las distribuidoras de los videojuegos aplauden a los *streamers* a sabiendas de que están violando sus licencias, la industria musical ha tomado

acción para que los *streamers* tengan que pagar regalías cada vez que reproducen canciones durante los *streams*.

Estas acciones han existido desde que el *streaming* de video surgió y se ha mantenido hasta el día de hoy, pero uno de los eventos más importantes fue la ola de reclamaciones por infracciones al copyright y los derechos de autor que tenían las disqueras y los músicos que, a falta de un mejor término, bombardeó a Twitch y los streamers en septiembre de 2020 y que generó el cierre de miles de canales de creadores de contenido para obligarlos a borrar todos los streams en los cuales se oía música por la cual no habían pagado o adquirido los derechos para comunicar públicamente.

La manera en la que la misma plataforma describió lo sucedido en noviembre de 2020 mediante un comunicado oficial fue la siguiente:

[...] Hasta mayo de este año, los streamers recibían menos de 50 notificaciones de la DMCA sobre música cada año en Twitch. Sin embargo, a partir de mayo, los representantes de los principales sellos discográficos empezaron a enviar **miles de notificaciones de la DMCA cada semana** en contra de los archivos de los creadores, principalmente fragmentos de pistas en clips de hace años. **Seguimos recibiendo grandes cantidades de notificaciones, y no esperamos que vayan a reducirse.** (Énfasis fuera del texto original) (Twitch Interactive, 2020b)

Claramente la plataforma fue sorprendida por la oleada de reclamaciones y, desde luego, sucedió lo mismo con los *streamers* que vieron cómo todo el contenido que habían producido tenía que ser eliminado por las reclamaciones, pero ¿Cómo se llegó a este punto? ¿Qué sucedía en los streams de *Twitch* en lo relacionado a la música?

3.1.- La realidad de Twitch.

Twitch ha tenido una gran cantidad de problemas por infracción del DMCA y los derechos de autor, pero uno de los aspectos que la plataforma nunca había tomado seriamente atañe a la música en los streams. A pesar de esto, la plataforma solo recibía al año aproximadamente 50 reclamaciones por uso indebido de música en los streams, lo cual hacía que la plataforma no considerara necesario tomar medidas para la “educación” de los *streamers*, ni implementara herramientas de detección o se prestara a imponer algo de transparencia en cuanto el manejo dado a las reclamaciones recibidas.

Todos estos elementos llevaron a la crisis por las reclamaciones en octubre del 2020 y dejaron en evidencia un problema fundamental de la plataforma: nunca se tomaron en serio las reclamaciones.

La más clara evidencia de la falta de intención de evitar futuras reclamaciones es que jamás existió un algoritmo dentro de la plataforma que detectara la música que estaba sujeta a protección durante los streams —algo que sí tiene YouTube— y, de esa forma, poder evitar eficazmente que se realizaran reclamaciones a los streamers o a la misma plataforma, algo similar a lo otrora sucedido en el caso Napster, cuando los usuarios comenzaron a descargar música de forma ilegal.

Claramente hay componentes similares en la situación que atraviesa *Twitch* y Napster, pero lo que resulta aún más llamativo es que en este caso *Twitch* está ganando una cantidad de dinero significativa por cada stream que se hace en la plataforma, pues todos los streams tienen publicidad durante las transmisiones, a menos que se trate de streamers que tengan *partnership* con Twitch.^{viii}

Es cuestionable que una empresa se lucre en una medida tan exorbitante con el trabajo de un tercero, pero es aún más cuestionable ganar obscenas sumas de dinero por un producto que ha sido producido ilegalmente.

Twitch es un espacio en el cual los aficionados de los videojuegos se reúnen para ver a su streamer favorito jugar u oírlo mientras habla con la comunidad, pues para los fanáticos no hay nada más ameno que tener algo de música de fondo para darle un ambiente más íntimo a la reunión... Pero una cosa es hacer una reunión en la casa con el núcleo familiar y otra muy distinta hacer una reunión con más de cien mil personas y poner la música desde Spotify o Apple Music, pues se está haciendo una comunicación al público de la obra y, por lo tanto, es un uso que requiere de autorización del derechohabiente o, por lo menos, de la remuneración por el uso.

Twitch y los streamers llegaron al punto de inflexión en septiembre del 2020 con las discográficas y los artistas justamente por no realizar pagos de regalías y por no solicitar el permiso para hacer uso de las canciones en el fondo de los streams, situación que es extrañamente similar a la que sucede con los videojuegos. Pero además de esto, hay dos situaciones particulares que merecen mención: las canciones que son denominadas *Copyright Free*²¹ al momento de ser fijadas en el stream y la música que se encuentra en los videojuegos.

Es muy común que los streamers decidan utilizar música que es *Copyright Free* en sus streams, pues es esa una forma de evitar cualquier tipo de «strike» por parte de la plataforma o una carta de «Cese y Desista» por parte de las discográficas, del artista, o del derechohabiente.

El problema que surge con este tipo de música en los streams es que en algún punto, el derechohabiente puede decidirse a proteger su obra y cambiar una licencia de Creative Commons a una más tradicional, evento en el cual la canción ya habrá quedado en el stream que ha sido guardado en la plataforma —práctica más que común al momento de hacer un stream en *Twitch*—.

²¹ Comúnmente se trata de música que por su uso no se deben pagar regalías, está protegida por una licencia de Creative Commons —una licencia que busca dirigirse hacia “algunos derechos reservados” o “sin derechos reservados” en lugar de “todos los derechos reservados” de las licencias tradicionales—.

Este tipo de situaciones ha llevado a que se hagan reclamaciones, superables en principio en razón del uso que se hizo de acuerdo con lo que establecía la licencia al momento de hacer la fijación en el stream; el problema, surge posteriormente, puesto que la pieza sigue estando disponible y a disposición del público después de producirse la modificación de la licencia. Por eso, se realizaron reclamos sobre estas canciones por un uso que no estaba autorizado de acuerdo con la nueva licencia.

Por otro lado, tenemos la música que se encuentra en los videojuegos y que ha sido plenamente licenciada a la desarrolladora o la distribuidora del videojuego mediante un contrato de sincronización tal como lo establecen Lipson y Brain (2009, p. 98) al establecer los elementos básicos que tienen los contratos de sincronización de una canción.

Este contrato, que es celebrado justamente entre el derechohabiente de la música que se quiere sincronizar y la desarrolladora o distribuidora, es meramente entre estas partes aunque se establezca la posibilidad de sublicenciar el uso de la canción.

La posibilidad de sublicenciar no resuelve el problema, pues tal como se estableció al hacer la revisión de las licencias de uso de Fortnite y de Destiny, el streamer no tiene la facultad de utilizar comercialmente la totalidad o partes del juego, lo cual lleva a que, al hacer uso de la música en su stream y hacer comunicación al público, está violando los derechos que tiene el derechohabiente de la música.

Si bien estas situaciones pudieron ser agravantes que contribuyeron en gran medida al colapso que presentó la plataforma por las reclamaciones de septiembre 2020, no constituyen el grueso de las infracciones a los Derechos de Autor y Copyright que se presentan en la plataforma, pues la realidad de *Twitch* es que la gran mayoría de los streamers utilizan música en sus streams a pesar de no tener la autorización para hacer la comunicación al público y, naturalmente, tampoco han pagado las regalías correspondientes a los derechohabientes o las

entidades de gestión colectiva, algo que a la plataforma jamás le había preocupado, hasta que se presentó la catástrofe ocurrida en septiembre del 2020.

3.2.- “Soundtrack” como solución inservible.

Como consecuencia del incremento abismal de las reclamaciones por los derechos de la música que era usada en la plataforma, nació una supuesta solución: Soundtrack by Twitch, una colección de música «curada» que se encuentra en una pista de audio distinta a la del resto del stream. Para hacer esta colección de música, Twitch llegó a acuerdos con aproximadamente 32 discográficas de todo el mundo según Twitch Interactive (2020a), pero en este acuerdo fue notoria la ausencia de las tres grandes discográficas: Sony, Warner y Universal²².

La supuesta solución ofrecida por la plataforma es realmente insuficiente, ya que la música se sigue oyendo durante la transmisión, pero no queda fijada en los servidores de la misma, situación que lleva directamente a cuestionar la eficacia de la solución propuesta, pues solo soluciona el problema de la fijación de la música, ignorando completamente la comunicación al público que se hace en un stream.^{ix}

Las canciones que se pueden utilizar son poco variadas, y lamentablemente el catálogo que tienen las discográficas que hacen parte de Soundtrack son muy poco conocidas, y si se suma a ello la falta de las tres grandes discográficas, tenemos un coctel perfecto: la ineficacia de la solución propuesta por Twitch.

La gran mayoría de los creadores de contenido siguen prefiriendo utilizar otros aplicativos que ofrecen música para amenizar sus streams, entre los cuales encontramos Spotify o Apple Music.

²² Dos años más tarde, el 27 de enero de 2022, Universal Music Group llegó a un acuerdo con Twitch y Amazon Music con el que se busca facilitar el acceso a la mayor cantidad de canciones a los streamers a cambio de un espacio especial dentro de la plataforma para que los músicos realicen streams.

A pesar de esta solución todavía tenemos el problema fundamental descrito en principio de este epígrafe: las canciones que son *Copyright-Free* o *Creative Commons* que habiendo quedado sincronizadas al terminar el stream, posteriormente, el derechohabiente decide cambiar la protección de la canción.

La verdad es que esta situación parece ser la excepción de la excepción, pero es algo que se presenta con cierta frecuencia y solamente reafirma la falta de compromiso de la plataforma y de los streamers a la hora de respetar los derechos de otras personas.

Ahora, esta situación no puede suceder con la música que se encuentra en Soundtrack pues esta no es fijada posteriormente, lo cual es una forma de hacer respetar el acuerdo al que llegó la plataforma con las 32 discográficas, pero cubre un porcentaje ínfimo de la música que es escuchada día a día en la plataforma por la falta de variedad en el catálogo de las disqueras.

Ahora, veamos qué pasa con la otra parte de la ecuación: la música de los videojuegos. La plataforma no hace ninguna mención de que Soundtrack funcione con la música que se encuentra en los videojuegos, por ello, todas las reclamaciones que se hacen por el uso de la música de los videojuegos en los streams siguen sucediendo, así que los streamers han optado por, en ciertas ocasiones, reducir el volumen que tiene la música de los videojuegos al máximo posible para que el algoritmo no detecte la situación. Evidentemente, esa no es una solución real, pues siguen haciendo una comunicación al público de la música que ha sido sincronizada con el videojuego. Todo esto lleva a una sola pregunta: ¿para qué sirve la solución Soundtrack?.

La realidad es que esta “solución” presentada por la plataforma solamente sirve para evitar que en sus servidores se generen reproducciones de las canciones de las 32 discográficas que hacen parte de Soundtrack. Eso equivale a lavarse las manos poniendo una herramienta que supuestamente evitaría que los streamers siguieran violando los derechos de autor y el copyright al momento de ambientar sus streams con música. Pero esa solución solo hace que los streamers tiendan a otros medios para ambientar sus streams, medios que en todo caso

siguen infringiendo los derechos de autor, el copyright y las licencias sobre la música que, p. ej., está en Spotify o Apple Music.

3.3.- Términos y Condiciones de Spotify y Apple Music.

Las licencias de los videojuegos y los Términos y Condiciones de las plataformas digitales de música tienen un papel crucial en la problemática que se plantea, pero son comúnmente víctimas de la pereza del usuario al momento de ser leídas.

Esta situación ha llevado a muchos malentendidos respecto de los derechos que se tienen de acuerdo con estos contratos, y esos malentendidos llevan a una violación sistemática de los contratos. Entonces, surgen dos preguntas ¿qué establecen los Términos y Condiciones de Spotify y Apple Music? Y, por consiguiente, ¿Los streamers pueden usar la música de Spotify o de Apple Music en sus streams?

Para responder a estas preguntas es necesario revisar los Términos y Condiciones de ambas plataformas²³ para posteriormente responder cuáles son los derechos que tienen las personas, y si los streamers pueden hacer o no uso de las canciones en sus *streams*.^x

Iniciando con los Términos y Condiciones de Apple, estos son aplicables a todos sus servicios, como AppleTV, Apple Store, Apple Books, Apple Arcade, Apple Music etc., por lo tanto, al momento de hacer mención del contenido de los servicios se hace mención a cualquier elemento que se encuentre en estos servicios.

Entonces, en el apartado de “SERVICES AND CONTENT USAGE RULES” encontramos las restricciones y los usos que son permitidos por parte de Apple con sus usuarios, estableciéndose que *“Your use of the Services and Content must follow the rules set forth in this section (“Usage Rules”). Any other use of the Services and Content is a material*

²³ Se tomará como referencia a ambas plataformas por ser las dos plataformas que tienen la mayor cuota del mercado del streaming de acuerdo con Statista (2021)

breach of this Agreement.” (Apple, s. f.). Así, es clara la consecuencia para cualquier uso que no esté considerado dentro del acuerdo, lo cual lleva a analizar cuáles son los usos que sí están permitidos por parte Apple, habiendo quedado establecidas dos categorías: los usos que son generales a todos los servicios y los que son específicos de cada servicio.

En cuanto a los usos que son de todos los servicios se han establecido 9 literales, siendo especialmente llamativos el primero y el segundo. El primer literal establece una terminología bastante similar considerando lo que hemos conocido de las Licencias de Usuario del Software, pues establece que el usuario puede hacer un uso personal y no comercial: *“You may use the Services and Content only for personal, noncommercial purposes (except as set forth in the App Store Content section below).”* (Apple, s. f.). Esta terminología se ha repetido constantemente en las licencias y los términos del servicio revisados en esta investigación y, para ser sinceros, no es una sorpresa que todas establezcan en un primer momento este tipo de prohibición.^{xi}

Ahora, el literal segundo de las reglas de uso establece que no se transfiere ningún derecho comercial o promocional al usuario —por lo cual queda completamente invalidado el argumento que tienen los streamers alegando que están haciendo “promoción” al artista sin que medie un contrato— tal como se lee a continuación: *“Apple’s delivery of Services or Content does not transfer any commercial or promotional use rights to you, and does not constitute a grant or waiver of any rights of the copyright owners.”* (Apple, s. f.).

Queda completamente claro cuáles son los derechos transferidos a las personas que tienen una suscripción a Apple Music, pues solamente tienen derecho a hacer uso de la música con fines no lucrativos y en un ámbito que sea considerado como personal de acuerdo con lo que se ha establecido previamente.

Ya que existe claridad en los derechos que tiene un usuario del servicio de Apple Music, es momento de establecer los derechos de los usuarios de Spotify. Los Términos y Condiciones

de Uso de la plataforma constan de 7 numerales, siendo el tercero el correspondiente a “El uso del Servicio de Spotify”, en el cual encontraremos un inciso que es bastante familiar en este punto del documento.

Al hacer referencia los derechos que tienen los usuarios de la plataforma, la misma ha establecido que “ Le otorgamos un permiso limitado, no exclusivo y revocable para hacer uso personal y no comercial del Servicio de Spotify y su Contenido” (Spotify A.B., s. f.), muy en línea de lo establecido en los Términos y Condiciones de Apple Music y de las Licencias de Uso de los videojuegos, en donde solamente se autoriza un uso personal y no comercial por parte del usuario que ha adquirido los servicios.

Aún a pesar de la claridad del primer acápite ya mencionado, la plataforma considera necesario hacer una aclaración respecto de la fijación de copias que se hace en la propia plataforma cuando se reproduce o se descarga una canción, ante lo cual establecen:

Las aplicaciones de software de Spotify y el Contenido tienen licencia, no se venden ni transfieren a usted, y Spotify y sus licenciatarios **retienen la propiedad de todas las copias en las aplicaciones de software de Spotify y el Contenido, incluso después de instalarlos en sus Dispositivos.** (Énfasis fuera de texto original) (Spotify A.B., s. f.)

Si bien este acápite funciona realmente como un prefacio del siguiente título de los Términos de Spotify, el cual establece los derechos de propiedad de Spotify, nos permite descalificar cualquier tipo de argumento que pueda esgrimirse al establecer que se es dueño de las fijaciones que se hacen en el teléfono celular, computador, tableta o cualquier otro tipo de dispositivo en el cual pueda operar el software de Spotify y permita hacer fijaciones al descargar las canciones.^{xiii}

Ahora, la plataforma ha establecido claramente que todo el contenido es propiedad de ellos o de sus licenciados, por lo cual no existe una transferencia de derechos a favor del usuario, meramente se le otorga la posibilidad de utilizar el servicio y disfrutar de la música de forma personal y no comercial, que puede ser revocada por Spotify si se incumplen las pautas que le son entregadas al usuario.

Por lo tanto, y después de hacer la revisión de los Términos y Condiciones de ambas plataformas, es más que aceptable establecer que la mayoría de las plataformas de streaming de música utilizan un modelo de negocio similar, en el cual los usuarios no son dueños de absolutamente nada, ni siquiera de las canciones que han descargado o de las playlist que han creado en la aplicación y, adicionalmente, está limitado a un uso personal no comercial, con lo cual queda descalificado cualquier uso que implique una remuneración so pena de que las plataformas terminen el contrato por un incumplimiento explícito... algo que pasa con los streams en Twitch a pesar de lo que muchos quieran decir.

3.4.- El dilema de la atemporalidad.

Cuando se trata de definir aquello que es atemporal —o, más bien, aquello que es contemporáneo— es imperativo hacer una mención especial a Giorgio Agamben.

El filósofo italiano realizó un seminario en 2007, en el que dio una explicación clara de lo que puede entenderse como contemporáneo, concluyendo lo siguiente:

Ello significa que el contemporáneo no es solamente aquel que, percibiendo la oscuridad del presente aferra la inamovible luz; es también aquel que, dividiendo e interpolando el tiempo, está en grado de transformarlo y de ponerlo en relación con los otros tiempos, de leer de modo inédito la historia, de “citarla” según una necesidad que

no proviene en algún modo de su arbitrio, sino de una exigencia a la cual no puede no responder. (Agamben, 2008)

La proposición de Agamben es aplicable a un aspecto fundamental de toda la situación que se ha presentado con la música y los videojuegos: ¿cómo podemos traer las mismas reglas y decisiones que se han presentado en la industria de la música respecto del uso comercial del fonograma sin previa autorización al streaming de videojuegos?

Aplicando la proposición de Agamben, es decir la de buscar las respuestas a nuestro problema en el pasado, es posible encontrar una respuesta en dos casos particulares de los tribunales de Estados Unidos: i) el caso de UMG Recording, Inc. v. Escape Group, Inc. et al, caso en el cual se establece que Escape Group, y sus fundadores, son responsables directa e indirecta —o secundaria—²⁴ de violaciones al copyright y ii) el caso de Sony Computer Entertainment of Am. v. Bleem LLC, caso en el cual se establecen algunos lineamientos para identificar si existe un *Fair Use* por parte de Bleem al realizar lo que es conocido como un pantallazo de los juegos de Sony, particularmente del videojuego *Gran Turismo*, y la forma en la que el tribunal asume la regla de los cuatro pasos para determinar si existe, o no, un *Fair Use*.

Entonces, el caso UMG Recording, Inc. v. Escape Group, Inc. et al. consta, realmente, de más de dos partes. En este caso los demandantes son Arista Music, Arista Records LLC, Atlantic Recording Corporation, Elektra Entertainment Group Inc., LaFace Records LLC, Sony Music Entertainment, UMG Recordings Inc., Warner Bros. Records Inc. y Zomba Recording LLC —en adelante las vamos a conocer como los demandantes— contra Escape

²⁴ El término “secondarily liable” utilizado en el Common Law se entiende como responsable indirectamente, entonces nos encontramos ante la responsabilidad indirecta en un conflicto civil.

Media Group, Inc., Samuel Tarantino y Joshua Greenberg —en adelante los vamos a conocer como Grooveshark, el nombre comercial que tenía su plataforma de streaming de música—.

El litigio entre estas partes se presentó debido a que Grooveshark funcionaba similar a como lo hace Spotify, pues era una plataforma de streaming de música en la cual esta no era descargada a la computadora del usuario. Pero a diferencia de Spotify, Grooveshark no tenía ningún tipo de licencias o permisos para explotar el material de los demandantes, material que se encontraba protegido por el copyright. Ahora, el medio de remuneración o de lucro por parte de Grooveshark provenía de dos avenidas: mediante publicidad que se encontraba en la página web, o mediante una suscripción que pagaban los usuarios... muy similar a cualquier servicio de streaming —incluido Twitch—.

Ante estos hechos, el Tribunal establece la siguiente afirmación que, hoy en día, se mantiene firme y es aplicable de acuerdo con todas las reclamaciones que se hacen a los streamers de plataformas como *Twitch* al usar música protegida por el copyright: “Courts have found that **the unauthorized reproduction, distribution, and public performance of sound recordings via the internet violates the Copyright Act.**” (Énfasis fuera de texto original) (Tribunal Del Distrito Sur De Nueva York, 11 Civ. 8407 de 2014). Por lo cual, y debido a que Grooveshark nunca denegó ni deslegitimó los derechos que tenían los demandantes, se llegó a la conclusión de que estos habían cargado 5.977 copias ilegales de música protegida por el copyright y que se habían reproducido, aproximadamente, 36 millones de veces dichas copias.

Debido a estas actuaciones, y debido a la solicitud de los demandantes de que se condene a Grooveshark por responsabilidad directa e indirecta, el tribunal establece que sí existió una responsabilidad directa debido a que los demandados ordenaron a los empleados que cargaran las copias de la música a su plataforma, a sabiendas de que no tenían ningún tipo de licencia u autorización para hacerlo.

En cuanto a la responsabilidad indirecta, el Tribunal analiza tres tipos: i) responsabilidad vicaria, ii) de incitación a infringir el copyright o inducción a la infracción y iii) de contribución a una infracción al copyright. En cuanto a estos tipos de responsabilidad, el tribunal estableció y concluyó que los tres se ajustan al comportamiento realizado por la empresa Escape Media Group, Inc., y procede a sancionarlos de acuerdo a cada uno de los tipos de responsabilidad.

De la misma forma, a los cofundadores de la empresa, Tarantino y Greenberg se estableció que también deben ser responsables directa e indirectamente de la infracción al copyright de los demandantes debido al criterio de la responsabilidad de los funcionarios corporativos, pues ellos dirigieron las infracciones o violaciones por cinco razones fundamentales enumeradas por el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York (2014): i) haber creado un modelo de negocio basado en la explotación de material sin licencia para ello, ii) enviar instrucciones por escrito a los trabajadores de la empresa para operar “seeding points” para que se pudiera lanzar la plataforma, iii) la dirección de la creación de la Biblioteca Central de Música con la que operaba Grooveshark al ordenarle a los empleados cargar la música que tuvieran, iv) el lanzar la plataforma Grooveshark y seguir expandiendo la Biblioteca Central de Música y, por último pero no menos importante, v) por cargar, personalmente, material que se encontraba protegido por el copyright a su plataforma.

Ahora, el caso de Sony Computer Entertainment of Am. v. Bleem LLC consta de únicamente ambas partes y, como se había establecido anteriormente, el litigio gira alrededor de si Bleem LLC —en adelante Bleem— realizó un uso justo de *Gran Turismo*, videojuego propiedad de Sony Computer Entertainment of Am. —en adelante Sony— al tomar una

captura de pantalla y utilizarla en su publicidad para vender el emulador²⁵ que habían desarrollado Randy Linden y David Herpolsheimer, quienes componían la totalidad de trabajadores de Bleem LLC.

Ante estos hechos el Tribunal de Apelaciones establece que desde 1841 existen las excepciones a la ley del Copyright, estas excepciones son conocidas como el *Fair Use*. Estas excepciones doctrinales, que son adoptadas por la Corte Suprema de Estados Unidos y los tribunales estadounidenses, permiten darle un grado de flexibilidad a la aplicación del Copyright al momento de revisar cada caso que se presenta, por lo cual es necesario establecer los cuatro elementos que se revisan, en cada caso, para determinar la existencia de un *Fair Use*: i) el propósito o el carácter del uso que se hace de la obra protegida, ii) la naturaleza de la obra protegida, iii) la cantidad y sustancialidad de la porción de la obra que es usada en relación con la obra protegida como una totalidad y iv) el efecto que puede tener dicho uso en el mercado o en el valor de la obra protegida.

Habiendo presentado los elementos, el tribunal procedió a hacer una revisión de los supuestos fácticos del caso y cómo se ajustan al primer elemento, es decir: el propósito o el carácter del uso que se hace de la obra protegida. El tribunal determinó que, efectivamente, Bleem copió la obra protegida de Sony con fines comerciales debido a que, tal como lo había aceptado el demandado, estos realizaron las capturas de pantalla del videojuego y utilizaron estas fotos en el material publicitario de su emulador, pero esto no es suficiente para concluir que no existe un *Fair Use* pues el uso que hace Bleem es de carácter comercial y con fin de hacer una comparación de cómo se percibe el videojuego al ser reproducido en un computador

²⁵ Un emulador puede describirse, de forma sencilla, como un adaptador que permite a un programa de computadora, en este caso un videojuego, funcionar y ser reproducido en una plataforma diferente a la original. V. g. Un emulador que permite que una persona juegue videojuegos de Nintendo en un computador.

respecto de cómo se percibe cuando era reproducido en la consola de Sony, por lo cual el tribunal afirmó que Bleem tiene este primer elemento a su favor.

En cuanto al segundo elemento, el de la naturaleza de la obra protegida, el tribunal realmente no hace un examen exhaustivo o profundo del mismo pues establece que “This factor is of most relevance to the fair use analysis when the original material and the copy are of different nature” (Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 214 F.3d 1022 de 2000). Por lo cual, y teniendo en cuenta que tanto la obra protegida como la captura de pantalla son el mismo producto pero con distintas connotaciones pues “the copyrighted work is creative in nature generally, a screen shot is not necessarily a screen shot is merely an inanimated sliver of the game” (Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 214 F.3d 1022 de 2000), el tribunal afirmó que este elemento no era de gran ayuda para Sony pero tampoco perjudicaba a Bleem, por lo cual, solamente se hace una mención breve al mismo.

El tercer elemento retoma lo que establece el tribunal al afirmar que una captura de pantalla es meramente un fragmento inanimado del juego y establece qué “the greater the degree of copying involved and the closer those copies are to the essence of the copyrighted work, the less likely the copying is a fair use” (Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, 214 F.3d 1022 de 2000), por lo cual procede a evaluar qué tan grande es el porcentaje de la obra que se está usando en el caso. Para hacer eso, el tribunal afirmó qué comúnmente —en el año 2000— las películas corrían a 24 fotogramas por segundo²⁶ y el video a 30 fotogramas por segundo y, por lo tanto, una captura de pantalla es nada más que 1/30 del videojuego. Esta afirmación puede llegar a ser bastante controversial debido a que, realmente,

²⁶ Para explicar lo que son los fotogramas por segundo es necesario establecer que para crear la sensación de que se está ante un video lo que hace es proyectar imágenes de forma sucesiva y rápidamente, lo cual genera la ilusión que hoy en día llamamos video. Entonces, si un video tiene 30 fotogramas por segundo significa que en cada segundo del video se están proyectando 30 imágenes en secuencia y a gran velocidad.

una captura de pantalla es nada más un instante de juego, no es exactamente 1/30 del juego pero, aún a pesar de ello, no es una aseveración incorrecta de acuerdo con la descomposición realizada por el Tribunal de Apelaciones en su momento.

En cuanto al cuarto elemento, el que puede considerarse como el más importante de todos, el Tribunal de Apelaciones hizo una mención de suma relevancia en cuanto a lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha extendido la aplicación de este elemento más allá de la mera afectación al mercado, sino que también aplica para el mercado potencial. Para revisar si existe una afectación de cualquier índole, el Tribunal de Apelaciones estableció que es necesario saber cuál es el mercado afectado. Ante esto se analizó que Sony establece que el mercado es el de las capturas de pantalla mientras que Bleem afirma que este mercado no existe, ante lo cual el Tribunal de Apelaciones accedió y estableció que este mercado no existe.

Pero lo realmente importante e interesante de esta decisión, es que el Tribunal de Apelaciones entra en la suposición de que dicho mercado existiera hipotéticamente, ante lo cual la respuesta que presenta el Tribunal de Apelaciones es que, sin lugar a dudas, el uso de Bleem seguiría siendo un uso justo, a pesar de ser un uso comercial, pues si las ventas de las consolas de Sony disminuye no va a ser debido a las capturas realizadas por Bleem, sino por la superioridad del emulador del demandado y que, aún así, es necesario recordar que el uso comercial de una obra protegida por el copyright es permitido cuando se trate de un uso comercial con fines de comparación.

Es en este punto que el Tribunal de Apelaciones zanjó la disputa entre Sony y Bleem al establecer que el segundo realizó un *Fair Use* del material de Sony, pues a pesar de que se trató de un uso comercial de la obra de Sony, el porcentaje que se utilizó fue, realmente, mínimo y este mismo uso no afectó directamente el mercado de Sony y, adicionalmente, es uno de los típicos usos de comparación que está permitido dentro de la regulación del Copyright.

Hasta este punto, es claro que la jurisprudencia del Copyright nos brinda suficientes herramientas para llevar a cabo los mismos juicios que ya han sido llevados a cabo en otras áreas del derecho del entretenimiento, tal como en la música, y que existen suficientes argumentos jurídicos para utilizar estas herramientas con miras a iniciar una regularización de los streamers... pero si teniendo las herramientas y los argumentos, ¿por qué no tenemos un solo precedente judicial en el que el derechohabiente haga valer los derechos que le han sido vulnerados clara y abiertamente?

4.- El grande, el mediano, el pequeño y el resto.

La industria de los videojuegos está enfrentando el fenómeno del internet de forma tardía pero, al mismo tiempo, en una forma evolucionada. Ya no se está preguntando si descargar un videojuego mediante un sitio de un tercero y sin realizar el pago es ilegal o no, lo que se cuestiona es si el streaming de videojuegos —y la creación de contenido en general— es ilegal y, si es así, qué tipo de responsabilidad tienen los streamers y las plataformas de streaming como *Twitch*.

Pero al mismo tiempo que se realizan estos cuestionamientos, no se puede dejar de cuestionar la vigencia del Derecho de Autor o del Copyright ante una situación que era completamente imposible de prever al momento de la creación y expedición de estas leyes que buscan proteger los derechos de los creadores de una obra, derechos que han estado siendo violados por unas determinadas personas durante más de ocho años debido a una “laguna” que se ha formado con el avance en la tecnología y en los medios de comunicación.

En este momento estamos ante una era en donde las estrellas de Hollywood no son las personas más famosas del mundo pues los streamers están cerca de tomar este asiento y relegar a los actores y estrellas de Hollywood a un segundo plano, pues cada día hay más personas que

están ingresando a la industria de los videojuegos como consumidores de los juegos o como consumidores de los streamers.

4.1.- La Responsabilidad Vicaria.

Cuando pensamos en el tipo de responsabilidad que recae sobre los streamers, es claro que podemos, al menos en la legislación colombiana, iniciar un proceso civil por una responsabilidad contractual por la violación de la licencia de usuario final que ha aceptado al momento de realizar la compra del videojuego y, adicionalmente, podría iniciarse un proceso penal de acuerdo con el numeral 1 del artículo 271 del Código Penal después de hacer el análisis de que un stream es, sin lugar a dudas, una comunicación al público.

Pero ¿qué haríamos en contra de aquellos que fundaron *Twitch*, quienes son dueños de la plataforma y en contra de la plataforma propiamente dicha? Podríamos iniciar un proceso civil por una responsabilidad extracontractual, pero la plataforma, los dueños y los fundadores de ésta no han llevado a cabo ningún tipo de violación que pueda dar inicio al proceso civil, y nos veríamos forzados a establecer una responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica por hecho propio, en este caso Twitch Interactive Inc.

Pero, para ser sinceros, este tipo de responsabilidad puede llegar a verse controvertida con el mero alegato de que la plataforma establece claramente en los Términos de Servicio que todo contenido que es subido a la plataforma por los streamers ya ha debido estar autorizado y ha debido tener todas las licencias necesarias y, en caso de que no fuere así, el streamer es quien responde, pues es quien tiene un contrato directo con las desarrolladoras o distribuidoras de los videojuegos.

Ahora, encontraremos que tampoco es posible predicar una responsabilidad extracontractual de la plataforma y los fundadores *Twitch* debido a la culpa exclusiva y determinante de un tercero, como un eximente de la responsabilidad extracontractual, por lo

que sigue siendo necesario encontrar un modo de responsabilizar a los infractores, encontrando un tipo de responsabilidad que le aplique a *Twitch* como facilitador e incitador de las infracciones a los derechos de autor y el copyright que tienen los desarrolladores y las distribuidoras.

Ante la total inexistencia de precedentes a este respecto en las cortes de nuestro país, es en este punto que analizaremos a profundidad lo establecido por el Tribunal Del Distrito Sur De Nueva York en el caso de *UMG Recording, Inc. v. Escape Group, Inc. et al*, en relación con lo que podemos entender como responsabilidad indirecta y, particularmente, la responsabilidad vicaria en la infracción al Copyright, para posteriormente establecer unas reglas especiales que sigue la responsabilidad vicaria utilizada por el Tribunal y, así, establecer un medio a través del cual podrían ser responsables *Twitch* y sus creadores por las violaciones que han realizado los streamers en tal plataforma.

Así las cosas, debemos comenzar estableciendo una regla básica de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.* de 1984: “The Copyright Act does not expressly render anyone liable for infringement committed by another.” (Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, 464 U.S. 417, 1984), con lo cual podríamos establecer que normativamente es improcedente establecer cualquier tipo de responsabilidad indirecta en el sistema del Common Law, pero doctrinalmente se ha establecido que este tipo de responsabilidad puede predicarse siempre y cuando el juez lo considere justo y apropiado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal encontró más que justo y apropiado para el caso aplicar la responsabilidad indirecta y, por lo tanto, se explayó realizando un análisis de los tres tipos de responsabilidad indirecta que se puede encontrar en el caso, la responsabilidad vicaria en las infracciones del Copyright, el inducir a la infracción del Copyright y, por último, la contribución a la infracción del Copyright. De estos tres tipos de responsabilidad indirecta,

es claro a que hacen referencia los últimos dos tipos, pues hacen referencia al hecho de inducir y contribuir a la infracción al Copyright, pero no es tan claro respecto de la responsabilidad vicaria que predica el Tribunal.

El Tribunal establece que “A defendant is liable for vicarious copyright infringement if it profits from direct infringement while declining to exercise a right to stop or limit it.” (Tribunal Del Distrito Sur De Nueva York, 11 Civ. 8407 de 2014) y genera una carga probatoria para el demandante que busca proteger sus derechos pues este debe probar que el demandado tenía el derecho y la habilidad para supervisar la actividad con la que se están violando los derechos y, adicionalmente, debe probar que este tiene un interés financiero directo en esas actividades. Entonces, es claro que existe un doble componente para declarar este tipo de responsabilidad indirecta pues, por un lado, se requiere que la persona a la que se busca hacer responsable por la infracción de un tercero debe tener tanto el derecho como la habilidad de supervisión de dichas actividades, algo que puede resonar como una figura de inspección, control y vigilancia, en caso de ser una entidad pública, o la Dirección Nacional de Derecho de Autor, pero realmente se hace referencia más bien a la “esfera de control” que tiene la persona sobre esas determinadas actividades.

Esta esfera de control viene siendo uno de los factores determinantes al momento de establecer la responsabilidad vicaria pues surte las funciones de relación de causalidad y de legitimidad por pasiva del demandado, pues busca establecer si realmente la persona tenía un grado de control, supervisión y, de alguna forma, posibilidad de tomar decisiones respecto de la actividad infractora que se ha presentado y por la cual está siendo demandado. Es por esto que este primer elemento es sumamente importante, pues si se presenta se continúa con el proceso del juicio respecto del interés económico que tenía la persona sobre estas actividades, pero en caso de no encontrarse probado este componente, encontramos que la responsabilidad que se predica es meramente la de un intermediario, facilitador o asistente de las actividades

constitutivas de violación, lo cual derivaría en que sería considerado como un contribuidor a la infracción y solo debería responder, indirectamente, como un contribuidor.

Hasta este punto podemos encontrar que se presenta un elemento común de la responsabilidad vicaria que distintos sistemas jurídicos del mundo han establecido como necesario, pero el factor diferenciador que se establece en la jurisdicción estadounidense proviene de la antigua Roma, pues estos han agregado el principio de *Ubi emolumentum ibi onus esse debet* como el segundo factor determinante para la responsabilidad vicaria. En este segundo elemento se revisa si el demandado tiene algún tipo de interés económico que se ve reflejado en la causación de un beneficio económico directo gracias a la actividad infractora, para lo cual es necesario esclarecer que este tipo de beneficio no se mide en la cuota del mercado que ha ganado, ni en la suma de los ingresos derivados de las actividades o la comparación de beneficios-perdidas causadas entre ambas partes, pues lo que realmente se observa y se tiene en cuenta para establecer que existe una responsabilidad vicaria es si sí existió, y se percibió, un beneficio económico a favor del demandado.

Es así que, observando los requisitos, resulta claro que podemos adecuar el comportamiento de *Twitch*, los directivos y los creadores de la misma al comportamiento que se debe predicar de aquella persona natural —o jurídica en el caso de la plataforma como empresa— a la cual se quiera hacer responsable por la violación al Copyright vicariamente. Es claro, entonces, que podemos encontrar una figura pertinente mediante la cual hacer valer los derechos que se han mencionado y establecido ampliamente en los capítulos anteriores. Pero a pesar de que encontramos esta solución bastante clara y que no requiere mayor adaptación para su aplicación directa y efectiva, encontramos que los desarrolladores y distribuidores no han ejercido sus derechos mediante una acción que les permitiría arremeter directamente contra *Twitch*, o al menos eso es lo que encontramos a simple vista.

4.2.- Un precedente llamativo.

Anteriormente se mencionó un suceso que fue bastante llamativo respecto de los derechos que tiene Nintendo sobre sus videojuegos y la forma en la que la distribuidora toma más en serio la protección de sus obras, al punto de haber censurado patéticamente su propia publicación por la música que usaban en el video con el cual estaban promocionando el juego de *Legend Of Zelda: Skyward Sword HD* en Facebook, pero uno de los precedentes más cercanos y preocupantes lo encontramos a finales de marzo de 2022, pues varios de los creadores de contenido de *Destiny 2* recibieron notificaciones en las cuales se les ordenaba quitar los videos más recientes de sus canales, pues se había llevado a cabo una reclamación de Copyright.

Naturalmente, estas reclamaciones vinieron de la mano de un cambio en las “políticas” respecto del contenido permitido —o tolerado— por la distribuidora en enero del 2022. Este cambio en las políticas se centró específicamente en los OST o Original Soundtrack²⁷ que eran publicados por creadores de contenido en plataformas como YouTube, lo cual llevó a que Bungie, la distribuidora y desarrolladora de *Destiny*, tomara acciones legales en contra de este contenido pues infringía una “política” que se encuentra en el encabezado de *Intellectual property & trademarks* y que establece unos parámetros para que el contenido creado por los fans no represente una “violación” a sus derechos.

En estos parámetros se encuentra, respecto del contenido como los videos de YouTube, que “*we will generally not request takedown if at least 20% of the content within the video has been created by the player.*” (Bungie Inc., s. f.-b) lo cual es, realmente, un parámetro completamente subjetivo pues en ningún momento se establece lo que se entiende como el 20%

²⁷ El Original Soundtrack es la música que es compuesta para el videojuego y que es creada por los compositores de Bungie.

que debe ser creado por el jugador²⁸ al punto que, en el siguiente párrafo, se establece que el 20% no puede entenderse como unos bordes del video que conste del 20% de las imágenes proyectadas o el 20% de la duración del video... Lo cual deja un vacío legal que se llena a conveniencia del derechohabiente.

Pero esta no es la parte más preocupante o sorprendente, puesto que en el último párrafo se establece que el streaming es otro medio viable para compartir contenido creado por la comunidad de Destiny en plataformas tales como *Twitch*, que estas plataformas les permiten monetizar el contenido por medios como donaciones y suscripciones, y por lo tanto, para establecer el parámetro es necesario dirigirse a lo que establece DIRECTAMENTE la plataforma de streaming.^{xiii}

Pero, ¿qué sucedió con los videos que fueron denunciados por violar los derechos de Bungie en marzo del 2022? ¿violaban la política del 20% que ha establecido el derechohabiente? La realidad es que todas estas reclamaciones fueron realizadas por una persona, o varias, haciéndose pasar como un contratista que tiene Bungie con el único fin de defender los derechos sobre la propiedad intelectual de la misma, lo cual fue declarado por la misma compañía mediante una demanda presentada ante el Tribunal del Distrito Occidental de Washington el 25 de marzo de 2022 mediante el caso 2:22-cv-00371.

Esta demanda presenta un antecedente sumamente importante en lo que respecta a los creadores de contenido y lo que los derechohabientes —sean desarrolladoras o distribuidoras— consideran que es la creación de contenido pues en el numeral 104 de la demanda se establece que el contenido que fue objeto de ataque había sido cargado bajo una supuesta licencia pues obedecía las políticas de la compañía respecto de la creación del contenido, siendo algo completamente absurdo, pues en el numeral 155, 156 y 157 de la misma demanda se establece

²⁸ Esto hace referencia a los creadores de contenido como tal que, inevitablemente, siguen siendo jugadores.

que la LSLA —Acuerdo de Licencia Limitada de Software— de Bungie prohíbe a los usuarios **“copy, reproduce, distribute, display or use any part of this Program except as expressly authorized by Bungie”** (Énfasis fuera de texto) (Bungie Inc., s. f.-a) y que el contenido creado por los demandados viola la licencia de Bungie por lo cual, dicho contenido fue objeto de reclamación por parte de la derechohabiente y se presentó un incumplimiento de la licencia por parte de los demandados, lo que conllevaría a una compensación económica que sería probada durante el juicio, lo cual es completamente contradictorio con lo establecido en el numeral 104.^{xiv}

De acuerdo con lo establecido por la demanda, los creadores de contenido y los streamers tienen que atenerse a un Acuerdo de Licencia Limitada de Software y a unas guías o parámetros establecidos por el derechohabiente para que su contenido no sea perseguido, lo cual es completamente diferente a afirmar que su contenido no sea considerado como una violación a la propiedad intelectual que tiene Bungie, con lo cual encontramos que esta dualidad en los criterios para establecer si existe una violación a los derechos del derechohabiente son completamente irrelevantes, por una sencilla razón: no importa si el contenido se ajusta tanto a los parámetros establecidos, siempre es considerado como una violación al derecho, solamente que no se van a tomar medidas, siempre y cuando se cumplan tales parámetros.

Esta razón es, fundamentalmente, un problema clave para el Copyright y el Derecho de Autor pues establece efectivamente que no van a existir consecuencias por infringir los derechos que se han otorgado claramente en la ley y en los contratos, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos oscuros y subjetivos. Un problema de tal magnitud debería llevar a una reconsideración de la legislación y la disposición de quienes pueden ejercer un control sobre estas violaciones sistemáticas a los derechos presentes en los videojuegos por medio de videos de YouTube o streams en plataformas como Twitch.

Más preocupante aún es la situación de los streamers, pues no es posible llevar a cabo alguna argumentación en cuanto al cumplimiento del 20% de aporte del streamer requerido por Bungie, en especial si decidimos extrapolar los lineamientos que tienen establecidos para el contenido de videos de YouTube a los streams en Twitch, pues es claro que no se toman en cuenta los marcos dentro de este 20% y no puede haber una edición que pueda cumplir el requisito, por cuanto es contenido creado en directo, lo cual debería llamar realmente a una reconsideración de las normativas actuales respecto de este tipo de situaciones, dado su alto impacto económico.

4.3.- ¿Dónde están los reguladores?

Situaciones irregulares en las cuales encontramos un impacto económico sustancial siempre han sido un punto de focalización por parte de los reguladores, ya sea para llenar vacíos legales o para modernizar la regulación que, por el paso del tiempo, ha quedado relegada.

Este no es el caso de la legislación que rige los Derechos de Autor o el Copyright, pues son dos aspectos del espectro legal que han sido relegados por unas legislaciones que no se han ajustado a los requerimientos bastante exigentes que ha establecido la sociedad con el paso de los años, al punto que solamente hasta julio de 2021 podemos encontrar una sentencia colombiana que establece, con claridad, un test para determinar un plagio en materia de software, el cual es “importado” de los tribunales y las decisiones norteamericanas sobre la materia.

Esta realidad no es para nada una sorpresa, en los últimos 30 años la industria del entretenimiento ha evolucionado a pasos agigantados, tan solo hace 15 años el medio idóneo para ver películas en casa era alquilarlas en Blockbuster y, ahora, las personas pueden optar por su plataforma de streaming de películas y series favoritas. O, para irnos un poco más atrás, quién iba a pensar que cuando Apple inició la venta de canciones individuales de los álbumes

que eran publicados en iTunes en el año 2003, este proceso nos llevaría a hacer streaming de música a través de las diversas plataformas que, hoy en día, se encuentran en el mercado. Pero todos estos ejemplos tienen un punto en común, cual es haber roto las barreras, con lo que se han generado disputas legales por falta de regulación y de claridad sobre la forma en la que las normas que rigen estas actividades, y sobre cómo se pueden aplicar a estos nuevos paradigmas y exigencias.

Es por esto que es válido preguntarse en dónde se encuentran los reguladores, pues todo lo que está sucediendo con el streaming de videojuegos es un mercado que está fuera de control y que no sigue las normas que se han establecido, es un espacio en el cual los derechos no solamente son violados sino que todas las partes se lucran debido a que no hay quien haga valer la ley. Si bien todo esto es completamente cierto, la pregunta que realmente es necesario hacerse es ¿debe existir un ente que haga valer la ley o se debería proponer la desregularización?

Desde un principio, una de las carencias que encontramos respecto de la protección de los derechos en la industria de los videojuegos es la figura de las sociedades de gestión colectiva, algo que encontramos para los autores, los intérpretes, productores, actores, etcétera. Esta figura se ha vuelto fundamental dentro del esquema de manejo económico de los derechos que tienen cada uno de estos sujetos, pues estas sociedades se encargan, mediante un mandato legal y la solicitud del derechohabiente, de recolectar las regalías que se desprenden de las comunicaciones al público que se hacen de las obras.

Si bien estas figuras buscan hacer más sencilla la recolección de las regalías podría ser de bastante ayuda en el ecosistema del streaming de los videojuegos, pues en un stream es bastante sencillo establecer la cantidad de personas que han ingresado al mismo y, realizando un requerimiento a Twitch, se puede establecer cuánto han ganado los *streamers*, con lo cual,

tenemos la base de la tarifa de acuerdo con lo establecido por el inciso primero del artículo 7 del decreto 3942 de 2010.

Bajo esta premisa, que se puede establecer con claridad cuánto dinero han ganado los streamers en virtud del stream, es necesario hacer una revisión de las tarifas que se han establecido para otro tipo de obras y, con ello, encontramos que la sociedad de gestión colectiva de Actores establece una tarifa del 4% de los ingresos de explotación de la cadena, cuando se trata de televisión abierta o de televisión de cable y satelital.

Por otro lado, encontramos que SAYCO ha establecido que la tarifa para eventos virtuales sin cobro de acceso tiene tres factores: número de visualizaciones, categoría de intensidad de uso y porcentaje de tarifa bajo un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente. Para el primer factor se diferencia entre la fracción de acceso y el número de visualizaciones, siendo el primero estableciendo que se pueden tomar fracciones de 500 personas o, en caso de ser una entidad pública, la fracción será de mil visualizaciones, mientras que el número máximo de visualizaciones que se tendrá en cuenta, será el mismo máximo de visualizaciones que se obtenga durante el evento. El segundo y tercer factor se resumen en la intensidad del uso de la obra, el cual se divide entre imprescindible con una tarifa de 50%, necesaria con una tarifa de 37%, ambiental con una tarifa de 25% o incidental que tiene una tarifa de 12%.

Estos elementos nos permitirían afirmar que si se optara por un ente de gestión colectiva para controlar el mercado del streaming, siguiendo el caso de SAYCO, se llevaría a cabo el cobro de los derechos en un stream bajo el máximo número de visualizaciones y con una tarifa del 50%, por cuanto el videojuego que se está usando en el stream recae en la categoría de imprescindible, ya que es fundamental y necesario para que exista el stream como tal.

Por otro lado, tenemos la opción de la desregularización, en cuyo caso se pueden asumir diversas posiciones, como establecer únicamente un marco normativo con los derechos que tienen los autores de las obras y aquellos usos que no requieren autorización, para así dejar a

las partes en libertad de definir otros aspectos que consideren importantes, mediante contratos —tal como lo hacen las licencias—.

Así las cosas, parece ser absolutamente claro que las opciones que tienen los entes reguladores, en especial el legislador, se reducen a generar una normativa que se ajuste mucho más a lo que la realidad requiere, con el único fin de velar por la protección de los autores de las obras, en un mundo que ya ha trascendido todo lo que el legislador se habría podido imaginar cuando ejerció en forma incipiente sus primeras funciones reguladoras, tal como ha sucedido en otros ámbitos de la industria del entretenimiento. La industria de los videojuegos, y su producto derivado el *streaming*, han sido ignorados —completamente— sin considerar que se trata de una industria exponencial en sus logros, razón por la que debería concitar la atención de los entes reguladores, antes de que sea demasiado tarde.

4.4.- Goliat Vs David... cuando la piedra no resulta suficiente.

Según se ha conducido esta investigación, y en armonía con la explicación atinente a las relaciones que se generan en un stream, podría parecer que condenamos a los *streamers* por las acciones que han llevado a cabo, pero en realidad, este no es momento apropiado para atribuir culpas. Nos encontramos ante un panorama absolutamente confuso, que reclama actuaciones audaces más allá que solo mirar al pasado. Actualmente ninguna de las partes sabe cuáles son sus derechos, mucho menos sabe cómo hacerlos valer, al menos sin infligirse inmenso daño en el intento.

La situación nos lleva a considerar que el Derecho local, en su estado actual, deja sentir más que en cualquier otra latitud su rotunda falta de capacidad para generar igualdad de condiciones entre las partes, pero no sólo por falta de herramientas, sino principalmente por falta de ingenio ante el carácter globalizante y transnacional que tiene la problemática. En el estado actual de cosas, el efecto político —torpemente ignorado y menospreciado— puede ser

devastador, pues los *streamers* influyen decisivamente sobre las masas, quiero decir sobre la masa a la cual pertenecen, de un modo que quienes no pertenecen a estas generaciones no pueden tan siquiera imaginar, —ni tienen porqué imaginar—, ya que se trata de una subcultura, que se ha gestado silenciosa, casi furtivamente, “jugando jueguitos de video” durante horas en la “soledad” de sus habitaciones, pero conectados todo con el mundo.

Es por esta situación que los entes reguladores y el legislador tienen una ardua labor por delante, respecto de qué camino tomar para la “actualización” o adaptación a las necesidades que se han mencionado anteriormente, pues matemáticamente hablando, el *streamer* es un término fundamental de la ecuación, por tanto digno de ser tenido MUY en cuenta durante el proceso de adaptación normativo, al menos si, quien va a despejar la ecuación propuesta, no quiere fracasar.

Conscientes de la situación, y sobre todo de que es un clamor cultural de una época, algunos visionarios han optado por una política a favor de la creación de contenido, siendo uno de los mayores ejemplos el caso de Bungie, con los creadores de contenido de Destiny, quienes crearon un apartado semanal en el que resaltan y muestran a los creadores de contenido.^{xv}

Es por situaciones como esta, o como la ocurrida ante el crecimiento exponencial que tuvo el videojuego *Among Us* durante el inicio de la pandemia, simplemente porque algunos *streamers* comenzaron a jugarlo, que resulta imposible negar el poder que tienen los creadores de contenido.^{xvi}

Es por este poder que las distribuidoras y los desarrolladores han optado por tener una relación amistosa con ellos, pues les conviene mantener un buen vínculo con las personas que están, realmente, promocionando su producto a costa de sus derechos. Es claro que los derechohabientes son conscientes de los perjuicios que les traería, por ejemplo, el realizar una reclamación por violación a sus derechos en el último video que cargó el creador de contenido más famoso de su videojuego, o solicitar que se cierren los streams que más espectadores

tienen, pues esto llevaría a una situación similar a la que enfrentó Bungie con las reclamaciones falsas que se llevaron a cabo en marzo de 2022 y que condujeron a una demanda, en donde afirmaban que se les había causado un daño a la buena imagen de la empresa, dada la difamación comercial que se generó, debido a las falsas reclamaciones que se llevaron a cabo.

Esta demanda que fue presentada por Bungie para proteger a los infractores de sus derechos es bastante dicente, pues claramente muestra cómo los streamers y creadores de contenido son personas de suma importancia para las distribuidoras y desarrolladoras, lo cual lleva a que estas prefieran tener una excelente relación, así sea a expensas de sus derechos, con el único fin de mantener el mejor tipo de promoción de productos que pueden tener, pues tienen cobertura global y no tienen que pagar ningún tipo de contraprestación por publicidad. Es por esto que los streamers deben ser tenidos en cuenta cuando el legislador y los reguladores tomen las riendas y establezcan una legislación apropiada, que se ajuste a los requerimientos de este mercado, de esta nueva realidad, que se está viviendo en al era del streaming de videojuegos.

5.- Conclusiones.

De forma paradójica, desde que iniciamos, se han venido presentado situaciones que han enriquecido y fortalecido las aseveraciones realizadas desde el anteproyecto de esta investigación, que siempre ha buscado establecer el flujo de los derechos de los videojuegos al momento de llevar a cabo un stream con el fin de precisar, de una vez por todas, los derechos que tienen los streamers a su disposición para llevar a cabo su actividad, para lo cual se realizó una revisión de los Términos del Servicio de Twitch, encontrándonos con una licencia de derechos por parte de los streamers, en donde la plataforma queda facultada para utilizar los videos que se encuentran en los servidores de la misma.

Autorización que, a la vista de todos se encuentra viciada, pues los mismos Términos del Servicio establecen que los streamers solamente transmitirán obras respecto de las cuales

tengan plenos derechos para hacerlo y, en caso contrario, ellos deben responder por cualquier reclamación que se presente contra la plataforma. Ello nos llevó a contemplar y desglosar cuáles son las obras que se encuentra en un stream y concluimos que los videojuegos y, en la mayoría de los casos, la captura de cámara del *streamer*, son las obras más prevalentes, con lo cual queda al descubierto que la plataforma tiene plena capacidad para utilizar el video correspondiente a la captura de cámara del streamer, por tratarse del derecho de imagen, cuestión que estructura un problema significativo.

Pero al momento de revisar si es posible para la plataforma utilizar los videojuegos mediante una licencia entregada por el streamer, encontramos que existen diferentes componentes de los videojuegos que son utilizados en un stream, siendo que absolutamente todos son sujetos de protección del derecho de autor y el copyright. Entre las obras que se encuentran en los videojuegos encontramos la música —tanto la creada para el videojuego como la licenciada directamente al distribuidor—, el arte de las SkyBox como una pintura, el guion de los personajes como una obra literaria y, entre otros, el código del videojuego como una obra literaria. Entonces, si se tienen en cuenta la cantidad de obras que encontramos en un videojuego y el hecho innegable de que los videojuegos, hoy en día, establecen solamente unos parámetros dentro de los cuales el jugador opera, es más que factible clasificarlos como obras combinatorias de carácter complejo.

Estas obras de carácter complejo, al momento de ser entregados a los jugadores, se rigen por licencias que son presentadas al mismo al momento de iniciar por primera vez el juego. Y es en las licencias donde se encuentra el problema fundamental, que ha llevado a desarrollar la presente investigación, pues las licencias establecen de forma clara e inequívoca que los jugadores están solamente facultados para hacer un uso personal y no comercial del producto, mientras que todos los demás derechos están reservados a la desarrolladora y distribuidora. Es aquí en donde comienza a romperse con la cadena de derechos, pues los streamers no dejan de

ser jugadores que deben respetar y cumplir con estas obligaciones contraídas en el marco de la licencia y no se puede alegar algún tipo de Fair Use por parte de estos para establecer que pueden obviar sus obligaciones, debido a que al momento de realizar el análisis de los cuatro pasos que ha establecido claramente la legislación norteamericana, es claro que puede alegarse de alguna forma la existencia de dicha figura y mucho menos se presenta uno de los limitantes a los derechos patrimoniales que encontramos en la legislación colombiana.

En este punto, en forma un poco cándida, los creadores de contenido han esgrimido infinidad de argumentos, desde afirmar que pueden hacer el stream por cuanto ellos “pagaron” por el videojuego o creen —vehementemente— que se encuentran bajo un Fair Use, y algunos hasta afirman que las distribuidoras y desarrolladoras deberían pagarles a ellos debido a que están haciendo publicidad gratuita. Y si bien esta última posición es parcialmente cierta, no podemos relegar el hecho de que, al momento de hacer un stream, los streamers están violando los derechos de las distribuidoras, mucho menos podemos olvidar que la inobservancia a las obligaciones contraídas mediante las licencias de uso, que han aceptado al momento de abrir el juego por primera vez, prohíben esa práctica.

Con estos elementos ya es absolutamente factible establecer que el streaming de videojuegos es completamente ilegal a los ojos de la legislación colombiana y la norteamericana, pero no solamente el streaming de videojuegos en la plataforma de Twitch es considerado como ilegal, pues la misma plataforma ha estado enfrentando un problema bastante serio con el streaming de música que hacen los creadores de contenido, con el fin de ambientar sus streams. Estos problemas con la música llevaron a la plataforma a establecer Soundtrack como una solución que, realmente, no ha servido para absolutamente nada debido a diversos factores, siendo el más relevante que no cuenta con el catálogo musical de las tres más grandes disqueras de la industria, y a pesar de que en los meses de enero y febrero de 2022 la plataforma llegó a un acuerdo con Universal Music Group, lo cierto es que el problema ha

persistido, pues los streamers no han dejado de usar música no licenciada o, aún peor, música que tiene una licencia de uso personal.

Este problema nos llevó a un análisis de las licencias de Spotify y Apple music como los dos servicios de streaming de música más populares, con lo cual trazamos un paralelo que arrojó semejanza innegable con las licencias que utilizan los desarrolladores y distribuidores de videojuegos, pues también establecen claramente que se está facultando el uso personal o familiar de la música que se encuentra en las plataformas, llevando esto a la conclusión de que las mismas acciones que se han llevado a cabo para proteger a la música pueden ser aplicadas a la protección de los derechos que tienen las desarrolladoras y distribuidoras de videojuegos. Al hacer una revisión exhaustiva del caso de UMG Recording, Inc. v. Escape Group, Inc. et al, y el caso de Sony Computer Entertainment of Am. v. Bleem LLC. convalidamos las anteriores afirmaciones.

De estos casos además extractamos, en un primer momento, los mecanismos jurídicos mediante los cuales se puede hacer responsable indirectamente a la plataforma, a sus directores y creadores por las violaciones al copyright que se han llevado a cabo en Twitch, siendo bastante interesante e iluminador el haber considerado la responsabilidad vicaría como el medio idóneo para condenar estas actividades, de las cuales se han lucrado la plataforma y su personal, mientras que en un segundo punto, se ha extraído la regla de los cuatro pasos para establecer la existencia de un Fair Use de un videojuego, por una persona determinada, teniendo en cuenta el tipo de uso, la naturaleza de la obra, el porcentaje del videojuego que se está utilizando y la posible afectación en el mercado que este uso puede tener.

Estas figuras nos permiten aceptar que, realmente, existen herramientas para proteger los derechos que tienen las desarrolladoras y que están siendo vulnerados por los streamers, pero la realidad resulta mucho más dicente que las normas, tal y como se vio reflejado en la

demanda de Bungie contra Jhon Doe (personas indeterminadas) para proteger su imagen corporativa y, a final de cuentas, a sus creadores de contenido.

Este es el precedente fundamental para afirmar, de una vez por todas, que el Digital Millennium Copyright Act y los Derechos de Autor ameritan un réquiem, pues han quedado completamente obsoletos en la era de la creación de contenido y en la era del streaming. Este precedente demuestra que las protecciones dispuestas por los entes reguladores no responden a las necesidades y requerimientos de la actualidad, han quedado completamente obsoletas pues la protección que buscan brindar termina perjudicando a todas las partes involucradas en el streaming de videojuegos y ha generado un espacio en el cual esa protección es usada de forma caprichosa por parte de los derechohabientes al punto en que, en forma insólita, estos terminan defendiendo a los infractores de sus derechos de otros infractores a su antojo.

Pero la existencia de una moral tan dúctil, asombra menos que el abandono del legislador y de los entes regulatorios, en desconocimiento del impacto económico que representa esta actividad. En una industria mundial donde los streamers de Twitch ganan más dinero que el más alto dignatario del Estado, todo a costa de los derechos de las desarrolladoras y distribuidoras de videojuegos, el silencio del Derecho es sospechoso, en especial por tratarse de una industria que, en términos de mi adorada madre, ¡explota a los niños, los embrutece y no les deja absolutamente nada!.

Pero la realidad reclama algo completamente distinto, esta es una industria que llegó para quedarse, desde luego mutando a su vertiginoso ritmo, que crece exponencialmente año tras año, que no es únicamente de un pequeño grupo de adolescentes víctimas de acné en sus ratos de esparcimiento, por el contrario, son de millones de personas alrededor del mundo, personas de todas las edades, etnias, sexos y condiciones socioeconómicas. Esta es una industria que necesita regulación, que sea nítida, así como ecuánime para todas las partes de la relación.

Referencias

Actores Sociedad Colombiana de Gestión. (2012). *Reglamento de Tarifas*.

https://www.actores.org.co/storage/app/media/documentos/socios/reglamento_tarifas.pdf

Agamben, G. (2008). *¿Qué es lo contemporáneo?* 19 Bienal de Arte Paiz. Recuperado 21 de noviembre de 2021, de <https://19bienal.fundacionpaiz.org.gt/wp-content/uploads/2014/02/agamben-que-es-lo-contemporaneo.pdf>

Traducido por Ariel Pennisi

Apple. (s. f.). *Apple Legal - Legal - Apple Media Services*. Apple Legal.

<https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/>

Biblioteca del congreso. (1998). *The Digital Millennium Copyright Act of 1998: Compendio de U.S. Oficina del Copyright*. Washington, D.C.: Oficina de Copyright, Biblioteca del Congreso.

Boyd, G. S., Pyne, B., & Kane, S. F. (2018). *Video Game Law: Everything you need to know about Legal and Business Issues in the Game Industry* (1.a ed.). A K PETERS.

Bungie Inc. (s. f.-a). *Intellectual property & trademarks*. Recuperado 22 de marzo de 2022, de <https://www.bungie.net/7/en/Legal/IntellectualPropertyTrademarks>

Bungie Inc. (s. f.-b). *Limited Software License Agreement*. Bungie. Recuperado 1 de marzo de 2021, de <https://www.bungie.net/7/en/Legal/SLA>

Bungie Inc. (s. f.-c). *Terms of Use*. Bungie. Recuperado 1 de marzo de 2021, de <https://www.bungie.net/7/en/Legal/Terms>

Clement, J. (2021, 29 enero). *Number of active video gamers worldwide from 2015 to 2023 (in billions)*. Statista. Recuperado 10 de febrero de 2021, de <https://www.statista.com/statistics/748044/number-video-gamers-world/>

Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia).

Comunidad Andina. (1993). *Decisión 351*. Recuperado 2 de agosto de 2021, de

<http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec351s.asp>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-1723 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez

Caballero: Diciembre 12 de 2000)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 129 (M.P. Aroldo Wilson Quiroz

Monsalvo; Febrero 12 de 2018)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 3179 (M.P. Aroldo Wilson

Quiroz Monsalvo; Julio 28 de 2021)

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Caso 464 U.S. 417. 1984.

Decreto 1360 de 1989 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta la inscripción

de soporte lógico (software) en el Registro Nacional del Derecho de Autor. Junio 23 de 1989

Decreto 3942 de 2010 [Presidente de la República]. Por el cual se reglamentan las Leyes 23

de 1982, 44 de 1993 y el artículo 2º, literal c) de la Ley 232 de 1995, en relación con las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos y la entidad recaudadora y se dictan otras disposiciones. Octubre 25 de 2010

Dirección Nacional de Derecho de Autor. (2014). *Concepto 1-2014-22258*. Recuperado 12

de junio de 2021, de

https://registroenlinea.gov.co/Intrane1/Desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2014-22258.pdf

EpicGames. (s. f.). *Contrato de Licencia de Usuario Final de Fortnite*. Recuperado 1 de

marzo de 2021, de <https://www.epicgames.com/fortnite/en-US/eula>

Fallout Plays. (2020, 24 octubre). *The «Stadia Guy Tweet» Incident* [Vídeo]. YouTube.

https://www.youtube.com/watch?v=whhpDmgYPQM&list=FLzVJsVJXvt4qdAXEiup3_Lw&index=7

- Fernández, S. (2021, 12 enero). *TheGrefg hace historia y revienta Twitch con más de dos millones de espectadores en directo*. MeriStation AS. Recuperado 10 de febrero de 2021, de https://as.com/meristation/2021/01/11/noticias/1610401849_475191.html
- Fortnite Chapter 2: Black hole was «most viewed gaming event ever» - CBBC Newsround*. (2019, 24 octubre). BBC. Recuperado 23 de agosto de 2021, de <https://www.bbc.co.uk/newsround/50165357>
- Guzmán Delgado, D. F. (2016, 27 julio). El contexto actual del derecho a la imagen en Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 21. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4602/5519>
- Hutchinson, A. (2020, 22 octubre). *Alex Hutchinson on*. Twitter. Recuperado 6 de octubre de 2021, de <https://mobile.twitter.com/BangBangClick/status/1319305553454288896>
- J. Billick Et Al, T. (2022, marzo). *Bungie, Inc. v John Does*. <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.wawd.308508/gov.uscourts.wawd.308508.1.0.pdf>
- Jonke, S. (2021, 16 junio). *You ever just wake up and look like this* [Fotografía]. <https://www.twitch.tv/videos/1058163113>
- Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. Enero 28 de 1982. DO: 35949.
- Ley 1403 de 2010. Por la cual se adiciona la Ley 23 de 1982, sobre Derechos de Autor, se establece una remuneración por comunicación pública a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales o "Ley Fanny Mikey". Julio 19 de 2010. DO: 47775.
- Ley 1680 de 2013. Por la cual se garantiza a las personas ciegas y con baja visión, el acceso a la información, a las comunicaciones, al conocimiento y a las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Noviembre 20 de 2013. DO: 48980

Ley 1915 de 2018. Por la cual se modifica la ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos. Julio 12 de 2018.

DO: 50652.

Ley Estatutaria 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Octubre 17 de 2012. DO: 48587.

Lipson, A. S., & Brain, R. D. (2009). *Computer and Video Game Law: Cases, Statutes, Forms, Problems & Materials*. Carolina Academic Press.

Lipszyc, D. (2017). *Derecho de autor y derechos conexos*. CERLALC.

López González, H. F. (2020, 6 noviembre). *Videojuegos y Propiedad Intelectual:*

¿Programas de Ordenador, Obra Audiovisual u Obra Multimedia? LinkedIn.

Recuperado 26 de junio de 2021, de <https://es.linkedin.com/pulse/videojuegos-y-propiedad-intelectual-programas-de-obra-l%C3%B3pez-gonz%C3%A1lez>

MacMillan, D., & Bensinger, G. (2014, 26 agosto). Amazon to Buy Video Site Twitch for \$970 Million. *The Wall Street Journal*. <https://www.wsj.com/articles/amazon-to-buy-video-site-twitch-for-more-than-1-billion-1408988885?tesla=y&mg=reno64-wsj>

Masucci, R. [ReviewTechUSA]. (2020, 23 octubre). *Google Distances Itself From Stadia Dev's Disastrous Take On Game Live Streamers* [Vídeo]. YouTube.

https://www.youtube.com/watch?v=zXx811xC6Ns&list=FLzVJsVJXvt4qdAXEiup3_Lw&index=10&t=221s

Miceli, M. (2021, 21 octubre). *Full list of all Twitch payouts (Twitch leaks)*. Dot Esports.

<https://dotesports.com/streaming/news/full-list-of-all-twitch-payouts-twitch-leaks#gallery-0>

Microsoft. (2022, 18 enero). *Microsoft to acquire Activision Blizzard to bring the joy and community of gaming to everyone, across every device*. Stories.

<https://news.microsoft.com/2022/01/18/microsoft-to-acquire-activision-blizzard-to-bring-the-joy-and-community-of-gaming-to-everyone-across-every-device/>

Microsoft News Center. (2020, 21 septiembre). *Microsoft to acquire ZeniMax Media and its game publisher Bethesda Softworks*. Microsoft. Recuperado 10 de diciembre de 2020, de <https://news.microsoft.com/2020/09/21/microsoft-to-acquire-zenimax-media-and-its-game-publisher-bethesda-softworks/>

Ortiz, M. I. (2019, 13 abril). *Colombia enfrenta demandas por casi \$ 400 billones*. El Tiempo. Recuperado 10 de febrero de 2021, de <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/colombia-enfrenta-demandas-contr-el-estado-por-casi-400-billones-349460>

Posada Torres, C. (2015, diciembre). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 29. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4328/5081>

Real Gamer Hour. (2020, 30 octubre). *Google Stadia was TRENDING ON TWITTER over One Tweet. . . / RGH Highlights* [Vídeo]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=40RgYtG7oYE&list=FLzVJsVJXvt4qdAXEiup3_Lw&index=2

Sanmiguel, S. (2016, 1 enero). «Applicaciones» Y Obras Complejas Con Tecnologías De La Información (App-Songs and Complex Works with Information Technology). *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, N^o 16. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2675617

SAYCO. (2020, marzo). *Manual de Tarifas Eventos Virtuales a Canales No Licenciados*. <http://sayco.org/images/documentos/PMRE-MA01%20MANUAL%20DE%20TARIFAS%20VIRTUALES%20A%20CANALES%20NO%20LICENCIADOS.pdf>

Spotify A.B. (s. f.). *Términos y Condiciones de Uso*. Spotify. Recuperado 3 de noviembre de 2021, de <https://www.spotify.com/uy/legal/end-user-agreement/#3-el-uso-del-servicio-de-spotify>

Statista. (2021, 12 octubre). *Cuota de mercado de las plataformas de música en streaming a nivel mundial 2021*. <https://es.statista.com/estadisticas/698135/cuota-de-mercado-de-las-plataformas-de-streaming-a-nivel-mundial/>

Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos. Caso 214 F.3d 1022. Mayo 4 de 2000

Tribunal Del Distrito Sur De Nueva York. Caso 11 Civ. 8407. Septiembre 29 de 2019.

Twitch Interactive. (s. f.). *Términos del servicio*. Twitch. Recuperado 1 de marzo de 2021, de <https://www.twitch.tv/p/es-es/legal/terms-of-service/>

Twitch Interactive. (2020a, septiembre 30). *Introducing Soundtrack by Twitch: Rights-Cleared Music For All Twitch Creators*. Twitch. Recuperado 1 de marzo de 2021, de <https://blog.twitch.tv/en/2020/09/30/introducing-soundtrack-by-twitch-rights-cleared-music-for-all-twitch-creators/>

Twitch Interactive. (2020b, noviembre 11). *Reclamos relacionados con derechos de autor de música y Twitch*. Twitch. Recuperado 1 de marzo de 2021, de <https://blog.twitch.tv/es-mx/2020/11/11/music-related-copyright-claims-and-twitch/>

Twitch Tracker. (s. f.-a). *Destiny 2 - Twitch Statistics and Charts*. Recuperado 23 de agosto de 2021, de <https://twitchtracker.com/games/497057>

Twitch Tracker. (s. f.-b). *Twitch statistics & charts*. Recuperado 1 de marzo de 2021, de <https://twitchtracker.com/statistics>

TwitchHouse. (2020, 23 octubre). *xQc Reacts to Tweet From Alex Hutchinson l Twitter Reacts* [Vídeo]. YouTube.

https://www.youtube.com/watch?v=7VcUCwMCASU&list=FLzVJsVjXvt4qdAXEiup3_Lw&index=2

El video original de xQc en Twitch fue borrado de la base de datos debido a reclamos por infringir el Copyright por uso indebido de música en octubre de 2019.

U. S. Copyright Office. (2021, mayo). *More Information on Fair Use*. Copyright U. S. Office. Recuperado 26 de agosto de 2021, de <https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>

Unity Technologies. (2016). *Manual: Skybox*. Unity. Recuperado 20 de junio de 2021, de <https://docs.unity3d.com/es/530/Manual/class-Skybox.html>

U.S. Copyright Office. (2004, diciembre). *Copyright Registration of Computer Programs* (No. 61). <https://www.copyright.gov/circs/circ61.pdf>

Vega Jaramillo, A. & Dirección Nacional de Derecho de Autor. (2010). *Manual de Derecho de Autor*. Dirección Nacional de Derecho de Autor. Recuperado 27 de junio de 2021, de <http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+%28Alfredo+Vega%29.pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40>

Villegas, M. G. (2014). *La eficacia simbólica del derecho* (2.a ed.). Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia.

Vita, L. (2021, 12 enero). *Deuda externa de Colombia fue 54,8% del PIB nacional con corte a octubre de 2020*. La República. Recuperado 10 de febrero de 2021, de <https://www.larepublica.co/economia/deuda-externa-de-colombia-fue-548-del-pib-nacional-con-corte-a-octubre-de-2020-3110282>

Webb, M. (2022, 27 enero). *UNIVERSAL MUSIC GROUP EXPANDS RELATIONSHIP ACROSS AMAZON MUSIC AND TWITCH*. UMG.

<https://www.universalmusic.com/universal-music-group-expands-relationship-across-amazon-music-and-twitch/>

Wilde, T. (2020, 23 octubre). *Should streamers pay game developers to stream their games?*

PC Gamer. Recuperado 26 de octubre de 2021, de <https://www.pcgamer.com/do-streamers-owe-game-developers-money/>

Witkowski, W. (2020, 22 diciembre). *Videogames are a bigger industry than movies and*

north american sports combined, thanks to the pandemic. MarketWatch. Recuperado

10 de febrero de 2021, de [https://www.marketwatch.com/story/videogames-are-a-](https://www.marketwatch.com/story/videogames-are-a-bigger-industry-than-sports-and-movies-combined-thanks-to-the-pandemic-11608654990)

[bigger-industry-than-sports-and-movies-combined-thanks-to-the-pandemic-](https://www.marketwatch.com/story/videogames-are-a-bigger-industry-than-sports-and-movies-combined-thanks-to-the-pandemic-11608654990)

[11608654990](https://www.marketwatch.com/story/videogames-are-a-bigger-industry-than-sports-and-movies-combined-thanks-to-the-pandemic-11608654990)

World Intellectual Property Organization, Ramos, A., López, L., Rodríguez, A., Meng, T., &

Abrams, S. (2013, julio). *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches.*

https://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/comparative_analysis_on_video_games.pdf

Young, R. (2021, 22 mayo). *Destiny 2 Passes 230K Twitch Viewers for Vault of Glass Raid*

Race. GameRant. Recuperado 21 de julio de 2021, de [https://gamerant.com/destiny-2-](https://gamerant.com/destiny-2-vault-of-glass-raid-race-viewers-twitch/)

[vault-of-glass-raid-race-viewers-twitch/](https://gamerant.com/destiny-2-vault-of-glass-raid-race-viewers-twitch/)

ANEXOS

Anexo A: Términos del Servicio de Twitch

1. Introducción; aceptación de estos Términos del servicio.
2. Uso de Twitch por menores de edad y personas bloqueadas
3. Aviso de privacidad
4. Cuenta
5. Utilización de dispositivos y servicios
6. Modificación de estos Términos del servicio
7. Licencia
8. Contenido de Usuario
9. Conducta prohibida
10. Respeto de los derechos de autor
11. Marcas
12. Contenido de terceros
13. Envío de ideas
14. Revocación
15. Conflictos
16. Disposiciones generales
17. Solicitudes de información e instrucciones para la entrega de una citación
18. Términos específicos para Soundtrack by Twitch

1. Introducción; aceptación de estos Términos del servicio.

LEE ESTOS TÉRMINOS DEL SERVICIO DETENIDAMENTE. ESTE ES UN CONTRATO VINCULANTE. Te damos la bienvenida a los servicios gestionados por Twitch Interactive, Inc. (denominado, junto con sus entidades vinculadas, "Twitch" o "nosotros"), que constan del sitio web disponible en <https://www.twitch.tv>, y su red de sitios web, aplicaciones de software y cualquier otro producto o servicio ofrecido por Twitch (los "Servicios de Twitch"). Otros servicios ofrecidos por Twitch pueden estar sujetos a otros términos.

Cuando uses los Servicios de Twitch, deberás cumplir las Directrices de la comunidad de Twitch y cualquier directriz o norma adicional que se publique en los Servicios de Twitch o se ponga a tu disposición, o bien que se te comunique en relación con los servicios y funciones específicos. Twitch también puede ofrecer ciertos servicios de pago, que están sujetos a las Condiciones de venta de Twitch, así como a cualquier condición adicional que se te comunique en relación con esos servicios. Todas esas condiciones (las "Directrices") quedan incorporadas por referencia a estos Términos del servicio.

Los Términos del servicio se aplican tanto si eres un usuario con una cuenta registrada con los Servicios de Twitch como si eres un usuario no registrado. Aceptas que, cuando haces clic en "Registrarse" o te registras, descargas o utilizas los Servicios de Twitch, o accedes a ellos, estás celebrando un contrato legalmente vinculante entre tú y Twitch en lo referente a tu uso de los Servicios de Twitch. Confirmas que has leído y comprendido estos Términos del servicio y aceptas regirte por ellos. Si no estás de acuerdo con estos Términos del servicio, no utilices ninguno de los Servicios de Twitch ni accedas a ellos.

Cuando usas Twitch o creas una cuenta de Twitch en nombre de una empresa, entidad u organización (en conjunto, "Organización suscriptora"), estás indicando y garantizando que: (i) eres un representante autorizado de dicha Organización suscriptora y tienes autoridad para someterla a estos Términos del servicio y de conceder los derechos establecidos en ellos; y (ii) aceptas los Términos del servicio en nombre de esa Organización suscriptora.

2. Uso de Twitch por menores de edad y personas bloqueadas

Los Servicios de Twitch no están disponibles para menores de 13 años. Si tienes entre 13 años y la edad constitutiva de mayoría de edad en tu jurisdicción de residencia, solo podrás usar los Servicios de Twitch bajo la supervisión de tu madre, padre o tutor legal, que acepta cumplir estos Términos del servicio.

Los Servicios de Twitch tampoco están disponibles para aquellos usuarios a los que Twitch haya excluido de los mismos, ni como para aquellas personas que tengan prohibido usarlos de acuerdo con las leyes de Estados Unidos (por ej., sus restricciones y normativas en materia de exportación y reexportación) o las leyes aplicables de cualquier otra jurisdicción.

CUANDO DESCARGAS, INSTALAS O USAS LOS SERVICIOS DE TWITCH, ESTÁS DECLARANDO QUE TIENES AL MENOS 13 AÑOS DE EDAD, QUE TU MADRE, PADRE O TUTOR LEGAL SE OBLIGA A CUMPLIR ESTOS TÉRMINOS DEL SERVICIO SI TIENES ENTRE 13 AÑOS Y LA EDAD CONSTITUTIVA DE MAYORÍA DE EDAD EN TU JURISDICCIÓN DE RESIDENCIA, Y QUE NO SE TE HA PROHIBIDO NI EXCLUIDO PREVIAMENTE DE LOS SERVICIOS DE TWITCH.

3. Aviso de privacidad

Tu privacidad es importante para Twitch. Consulta nuestro Aviso de privacidad para saber más sobre la forma en que recogemos, usamos y divulgamos tus datos personales, así como las Opciones de privacidad para saber cómo puedes gestionar tu privacidad en línea cuando usas los Servicios de Twitch.

4. Cuenta

a. Cuenta y contraseña

Para abrir una cuenta, se te solicitará que nos proporciones cierta información como un nombre y una contraseña de la cuenta.

Serás el único responsable de mantener la confidencialidad de tu cuenta y contraseña, y de restringir el acceso a tu equipo. Si permites que otras personas usen tu cuenta y contraseña en los Servicios, te comprometes en nombre de esas personas al cumplimiento de estos Términos del servicio, y te haces responsable de todas las actividades que se produzcan con tu nombre y contraseña. Asegúrate de que la información que proporciones a Twitch al registrarte y en todo momento sea verdadera, precisa, actual y completa.

A no ser que Twitch te lo permita por escrito, no podrás vender, alquilar, arrendar, compartir ni proporcionar acceso a tu cuenta a ninguna otra persona, incluido, sin limitación, cobrar a alguien por acceder a los derechos administrativos de tu cuenta. Twitch se reserva todos los derechos y medidas legales para evitar el uso no autorizado de los Servicios de Twitch, incluidas las barreras tecnológicas, la asignación de IP y, en casos graves, contactar con tu Proveedor de servicios de Internet (ISP) en referencia a dicho uso no autorizado.

b. Cuentas de terceros

Twitch puede permitirte que te registres en los Servicios de Twitch o inicies sesión en ellos a través de servicios de terceros. La recogida, uso y divulgación de tus datos por parte de un tercero estarán sujetos al aviso de privacidad del servicio de dicho tercero. Si deseas obtener más información sobre la forma en que Twitch recoge, usa y divulga tus datos personales cuando vinculas tu cuenta de Twitch con la de otros servicios, consulta nuestro Aviso de Privacidad.

5. Utilización de dispositivos y servicios

El acceso a los Servicios de Twitch podrá requerir el uso de tu ordenador personal o dispositivo móvil, así como las comunicaciones o el uso del espacio en dichos

dispositivo. Serás responsable de cualquier tarifa y cargos de conexión móvil o a Internet que se aplique cuando accedas a los Servicios de Twitch.

6. Modificación de estos Términos del servicio

Twitch podrá modificar cualquiera de las disposiciones de estos Términos del servicio mediante su publicación. Si sigues usando los Servicios de Twitch después de la entrada en vigor de la versión revisada de los Términos del servicio, se entenderá que aceptas dichos términos.

Para los residentes de la República de Corea, Twitch proporcionará un aviso previo razonable con respecto a cualquier modificación material de sus Términos del servicio. Todas las modificaciones serán efectivas como máximo 30 días naturales después de su publicación, aunque pueden entrar en vigor de inmediato aquellas modificaciones que afecten a funciones del Servicio recientemente disponibles, a funciones del Servicio que sean ventajosas para el usuario, o a cambios aplicados por motivos legales.

7. Licencia

Los Servicios de Twitch son propiedad de Twitch y están gestionados por Twitch. A no ser que se indique lo contrario, todos los contenidos, la información y demás materiales existentes en los Servicios de Twitch (excluido el Contenido de usuario, de conformidad con lo establecido en la Sección 8, que aparece más abajo), incluidas, sin limitación alguna, las marcas y los logotipos de Twitch, las interfaces visuales, los gráficos, el diseño, la compilación, la información, el software, el código informático (incluyendo el código fuente o el código objeto), los servicios, el texto, las imágenes, la información, los datos, los archivos de sonido y otros archivos, así como la selección y la disposición de los mismos (conjuntamente, los "Materiales") están protegidos por los derechos y las leyes de propiedad intelectual aplicables. Todo el Material es propiedad de Twitch, sus filiales o entidades vinculadas o terceros licenciantes. A no ser que Twitch indique expresamente lo contrario por escrito, cuando aceptas estos Términos del servicio se te otorga una licencia limitada y no sublicenciable (es decir, un derecho personal y limitado) para usar y acceder a los Servicios de Twitch exclusivamente con fines privados o fines empresariales internos.

Twitch se reserva todos los derechos que no se otorguen expresamente en estos Términos del servicio. Esta licencia está sujeta a estos Términos del servicio y no te permite realizar ninguna de las actividades siguientes: (a) revender ni usar los Servicios o Materiales de Twitch con fines comerciales; (b) distribuir, reproducir o comunicar públicamente ninguno de los Materiales; (c) modificar o realizar usos derivados de los Servicios o Materiales de Twitch o de cualquier parte de los mismos; (d) utilizar cualquier técnica de extracción de datos, robots o métodos de recopilación o extracción de datos similares; (e) descargar (con la excepción del almacenamiento en caché de páginas) cualquier parte de los Servicios de Twitch, los Materiales o cualquier información contenida en los mismos, excepto cuando se permita expresamente en los Servicios de Twitch; ni (f) usar los Servicios o Materiales de Twitch para cualquier fin distinto de los previstos. Cualquier uso de los Servicios o Materiales de Twitch sin el previo consentimiento por escrito de Twitch, para cualquier fin distinto del autorizado específicamente en estos Términos del servicio está

prohibido y puede infringir derechos o leyes de propiedad intelectual. A no ser que se especifique expresamente en estos Términos del servicio, nada de lo dispuesto en los mismos podrá interpretarse como el otorgamiento de una licencia sobre derechos de propiedad intelectual, ya sea por aplicación de la doctrina de los actos propios, de forma implícita o en virtud de cualquier otro principio jurídico. Twitch puede terminar esta licencia tal y como se define en la sección 14.

8. Contenido de Usuario

Twitch permite a los usuarios distribuir obras audiovisuales pregrabadas y en streaming, utilizar servicios tales como el chat, tableros de anuncios, publicaciones en foros, contribuciones wiki y servicios interactivos de voz, y participar en otras actividades en las que podrás crear, publicar, transmitir, reproducir o almacenar contenidos, mensajes, texto, sonido, imágenes, aplicaciones, código u otros datos o materiales en los Servicios de Twitch (el "Contenido de Usuario").

a. Licencia a Twitch

(i) Salvo que hayas acordado lo contrario por escrito con Twitch en un contrato firmado por un representante autorizado de Twitch, si envías, transmites, muestras, reproduces, publicas o almacenas Contenido de usuario empleando los Servicios de Twitch, otorgas a Twitch y a sus sublicenciatarios, en la máxima medida y por el plazo máximo permitidos por la legislación aplicable (incluido de forma perpetua, si así lo permite la legislación aplicable), un derecho ilimitado, a nivel mundial, irrevocable, plenamente sublicenciable, no exclusivo y exento del pago de royalties para (a) utilizar, reproducir, modificar, adaptar, publicar, traducir, distribuir, reproducir y comunicar dicho Contenido de usuario y crear trabajos derivados a partir del mismo (incluido, sin limitación alguna, para la promoción y redistribución la totalidad o parte de los Servicios de Twitch (y de los trabajos derivados de los mismos) en cualquier forma, formato, soporte o canales de distribución conocidos actualmente o que se desarrollen o descubran en el futuro; y (b) utilizar el nombre, la identidad, la imagen y la voz (u otra información biográfica) que envíes en relación con dicho Contenido de usuario. En caso de que dicho Contenido de usuario incluya el nombre, la identidad, la imagen o la voz (u otra información biográfica) de un tercero, confirmas y garantizas que has obtenido los consentimientos y/o licencias correspondientes para usarlos, y que Twitch y sus sublicenciatarios tienen permiso para usarlos en la medida que se indica en estos Términos del servicio.

(ii) Con respecto al Contenido de usuario conocido como "complementos", "mapas", "mods" u otros tipos de proyectos enviados a través de CurseForge.com o sitios web relacionados (los "Proyectos Enviados"), los derechos que se te otorgan por el presente documento quedarán revocados una vez que retires o elimines dichos Proyectos Enviados de los Servicios de Twitch. También reconoces que Twitch podrá conservar, pero no comunicar, distribuir ni reproducir copias de servidor de los Proyectos Enviados que hayan sido retirados o eliminados.

(iii) En lo que respecta a obras audiovisuales pregrabadas y en streaming, los derechos que se te otorgan por el presente documento quedarán revocados una vez elimines dicho Contenido de usuario de los Servicios de Twitch o, en general, al cerrar tu cuenta, salvo (a) que los hayas compartido con otros terceros como parte de los

Servicios de Twitch y otros terceros hayan copiado o almacenado partes del Contenido de usuario (por ej. si han hecho un Clip); (b) que Twitch los haya utilizado con fines promocionales; y (c) durante el periodo de tiempo razonable que se emplee para eliminarlos de copias de seguridad y otros sistemas.

b. Manifestaciones y garantías relacionadas con el Contenido de Usuario

Tú tienes toda la responsabilidad sobre tu Contenido de usuario y las consecuencias de publicarlo. Confirmas y garantizas que: (1) eres el creador y propietario del Contenido de usuario o tienes control sobre el mismo, o que tienes derechos y autorización suficientes para otorgar los derechos que aquí se otorgan; (2) tu Contenido de usuario no (a) infringirá, vulnerará ni usurpará ningún derecho de terceros, incluidos los derechos de autor, marcas, patentes, secretos comerciales, derechos morales, derechos a la intimidad, derechos de imagen o cualquier otro derecho de propiedad intelectual, ni (b) difamará a ninguna otra persona; (3) tu Contenido de usuario no contiene virus, adware, spyware, gusanos ni ningún otro código dañino o maligno; y (4) a no ser que hayas recibido una autorización previa y por escrito, tu Contenido de usuario no contiene específicamente ningún software beta ni contenido de juegos que no sean de dominio público ni ninguna información confidencial de Twitch o de terceros. Twitch podrá ejercer todos los derechos y acciones legales que le asistan contra cualquier usuario que no cumpla estas declaraciones y garantías.

c. Carga de contenido bajo tu propia responsabilidad

Twitch adoptará medidas de seguridad razonables para intentar proteger el Contenido de usuario frente a su copia y distribución no autorizadas. No obstante, Twitch no garantiza que dicho copiado, uso o distribución no autorizados del Contenido de usuario por parte de terceros no vaya a tener lugar. En la máxima medida permitida por la legislación aplicable, aceptas que Twitch no será responsable de ningún copiado, uso o distribución del Contenido de Usuario que realicen terceros, y exoneras de toda responsabilidad y renuncias a reclamar contra Twitch por cualquier copiado o uso no autorizado del Contenido de usuario, en virtud de cualquier principio jurídico. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA PROTEGER EL CONTENIDO DE USUARIO QUE UTILICE TWITCH DE ACUERDO CON EL PRESENTE DOCUMENTO SE PROPORCIONAN Y USAN "TAL CUAL", SIN NINGUNA GARANTÍA, CONDICIÓN O PROMESA DE QUE DICHAS MEDIDAS DE SEGURIDAD RESISTIRÁN LOS INTENTOS DE ELUDIR LOS MECANISMOS DE SEGURIDAD O DE QUE NO SE PRODUCIRÁN FISURAS, DESACTIVACIONES U OTRAS FORMAS DE CIRCUNVENIR DICHAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

d. Promociones

Los usuarios podrán iniciar, administrar o realizar una promoción (un concurso o sorteo) empleando los Servicios de Twitch (la "Promoción"). Si eliges iniciar, administrar o realizar una Promoción, deberás cumplir las siguientes normas: (1) Podrás realizar Promociones en la medida permitida por la legislación aplicable, y serás enteramente responsable de garantizar que cualquier Promoción cumpla las normativas, obligaciones y restricciones aplicables. (2) Se te clasificará como el promotor de tu Promoción en las jurisdicciones aplicables y serás enteramente

responsable de todos los aspectos y gastos relacionados con tu Promoción, incluyendo, sin limitación alguna, la ejecución, administración y explotación de la Promoción; la redacción y publicación de las reglas oficiales; la selección de ganadores; la concesión de premios; y la obtención de todos los permisos y aprobaciones de terceros necesarios, incluida, sin limitación alguna, las presentaciones de todos los registros y fianzas necesarios. Twitch tiene derecho a retirar tu Promoción de los Servicios de Twitch si considera razonablemente que no cumple los Términos de servicio o la legislación aplicable. (3) Twitch no es responsable de dichas Promociones, y no las respalda ni las apoya. No podrás indicar que Twitch es patrocinador o copatrocinador de la Promoción. (4) Deberás mostrar o leer en voz alta lo siguiente cuando una promoción esté relacionada con tu Promoción: "Esta es una promoción de [Tu nombre]. Twitch no patrocina ni respalda la promoción de [Tu nombre] y no es responsable de esta promoción".

e. Apoyos/Testimonios

Te comprometes a que tu contenido de usuario cumpla las directrices sobre el uso de testimonios y apoyos en la publicidad de la FTC, la guía de divulgaciones de la FTC, las directrices de publicidad nativas de la FTC y cualquier otra directriz emitida por la FTC periódicamente (las "directrices de la FTC"), así como cualquier otra directriz publicitaria establecida por la legislación aplicable. Por ejemplo, si se te ha pagado o te han proporcionado productos gratis a cambio de hablar de un producto o servicio o de promocionarlo a través de los servicios de Twitch, o si eres un empleado de una empresa y decides promocionar o hablar de los productos o servicios de esa empresa a través de los servicios de Twitch, te comprometes a cumplir los requisitos de las directrices de la FTC para la divulgación de dichas relaciones. Tú, y no Twitch, eres enteramente responsable de cualquier apoyo o testimonio que realices en relación con cualquier producto o servicio a través de los servicios de Twitch.

f. Actividad política

De acuerdo con estos Términos del servicio y las Directrices de la comunidad, puedes compartir opiniones políticas; participar en actividades políticas; incluir enlaces al sitio web oficial de un comité político, incluida la página de aportaciones a un comité político; y solicitar a los espectadores que hagan contribuciones directamente a un comité político. Sin embargo, aceptas que esas actividades las realizas por iniciativa completamente personal. Además, confirmas y garantizas que tienes autorización para realizar esas actividades según la legislación aplicable, y que respetarás todas las normativas y marcos legales al realizarlas.

Aceptas no utilizar ni solicitar el uso de ninguna herramienta de monetización de Twitch (como los Bits o las suscripciones) con el propósito de hacer o entregar una contribución a un candidato, comité de candidatos, comité de acción política, comité de votación o cualquier otro comité de campaña de otro tipo con el propósito de influir en cualquier elección. Los candidatos a cargos políticos no pueden usar ninguna herramienta de monetización de Twitch en sus canales.

9. Conducta prohibida

TE OBLIGAS A NO infringir ninguna ley, a no incumplir ningún contrato, a no vulnerar ningún derecho de propiedad intelectual o de terceros y a no cometer ningún acto ilícito, y serás enteramente responsable de tu conducta mientras uses los Servicios de Twitch.

Te comprometes a cumplir estos Términos del servicio y las Directrices de la Comunidad de Twitch y:

i. a no crear, cargar, transmitir, distribuir o almacenar contenido que sea impreciso, ilegal, infractor, difamatorio, obsceno, pornográfico, que invada el derecho a la intimidad o vulnere los derechos de imagen, que sea de tipo acosador, amenazante, abusivo, incendiario o censurable;

ii. a no hacerte pasar por ninguna persona o entidad, a no afirmar falsamente que estás vinculado a cualquier persona o entidad, y a no acceder a las cuentas de Servicios de Twitch de otros sin permiso, a no falsificar la firma digital de otra persona, a no proporcionar información falsa sobre la fuente, la identidad o el contenido de la información transmitida a través de los Servicios de Twitch, y a no desarrollar ninguna actividad fraudulenta similar;

iii. a no enviar correo basura o spam a usuarios de los Servicios de Twitch, incluidos publicidad, materiales promocionales no solicitados u otro material de petición, correo publicitario en masa, cadenas de correos, anuncios informativos, peticiones para fines caritativos, peticiones de firmas o cualquiera de las acciones anteriores en relación con sorteos promocionales (como rifas y concursos) y otras actividades similares;

iv. a no recoger ni recopilar las direcciones de correo electrónico ni los datos de contacto de otros usuarios desde los Servicios de Twitch;

v. a no difamar, acosar, injuriar, amenazar o defraudar a usuarios de los Servicios de Twitch, y a no recabar o tratar de recabar datos sobre usuarios o terceros sin su consentimiento;

vi. a no eliminar, retirar, eludir, desactivar, dañar o interferir de ningún modo en (a) las funciones relacionadas con la seguridad de los Servicios de Twitch o el Contenido de Usuario, (b) las funciones que impidan o restrinjan el uso o el copiado de cualquier contenido accesible a través de los Servicios de Twitch, (c) las funciones que impongan limitaciones sobre el uso de los Servicios de Twitch o el Contenido de Usuario, y (d) los avisos de copyright o las advertencias sobre derechos de autor incluidas en los Servicios de Twitch o en el Contenido de Usuario;

vii. a no realizar trabajos de ingeniería inversa, descompilar, desensamblar o intentar descubrir de cualquier modo el código fuente de los Servicios de Twitch o cualquier parte del mismo, salvo que esta actividad esté expresamente permitida por la legislación de tu país de residencia;

viii. a no modificar, adaptar, traducir o crear trabajos derivados basándote en los Servicios de Twitch o cualquier parte de los mismos, salvo que esta actividad esté expresamente permitida por la legislación aplicable no obstante esta limitación;

ix. a no dañar o interferir en el funcionamiento de los Servicios de Twitch o el disfrute de los mismos por parte de cualquier usuario de ninguna forma, incluyendo la carga o diseminación de virus, adware, spyware, gusanos u otro código malicioso;

x. a no reenviar correo electrónico desde un servidor de correo de un tercero sin el permiso de éste;

xi. a no acceder a ningún sitio web, servidor, aplicación de software u otro recurso informático propiedad de Twitch, utilizado por Twitch y/o obtenido bajo licencia por Twitch, incluyendo a título enunciativo, que no limitativo, los Servicios de Twitch, mediante cualquier robot, spider, scraper, crawler o método automatizado para ningún fin, y a no sortear ninguna medida que Twitch pueda utilizar para impedir o restringir el acceso a cualquier sitio web, servidor, aplicación de software o recurso informático propiedad de Twitch, utilizado por Twitch y/o obtenido bajo licencia por Twitch, incluyendo a título enunciativo, que no limitativo, los Servicios de Twitch.

xii. a no manipular identificadores para ocultar el origen de cualquier Contenido de Usuario transmitido a través de los Servicios de Twitch;

xiii. a no interrumpir o interferir en los Servicios de Twitch o los servidores o redes conectados con los Servicios de Twitch, y a no incumplir los requisitos, procedimientos, políticas o regulaciones de las redes conectadas con los Servicios de Twitch; a no utilizar los Servicios de Twitch de cualquier modo que pueda interferir en los Servicios de Twitch, interrumpir los Servicios de Twitch, afectar negativamente a los Servicios de Twitch o impedir que otros usuarios disfruten completamente de los Servicios de Twitch, o que pueda dañar, deshabilitar, sobrecargar o impedir el funcionamiento de los Servicios de Twitch de cualquier manera;

xiv. a no utilizar ni intentar utilizar la cuenta de otro usuario sin la autorización de dicho usuario y de Twitch;

xv. a no intentar circunvenir ninguna técnica de filtrado de contenidos que empleemos, y a no intentar acceder a cualquier servicio o área de los Servicios de Twitch a la que no tengas autorización para acceder;

xvi. a no intentar indicar de cualquier modo que tienes una relación con nosotros, que te avalamos o que aprobamos cualesquiera productos o servicios por cualquier motivo, a no ser que tengas nuestro consentimiento previo por escrito; y

xvii. a no utilizar los Servicios de Twitch para cualquier fin ilegal, que infrinja cualquier ley o normativa local, estatal, nacional o internacional, incluida, sin limitación alguna, la legislación en materia de propiedad intelectual u otros derechos sobre la propiedad, la protección y la privacidad de los datos.

En el grado en que lo permita la ley, Twitch no asume ningún tipo de responsabilidad por el Contenido de usuario ni por cualquier pérdida o daño resultante del mismo; tampoco será Twitch responsable de ningún error, difamación, calumnia, injuria, omisión, falsedad, obscenidad, pornografía o blasfemia que puedas encontrar cuando utilices los Servicios de Twitch. Usas los Servicios de Twitch bajo tu propia responsabilidad. Asimismo, estas normas no crean ningún derecho privado de acción

por parte de ningún tercero ni ninguna expectativa razonable de que los Servicios de Twitch no tendrán contenido prohibido por dichas normas. El uso de los Servicios de Twitch es bajo tu propio riesgo. Además, estas reglas no crean ningún derecho de acción privado por parte de ningún tercero ni ninguna expectativa razonable de que los Servicios de Twitch no contendrán ningún contenido que esté prohibido por dichas reglas.

Twitch no es responsable de las declaraciones o las representaciones incluidas en el Contenido de usuario. Twitch no avala ningún Contenido de usuario, opinión, recomendación o consejo expresado en este, y Twitch renuncia a toda responsabilidad en conexión con el Contenido de usuario. En el grado en que lo permite la legislación vigente, Twitch se reserva el derecho, de eliminar, filtrar o modificar cualquier Contenido de usuario publicado o almacenado en los Servicios de Twitch en cualquier momento y por cualquier motivo sin aviso, incluido cuando dicho Contenido de usuario infrinja estos Términos del servicio o la ley en vigor, y tú serás el único responsable de crear copias de seguridad y sustituir el Contenido de usuario que publiques o almacenes en los Servicios de Twitch, de cuyos costes y gastos serás el único responsable. Cualquier uso de los Servicios de Twitch que infrinja lo anteriormente expresado incumple estos Términos del servicio y podrá tener como consecuencia, entre otras cosas, la terminación o suspensión de tus derechos a utilizar los Servicios de Twitch.

A los residentes de la República de Corea, Twitch les notificaría el motivo sin dilación para que puedan adoptar las medidas necesarias, excepto en el caso en que Twitch considere razonablemente que dicha notificación está legalmente prohibida (por ejemplo, cuando hacerlo (i) violaría las leyes, reglamentos u órdenes aplicables de las autoridades reguladoras o (ii) comprometería una investigación en curso realizada por una autoridad reguladora) o que cualquier notificación puede causarle daño a usted, a terceros, a Twitch o sus filiales (por ejemplo, cuando la notificación pudiera perjudicar la seguridad de los Servicios de Twitch).

10. Respeto de los derechos de autor

Twitch respeta la propiedad intelectual y cumple los requisitos establecidos en la ley Digital Millennium Copyright Act ("DMCA") y demás leyes aplicables. Si eres un propietario o el agente de un propietario de derechos de autor y consideras que existe contenido publicado en los Servicios de Twitch que infringe tus derechos de autor, envía una notificación siguiendo nuestras Directrices de la DMCA, que incluyen información adicional acerca de nuestras políticas e indican qué incluir en tu notificación y dónde enviarla.

11. Marcas

TWITCH, the Twitch logos, and any other product or service name, logo, or slogan used by Twitch, and the look and feel of the Twitch Services, including all page headers, custom graphics, button icons, and scripts, are trademarks or trade dress of Twitch, and may not be used in whole or in part in connection with any product or service that is not Twitch's, in any manner that is likely to cause confusion among customers, or in any manner that disparages or discredits Twitch, without our prior

written permission. Any use of these trademarks must be in accordance with the Twitch Trademark Guidelines.

Todas las demás marcas a las que hagan referencia los Servicios de Twitch son propiedad de sus respectivos titulares. Ninguna referencia en los Servicios de Twitch a cualquier producto, servicio, proceso o información por su nombre comercial, marca, fabricante, proveedor, etc. significa o implica que apoyemos, patrocinemos o recomendamos los mismos o cualquier vinculación.

12. Contenido de terceros

Además del Contenido de usuario, Twitch podrá proporcionar contenido de terceros en los Servicios de Twitch (conjuntamente, el "Contenido de terceros"). Twitch no controla ni avala ningún Contenido de terceros y no realiza ninguna manifestación ni otorga garantías de ningún tipo en relación con el Contenido de terceros, incluido, sin limitación alguna, en cuanto a su precisión o integridad. Ten en cuenta que no creamos Contenido de terceros ni lo actualizamos o supervisamos. Por ello no seremos responsables de ningún Contenido de terceros en los Servicios de Twitch.

Serás responsable de decidir si deseas usar o acceder a sitios web o aplicaciones de terceros que se vinculan desde los Servicios de Twitch (los "Sitios web referenciados"). Twitch no controla ni avala dichos Sitios web referenciados ni la información, los materiales o los productos o servicios que contienen o son accesibles desde los Sitios web referenciados, y no realiza ningún tipo de manifestación ni otorga ninguna garantía en cuanto a los Sitios web referenciados. Además, tu correspondencia o tus relaciones comerciales, o tu participación en promociones de anunciantes encontrados en o a través de los Servicios de Twitch tienen lugar únicamente entre ti y dicho anunciante. El acceso a Sitios web referenciados y el uso de los mismos, incluidos la información, los materiales y los productos y servicios disponibles en o a través de los Sitios web referenciados se realiza exclusivamente bajo tu propia responsabilidad.

13. Envío de ideas

Al enviar ideas, sugerencias, documentos o propuestas (los "Envíos") a Twitch o a sus empleados, reconoces y aceptas que Twitch tendrá derecho a utilizar o divulgar dichos Envíos para cualquier fin y de cualquier manera sin proporcionarte ninguna compensación o reconocimiento.

14. Revocación

En la máxima medida permitida por la legislación aplicable, Twitch se reserva el derecho a revocar tu licencia para utilizar los Servicios de Twitch (incluso para publicar Contenido de usuario) sin previo aviso y a su libre elección, y a bloquear o impedirte usar y acceder a los Servicios de Twitch en el futuro, incluido cuando consideremos razonablemente que: (a) el uso que haces de los Servicios de Twitch infringe estos Términos del servicio o la legislación aplicable, (b) estás usando los Servicios de Twitch de forma fraudulenta o indebida, o (c) no podemos seguir ofreciéndote los Servicios de Twitch por motivos técnicos o razones empresariales legítimas. Nuestro derecho a finalizar tu licencia incluye la capacidad de cancelar o suspender tu acceso

a los productos comprados o los servicios contratados, incluidas tus suscripciones o cuentas de Prime Gaming o Turbo. En la máxima medida permitida por la legislación aplicable, la única acción que podrás ejercer ante cualquier motivo de insatisfacción con (i) los Servicios de Twitch; (ii) cualquier disposición de estos Términos del servicio; (iii) cualquier política o práctica con la que Twitch gestione los Servicios de Twitch; o (iv) cualquier contenido o información que se transmita a través de los Servicios de Twitch, consistirá en cancelar tu cuenta y dejar de usar todas y cada una de las partes de los Servicios de Twitch.

Para los residentes de la República de Corea, Twitch les notificaría el motivo sin dilación para que puedan adoptar las medidas necesarias, excepto en el caso en que Twitch considere razonablemente que dicha notificación está legalmente prohibida (por ejemplo, cuando hacerlo (i) violaría las leyes, reglamentos u órdenes aplicables de las autoridades reguladoras o (ii) comprometería una investigación en curso realizada por una autoridad reguladora) o que cualquier notificación puede causarle daño a usted, a terceros, a Twitch o sus filiales (por ejemplo, cuando la notificación pudiera perjudicar la seguridad de los Servicios de Twitch).

15. Conflictos

a. Exoneración de responsabilidad

En el grado en que lo permita la ley en vigor, te obligas a indemnizar, defender y mantener indemne a Twitch, a sus entidades vinculadas, contratistas, empleados y agentes y a sus terceros proveedores, licenciantes y socios comerciales (en conjunto denominados "Partes de Twitch") frente a cualesquiera demandas, pérdidas, daños, reclamaciones, costes y responsabilidades, incluidos los honorarios y gastos legales, que se deriven de; un uso o uso indebido que realices de los Servicios de Twitch; de cualquier Contenido de usuario que publiques, almacenes o transmitas en o a través de los Servicios de Twitch; de la infracción, por tu parte, de los derechos de cualquier tercero; de cualquier incumplimiento, por tu parte, de estos Términos del servicio; o de cualquier incumplimiento de tus declaraciones, garantías y compromisos. Acuerdas notificar de inmediato a las Partes de Twitch de cualquier reclamación de terceros, y Twitch se reserva el derecho, a tu cargo, a asumir en exclusiva la defensa y el control de cualquier asunto respecto del cual debas exonerar de responsabilidad a Twitch, y aceptas colaborar con la defensa de Twitch frente a dichas demandas. Twitch empleará esfuerzos razonables para notificarte cualquier demanda, acción o procedimiento judicial en cuanto llegue a su conocimiento.

b. Exclusión de responsabilidad; Exclusión de garantías

EN LA MÁXIMA MEDIDA PERMITIDA POR LA LEGISLACIÓN APLICABLE: (A) LOS SERVICIOS DE TWITCH Y EL CONTENIDO Y LOS MATERIALES EXISTENTES EN LOS MISMOS SE PROPORCIONAN "TAL CUAL", SIN GARANTÍAS DE NINGÚN TIPO, YA SEAN EXPRESAS O IMPLÍCITAS, SALVO QUE TWITCH INDIQUE EXPRESAMENTE LO CONTRARIO POR ESCRITO; (B) LAS PARTES DE TWITCH EXCLUYEN TODAS LAS DEMÁS GARANTÍAS REGLAMENTARIAS, EXPRESAS O IMPLÍCITAS, INCLUIDAS A TÍTULO ENUNCIATIVO, QUE NO LIMITATIVO, LAS GARANTÍAS IMPLÍCITAS DE COMERCIALIZACIÓN, IDONEIDAD PARA UN FIN CONCRETO, TITULARIDAD Y NO INFRACCIÓN EN LO QUE RESPECTA A LOS

SERVICIOS DE TWITCH, INCLUIDO CUALQUIER INFORMACIÓN, CONTENIDO O MATERIAL EXISTENTE EN LOS SERVICIOS DE TWITCH; (C) TWITCH NO MANIFIESTA NI GARANTIZA QUE EL CONTENIDO O LOS MATERIALES EXISTENTES EN LOS SERVICIOS DE TWITCH SEAN PRECISOS, ESTÉN COMPLETOS, SEAN FIABLES O ESTÉN ACTUALIZADOS O LIBRES DE ERRORES; (D) TWITCH NO ES RESPONSABLE DE ERRORES TIPOGRÁFICOS EN TEXTOS O FOTOGRAFÍAS; Y (E) AUNQUE TWITCH INTENTA QUE EL ACCESO A LOS SERVICIOS DE TWITCH Y EL USO DE LOS MISMOS, POR TU PARTE, SEAN SEGUROS, TWITCH NO PUEDE MANIFESTAR NI GARANTIZAR Y NO MANIFIESTA NI GARANTIZA QUE LOS SERVICIOS DE TWITCH O NUESTRO(S) SERVIDOR(ES) ESTÉN LIBRES DE VIRUS U OTROS COMPONENTES DAÑINOS, Y POR LO TANTO, DEBERÁS UTILIZAR SOFTWARE RECONOCIDO POR EL SECTOR PARA DETECTAR Y DESINFECTAR VIRUS DE CUALQUIER DESCARGA. NINGÚN ASESORAMIENTO NI NINGUNA INFORMACIÓN QUE OBTENGAS VERBALMENTE O POR ESCRITO A TRAVÉS DE TWITCH O DE LOS SERVICIOS DE TWITCH CREARÁ NINGUNA GARANTÍA DISTINTA DE LAS EXPRESAMENTE ESTABLECIDAS EN EL PRESENTE DOCUMENTO.

c. Limitación de responsabilidad y daños

i. Limitación de responsabilidad

EN LA MÁXIMA MEDIDA PERMITIDA POR LA LEGISLACIÓN APLICABLE: (A) NI TWITCH NI LAS PARTES DE TWITCH SERÁN EN NINGÚN CASO RESPONSABLES DE LOS DAÑOS DIRECTOS, ESPECIALES, INDIRECTOS, EMERGENTES O DE CUALQUIER TIPO, INCLUIDO A TÍTULO ENUNCIATIVO, QUE NO LIMITATIVO, EN CASO DE PÉRDIDA DE USO, PÉRDIDA DE BENEFICIOS O PÉRDIDA DE DATOS, YA SEA DE ORIGEN CONTRACTUAL, EXTRA CONTRACTUAL (INCLUIDA A TÍTULO ENUNCIATIVO, QUE NO LIMITATIVO, LA NEGLIGENCIA) O DE OTRO TIPO, QUE SE DERIVEN DE CUALQUIER MODO DEL USO O LA INCAPACIDAD DE USAR LOS SERVICIOS DE TWITCH, EL CONTENIDO O LOS MATERIALES, INCLUYENDO, SIN LIMITACIÓN ALGUNA, LOS DAÑOS QUE OCASIONE O SE DERIVEN DE LA UTILIZACIÓN, POR PARTE DEL USUARIO, DE CUALQUIER INFORMACIÓN OBTENIDA A TRAVÉS DE TWITCH, O QUE SEAN CONSECUENCIA DE ERRORES, OMISIONES, INTERRUPCIONES, ELIMINACIONES DE ARCHIVOS O MENSAJES DE CORREO ELECTRÓNICO, ERRORES, DEFECTOS, VIRUS, RETRASOS EN EL FUNCIONAMIENTO O TRANSMISIÓN O CUALQUIER FALLO DE RENDIMIENTO, SEA RESULTANTE O NO DE HECHOS FORTUITOS, FALLOS EN LAS COMUNICACIONES, ROBOS O DESTRUCCIÓN O ACCESO NO AUTORIZADO A LOS REGISTROS, PROGRAMAS O SERVICIOS DE TWITCH; Y (B) LA RESPONSABILIDAD TOTAL DE TWITCH, YA SEA CONTRACTUAL, EXTRA CONTRACTUAL O POR GARANTÍA (INCLUIDO POR NEGLIGENCIA, YA SEA ACTIVA, PASIVA O IMPUTADA), SU RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, SU RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SU RESPONSABILIDAD DERIVADA DE CUALQUIER OTRO PRINCIPIO JURÍDICO, EN RELACIÓN CON EL USO O LA INCAPACIDAD DE USAR LOS SERVICIOS DE TWITCH, NO EXCEDERÁ EN NINGÚN CASO DEL IMPORTE QUE HAYAS ABONADO, EN SU CASO, POR ACCEDER A LOS SERVICIOS DE TWITCH DURANTE LOS DOCE (12) MESES

INMEDIATAMENTE ANTERIORES A LA FECHA DE LA DEMANDA O DE LA CANTIDAD DE CIEN DÓLARES (AQUELLA QUE SEA MAYOR). EN LA MEDIDA EN QUE LA LEY APLICABLE IMPIDA LA LIMITACIÓN DE TAL RESPONSABILIDAD, TWITCH LIMITARÁ SU RESPONSABILIDAD EN TODO LO PERMITIDO POR LA LEY APLICABLE.

ii. Sitios web referenciados

ESTAS LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD TAMBIÉN SE APLICAN CON RESPECTO A LOS DAÑOS QUE SE TE OCACIONEN POR CAUSA DE CUALQUIER PRODUCTO VENDIDO O SERVICIO PRESTADO EN CUALQUIER SITIO DE REFERENCIA O POR TERCEROS DISTINTOS DE TWITCH, QUE RECIBAS O QUE SE ANUNCIEN A TRAVÉS DE LOS SERVICIOS DE TWITCH O QUE RECIBAS A TRAVÉS DE CUALQUIER SITIO WEB REFERENCIADO.

iii. Base del acuerdo

RECONOCES Y ACEPTAS QUE TWITCH HA OFRECIDO LOS SERVICIOS DE TWITCH, EL CONTENIDO DE USUARIO, LOS MATERIALES Y DEMÁS CONTENIDOS E INFORMACIÓN, QUE HA FIJADO SUS PRECIOS Y ESTABLECIDO ESTOS TÉRMINOS DEL SERVICIO FUNDAMENTÁNDOSE EN LAS EXCLUSIONES DE GARANTÍAS Y LAS LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDAS EN EL PRESENTE DOCUMENTO, QUE LAS EXCLUSIONES DE GARANTÍAS Y LAS LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDAS EN EL PRESENTE DOCUMENTO REFLEJAN UNA DISTRIBUCIÓN RAZONABLE Y JUSTA DEL RIESGO ENTRE TÚ Y TWITCH, Y QUE LAS EXCLUSIONES DE GARANTÍAS Y LAS LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDAS EN EL PRESENTE DOCUMENTO CONSTITUYEN LA BASE ESENCIAL DEL ACUERDO ENTRE TÚ Y TWITCH. TWITCH NO PODRÍA PRESTARTE LOS SERVICIOS DE TWITCH DE FORMA RAZONABLE ECONÓMICAMENTE SIN ESTAS LIMITACIONES.

d. Legislación aplicable y fuero

(i) En la máxima medida permitida por la legislación aplicable, tú y Twitch acordáis que, si eres una Organización Suscriptora o un consumidor residente en una jurisdicción distinta de las indicadas en el apartado (ii) siguiente, se aplicarán las disposiciones sobre ley aplicable y arbitraje que se establecen a continuación:

LEE EL SIGUIENTE PÁRRAFO ATENTAMENTE, YA QUE TE INFORMA SOBRE CÓMO SE ARBITRAN LAS CONTROVERSIAS CON TWITCH Y LIMITA LA FORMA EN QUE PUEDES TRATAR DE QUE TWITCH RESARZA LOS DAÑOS QUE SE TE HAYAN OCASIONADO.

Twitch y tú aceptáis someter a arbitraje cualquier controversia derivada de estos Términos del servicio o del uso de los Servicios de Twitch por tu parte, en el entendimiento, no obstante, de que ni tú ni Twitch estáis obligados a someter a arbitraje ninguna controversia en la que cualquiera de las partes solicite un resarcimiento equitativo o de otro tipo por el presunto uso ilícito de derechos de autor, marcas, nombres comerciales, logotipos, secretos comerciales o patentes. EL

ARBITRAJE TE IMPIDE PRESENTAR UNA DEMANDA O SOLICITAR LA CELEBRACIÓN DE UN JUICIO CON JURADO. Twitch y tú os comprometéis a notificaros por escrito cualquier controversia en un plazo de treinta (30) días contados desde la fecha en que se produzca la misma. La notificación a Twitch deberá enviarse a Twitch Interactive, Inc., Attn: Legal, 225 Bush Street, 9th Floor, San Francisco, CA 94104, Estados Unidos. Además, Twitch y tú os obligáis a tratar de resolver la controversia de manera informal antes de cursar una solicitud de arbitraje, acordáis que cualquier arbitraje tendrá lugar en el condado de Santa Clara en California y se celebrará de manera confidencial con un único árbitro, de acuerdo con el reglamento del Servicio de Mediación y Arbitraje Judicial (JAMS), y que los tribunales estatales o federales del condado de Santa Clara en California tendrán competencia exclusiva para conocer de cualquier recurso que se plantee contra un laudo arbitral, y sobre cualquier litigio entre las partes que no esté sometido al arbitraje. Salvo por los procedimientos colectivos y las acciones legales que se indican a continuación, el árbitro tendrá autoridad para conceder cualquier reparación que pueda reclamarse ante un tribunal. Cualquier controversia entre las partes se regirá por el presente Contrato, las leyes del estado de California y las leyes de EE.UU., sin remisión a ningún principio sobre conflictos de leyes que pueda establecer la aplicación de las leyes de otra jurisdicción. Con independencia de que la controversia se plantee en un arbitraje o en los tribunales, ni tú ni Twitch presentaréis una demanda colectiva ni iniciareis un arbitraje colectivo ni ninguna otra acción o procedimiento colectivo contra la otra parte.

(ii) Si resides en una jurisdicción en la que no pueda aplicarse la disposición de la sección anterior, cualquier disputa, reclamación y causa derivada que surja de estos Términos del servicio o esté relacionada con ellos se regirá e interpretará de acuerdo con las leyes de su jurisdicción de residencia, y será resuelta por tribunales civiles competentes dentro de dicha jurisdicción de residencia.

e. Demandas.

TÚ Y TWITCH ACORDÁIS QUE CUALQUIER CAUSA DE ACCIÓN DERIVADA DE LOS SERVICIOS DE TWITCH O RELACIONADA CON LOS MISMOS DEBERÁ INICIARSE EN EL PLAZO DE UN (1) AÑO CONTADO A PARTIR DE LA FECHA EN QUE SE PRODUZCA EL HECHO QUE CONSTITUYA LA CAUSA DE ACCIÓN. EN CASO CONTRARIO, DICHA CAUSA DE ACCIÓN PRESCRIBIRÁ DE FORMA PERMANENTE.

16. Disposiciones generales

a. Renuncia.

En caso de que Twitch no ejercite cualquier derecho o no exija el cumplimiento de cualquier disposición de estos Términos del servicio, ello no se considerará como una renuncia a dicho derecho o a exigir el cumplimiento de dicha disposición. Cualquier renuncia a exigir el cumplimiento de las disposiciones de estos Términos del servicio será válida únicamente si se formaliza por escrito en un documento firmado por la parte pertinente.

b. Nulidad parcial.

Si cualquier disposición de estos Términos del servicio es declarada ilegal, nula o ineficaz por cualquier causa, será limitada o eliminada de estos Términos del servicio en la mínima medida necesaria y no afectará a la validez o eficacia de las disposiciones restantes.

c. Asignación.

Estos Términos del servicio, así como los derechos y licencias otorgados por el presente documento, no podrán ser transmitidos ni cedidos a tu favor, pero podrán ser cedidos por Twitch sin restricción alguna. Todo intento de cesión que infrinja estos Términos del servicio será nulo.

d. Pervivencia.

A la resolución de estos Términos del servicio, cualquier disposición que, por su naturaleza o redacción expresa deba permanecer en vigor, pervivirá tras la resolución o extinción del presente documento, incluyendo a título enunciativo, que no limitativo, las Secciones 7, 8, 11, 12, y 15-17.

e. Acuerdo completo.

Los Términos del servicio, que incluyen las Condiciones de venta y las Directrices de la comunidad, constituyen el acuerdo completo entre tú y Twitch con respecto al objeto del presente documento, y podrán modificarse únicamente mediante la formalización de un acuerdo firmado por ambas partes, o mediante la modificación de estos Términos del servicio por parte de Twitch de conformidad con lo establecido en la Sección 6 anterior.

17. Solicitudes de información e instrucciones para la entrega de una citación

Todas las solicitudes de información o documentos relacionados con procedimientos judiciales, investigaciones o litigios potenciales, previstos o en curso deberán realizarse siguiendo los cauces legales oportunos, y deberán entregarse debidamente a Twitch a través de Corporation Service Company (CSC), que es el agente registrado de Twitch a nivel nacional. La dirección de CSC en California se indica a continuación (podrás encontrar la oficina de CSC en tu jurisdicción a través del sitio web de la Secretaría de Estado):

Twitch Interactive, Inc.
c/o Corporation Service Company
2710 Gateway Oaks Drive, Suite 150N
Sacramento CA 95833, Estados Unidos.

Ten en cuenta que Twitch no acepta la entrega de solicitudes de información o documentos o notificaciones procesales por correo electrónico o fax, y no responderá a dichas solicitudes. Todas las solicitudes deberán incluir la información que puedas tener para ayudarnos a identificar los registros pertinentes (en concreto, el Servicio de Twitch en cuestión, por ej. www.twitch.tv; y el nombre de usuario en cuestión, por ej., el nombre de usuario de Twitch: <http://www.twitch.tv/nombreUsuario>), la

información específica solicitada y su relación con tu investigación. Ten en cuenta que si limitas tu solicitud a los registros pertinentes (por ej., a un periodo de tiempo limitado), tu solicitud se tramitará de manera más eficiente.

Los Servicios de Twitch son ofrecidos por Twitch Interactive, Inc., con domicilio en: 225 Bush Street, 9th Floor, San Francisco, CA 94104, Estados Unidos y con dirección de correo electrónico: help@twitch.tv. Si resides en California, puedes recibir por correo electrónico esta misma información enviando una carta a la dirección anterior en la que solicites dicha información e indiques tu dirección de correo electrónico.

18. Términos específicos para Soundtrack by Twitch

Soundtrack by Twitch (“Soundtrack”), que forma parte de los servicios de Twitch, es una herramienta de transmisión diseñada para dar a los creadores la capacidad de reproducir música con licencia de fondo en sus transmisiones en directo y cargar vídeos según demanda de esas transmisiones en directo que no incluyan dicha música. Al descargar, instalar y usar Soundtrack, aceptas que dicha descarga, instalación o uso de Soundtrack se registrará por estos Términos de servicio. También debes respetar las Directrices de la Comunidad y las Directrices sobre la música de Twitch, y te recomendamos que revises ambos recursos antes de usar Soundtrack.

Soundtrack nació del deseo de Twitch de ofrecer a los creadores una amplia variedad de música con licencia para la transmisión en directo. Para hacerlo posible, Twitch ha acordado licencias con muchos propietarios de derechos distintos, y sigue haciéndolo para agregar nuevas pistas a las emisoras y listas de reproducción de Soundtrack. Twitch también diseñó Soundtrack para ofrecer a los creadores la posibilidad de generar vídeos según demanda de sus transmisiones en directo que no incluyan esta música.

Las licencias obtenidas por Twitch permiten que los materiales de Soundtrack estén disponibles para usarlos en las transmisiones en directo de tu canal. La música y el resto de materiales disponibles a través de Soundtrack no tienen licencia para su uso en contenido pregrabado, en contenido que se transmita según demanda (como los vídeos según demanda y clips) o en otros servicios ajenos a Twitch. Esto significa que no puedes:

Create on-demand content containing materials from Soundtrack – we have designed Soundtrack with this restriction in mind, and proper setup will allow you to create and use music-free on-demand videos of live streams that include Soundtrack music; or transmitir en directo contenido que incluya música u otro material de Soundtrack fuera de los servicios de Twitch.

Si hicieras cualquiera de las cosas mencionadas arriba, podrías recibir un aviso por posible infracción de los derechos de los propietarios y sus agentes.

Por último, queremos recalcar que los derechos musicales suelen evolucionar con el tiempo. Por lo tanto, nos reservamos el derecho de modificar o eliminar canciones u otro tipo de contenido de Soundtrack en cualquier momento (por ejemplo, si resulta necesario para cumplir con nuestras licencias o con las leyes aplicables). Twitch no asumirá las responsabilidades asociadas a tu uso de Soundtrack.

Notas al final

ⁱ Sin menosprecio, pero con crítica, es bien sabido que las mentes jurídicas nacionales siguen empeñadas en temas que desde lo económico son infinitamente menos relevantes, por dar un ejemplo, aun cuando las controversias por responsabilidad patrimonial estatal —en total acumulado— solo alcanzó la cifra equivalente a \$394.69 billones de pesos —aproximadamente 99.174 mil millones de dólares — a marzo del año 2019 (Ortiz, 2019), observamos que el Consejo de Estado asigna 9 de sus 31 Magistrados a este tema, que las universidades hacen del asunto una materia nuclear, y que hasta hay especializaciones y maestrías dedicadas exclusivamente a esa forma de responsabilidad. ¿Puede alguien explicar la razón por la cual siendo el tema de este trabajo 1.81ⁱ veces mayor en términos económicos nadie habla de él? Tal vez mentes muy brillantes perciben el tema de este trabajo como algo lejano y ajeno.

ⁱⁱ Esta cantidad de tiempo, que ha compartido Bungie en el *This Week At Bungie* del 16 de septiembre de 2021, parece ser algo imposible pero la realidad es que al sumar todo el tiempo que cada jugador ha estado en el juego —tal como se haría el cálculo de horas/hombre en un contrato estatal— obtenemos esa “módica” suma de tiempo en un lapso de 7 años.

ⁱⁱⁱ La aceptación tácita se presenta cuando cualquier usuario ingresa a la plataforma y hace uso de los servicios que son prestados —cabe aclarar que para poder iniciar un *stream* es necesario que el usuario se registre en la plataforma y que verifique su cuenta mediante una confirmación de correo electrónico—, por lo cual con el simple hecho de ingresar a la plataforma ya se aceptan absolutamente todos los Términos del servicio. Mientras que la aceptación expresa es la que se hace al hacer click en el botón “Aceptar Términos del servicio” cuando dicha ventana aparece en el navegador web. Dado que es claro cuáles son los dos

medios de aceptación, nos falta establecer qué sucede en caso de que el usuario no esté de acuerdo con los Términos del servicio, para lo cual solo basta revisar la última frase del tercer inciso del numeral primero, pues establece que, si el usuario no se encuentra de acuerdo, lo que debe hacer es no acceder a los servicios de *Twitch*, y así, se entenderá que no acepta el contrato. Es absolutamente común que este tipo de situaciones se presenten en los contratos adhesivos que se encuentran en internet y en todo tipo de negocios jurídicos hoy en día, en los cuales se está prestando un servicio, como es el caso de Facebook, YouTube, Instagram, Twitter, las páginas web de noticias como *Semana*, *El Espectador*, *El Tiempo* y, cómo no, la página institucional de la Pontificia Universidad Javeriana.

^{iv} Todos estos elementos, es decir cada uno de ellos, se encuentran dentro de la protección del Copyright y comprenden los elementos de video, cada uno ha tenido un desarrollador, en este caso Bungie, que ha creado los *Skyboxes*, a través de equipos de diseñadores de niveles, asignados para diseñar la geografía, las texturas de las destinaciones o planetas, los actores con trajes de captura de movimiento para interacciones especiales de los NPCs, y así sucesivamente, tan solo para construir la parte visual del juego, es decir, sin contar los conceptos de arte que se hacen con antelación para cualquier parte visual del juego.

^v Como puede verse, este contrato es lo que permite que exista claridad absoluta en quién es dueño del videojuego final, para que no exista una disputa posterior por los derechos patrimoniales del mismo, pero este mismo tipo de contrato se puede aplicar entre un distribuidor y un desarrollador, de modo que el distribuidor contrata un estudio que desarrolla videojuegos para, valga la redundancia, desarrollar un determinado juego, tal como es el caso de *Activision*, la distribuidora de *Call of Duty* —juego que es desarrollado por *Infinity Ward* y *Treyarch*—, *CrashBandicoot* —desarrollado por *Naughty Dog*— y, hasta 2018, *Destiny 2*.

^{vi} Este elemento aleatorio, en cuanto crea un universo de posibilidades, es fundamental para el entretenimiento del usuario y es lo que, a fin de cuentas, permite que existan momentos increíbles en los videojuegos, como p. ej. Pokémon Vario color cuyas posibilidades son 1 en 4096 —es decir una posibilidad de 0.0244%— o la posibilidad de conseguir las ventajas ideales de un arma en Destiny —cada arma tiene 4 columnas de ventajas, cada columna puede tener un máximo de 12 ventajas posibles y solamente se puede tener 1 ventaja por columna que es elegida al azar por la máquina—; incluso existe videojuegos en los que las probabilidades derivan del tipo de personaje que el jugador escoge al momento de jugar, pues muchos juegos permiten seleccionar entre distintos personajes, y sus creadores se han tomado la tarea de hacer que cada personaje tenga distintas interacciones, habilidades, diálogos, etc. que afectan lo que es conocido como *gameplay* y corresponde a la manera en que el juego es percibido y jugado por el usuario.

^{vii} En caso de que apruebe la creación de contenido por parte del desarrollador o distribuidor —ya sea mediante un stream o un video—, se requiere que por dicho contenido no exista una retribución económica de ninguna clase, lo cual lleva concluir que se sigue violando la licencia y, por lo tanto, no es factible utilizar una generalización como una solución al problema.

^{viii} Quienes hacen parte del programa de Partners de Twitch tienen acceso a diferentes beneficios, como distintos medios para monetizar su canal en la plataforma, esto incluye las donaciones, suscripciones y el manejo de los *ads* que se reproducen sobre su contenido, pero lo llamativo no es el control que pueden tener los Partners de Twitch sobre la monetización de su canal, sino que de todas estas transacciones Twitch toma una comisión de aproximadamente el 50% del valor total.

^{ix} Soundtrack tiene un funcionamiento bastante sencillo para el espectador, ya que si el streamer está usando la extensión de Soundtrack, se puede oír la música que tiene el streamer mientras hace su stream. Pero, en el momento en que el stream termina y es almacenado en los servidores de la plataforma, de acuerdo con lo establecido en los Términos del Servicio, la música no va a ser perceptible para quien quiera volver a ver el *stream* en diferido. En términos sencillos, se autoriza el uso de la música de las 32 discográficas durante el stream, pero no se puede hacer la sincronización de estas canciones.

^x En este punto es necesario hacer una salvedad, los Términos y Condiciones de todas las plataformas de streaming de música no son idénticas, solamente tomaremos los de Spotify y de Apple Music como referencia de lo que se podría esperar que la competencia establezca en sus Términos y Condiciones, pues puede que alguna no establezca los mismos criterios o usos que estas dos plataformas tienen, las cuales en conjunto abarcan un 48% de cuota del mercado.

^{xi} En la industria de la música es más que claro que un uso personal es el que se hace cuando se está en el carro y se pone música, cuando se está en la hora del almuerzo y pone música para ambientar, incluso una reunión familiar o cuando se está en una subasta a puerta cerrada, pero cualquier uso que esté por fuera de usos similares a los descritos se entiende como un uso por el que se debe pagar regalías al derechohabiente. A lo anterior le cabe una excepción que debe revisarse caso por caso y es lo que se denomina como un uso justo o como un uso que se considera una limitación a los derechos del derechohabiente.

^{xii} Ahora, no puede faltar aquel que busque utilizar el argumento de que está utilizando una playlist que fue creada por él mismo y, por lo tanto, tiene alguna clase de derecho autor sobre la misma, y que le permite utilizar el contenido de la misma como una excepción o limitación al derecho de autor o el copyright que tiene el derechohabiente de cada canción de

la playlist, pero la realidad es que, tanto en los derechos de autor como en el copyright, las listas no son consideradas como una obra, principalmente porque carecen de originalidad, ya que están organizadas en orden ortográfico o de forma absolutamente aleatoria, por lo cual no pueden considerarse como obras.

^{xiii} Lo que resulta de leer e interpretar este párrafo es un círculo vicioso en el cual el streamer no tiene los derechos que está licenciándole a *Twitch* pues la Licencia del videojuego no les otorga el derecho de comunicación al público y, posteriormente, al momento de revisar las guías o parámetros establecidos por el derechohabiente para tolerar la infracción a sus derechos, encontramos que debemos referirnos a los Términos del Servicio de la plataforma de streaming para establecer cómo se debe proseguir y, tal como se ha establecido previamente, retornamos al primer punto: los streamers no tienen la capacidad de licenciar su contenido, pues no tienen el derecho de comunicación al público... es un círculo vicioso que busca, a falta de un mejor término, enredar y entorpecer el proceso de seguimiento de los derechos derivados de la licencias.

^{xiv} Es por esta contradicción que este precedente resulta tan relevante, pues demuestra claramente que los derechohabientes que están viendo sus derechos vulnerados solamente van a perseguir a los infractores de acuerdo a la conveniencia que presente el hacer dicha reclamación, lo cual conlleva a una reflexión sobre el componente a analizar al momento en que el derechohabiente decida repetir contra un streamer pues, como se mencionó anteriormente, el texto de guía entregado por el derechohabiente es excesivamente oscuro en cuanto a un criterio cierto para determinar si existe, o no, una infracción a sus derechos debido a que este es completamente subjetivo. Es de señalar que en una misma demanda, presentada por el derechohabiente, encontramos dualidad en cuanto al análisis que se realizó, afirmando en un primer momento que existe una supuesta licencia para los creadores de contenido que

sufrieron el ataque injustificado por parte del demandado, porque supuestamente siguieron las políticas establecidas; pero en un segundo momento se utilizó como criterio la licencia examinada en el numeral 2.2 del presente documento, para concluir que sí existió una violación.

^{xv} Este caso es bastante interesante pues Bungie creó una columna semanal en la que entrevistan a un creador de contenido de la comunidad, preguntándole como inicio, que lo motiva, que es lo que más le gusta del juego, etc.

^{xvi} Si alguno de los creadores de contenido más importantes y con más seguidores en las plataformas, comenta algo respecto de un nuevo videojuego, o sobre una determinada distribuidora, ello puede llevar a que los destinatarios de la opinión pierdan millones de dólares en segundos, o ganen millones de dólares, porque nunca antes la publicidad o la crítica de un influenciador tuvo un peso tan determinante para una industria. No es mi tarea juzgar si tal realidad es acorde con el “deber ser” en una sociedad de seres pensantes, pero sí es mi deber, dentro del marco teórico de esta investigación, exponer el asunto, no con crítica, sino como la constatación de un hecho verificado y verificable.

