
Los desafíos de la normatividad de la propiedad intelectual frente al surgimiento de los NFT'S¹

The challenges of intellectual property regulations in the face of the emergence of NFT'S

Adriana Patricia Guzmán Calderón²

Sara Ximena Pinzón Restrepo³

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0013/nuevaepoca.60.2024.12164>

Resumen

El presente trabajo pretende realizar un análisis sobre la posible protección de los NFT's bajo los derechos de autor, siendo un campo de especial importancia por la incursión en el comercio y la creación de las obras digitales. Para ello, se iniciará con una breve explicación de los conceptos principales que se van a tener en cuenta, así como la normatividad nacional colombiana e internacional, para finalizar con un análisis sobre los desafíos y beneficios del reconocimiento de la propiedad intelectual en los NFT.

Palabras Claves: Nft's, propiedad intelectual, derechos de autor, tokens no fungibles.

Abstract

This paper aims to carry out an analysis on the possible protection of NFT under copyright, being a field of special importance for the incursion into commerce and the creation of digital works. Will begin with a brief explanation of the main concepts to take into account, as well as Colombian regulation and international law, to finish with an analysis of the challenges and benefits of intellectual property recognition in NFT.

Key words: Nft's, intellectual property, copyright, non-fungible tokens.

Cómo citar este artículo: Guzmán, A. P. y Pinzón, S. X. (2023). Los desafíos de la normatividad de la propiedad intelectual frente al surgimiento de los NFT'S. Revista Nueva Época, (60), 65-89.

Open Access



¹ La presente investigación ha sido elaborada al interior del Semillero de Derecho Privado y Económico de la Universidad Libre de Colombia, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Privado y del proceso de la Facultad de derecho -Sede Bogotá-. Resultados parciales de este proyecto fueron presentados como ponencia en el XLV Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado.

² Egresada del programa de derecho de la Universidad Libre de Colombia. Sede Bogotá. Ex Miembro del Semillero de Derecho Privado y Económico dirigido por el Dr Jenner Alonso Tobar. Correo electrónico: adrianap-guzmanc@unilibre.edu.co

³ Estudiante de quinto año del programa de derecho de la Universidad Libre de Colombia. Sede Bogotá. Miembro del Semillero de Derecho Privado y Económico dirigido por el Dr Jenner Alonso Tobar Correo electrónico: sarax-pinzonr@unilibre.edu.co

Introducción

El presente artículo abordará la nueva tendencia de los NFT's (Tokens no fungibles) desde una perspectiva jurídica. Los NFT's surgen como un nuevo espectro en el mundo digital, siendo impulsado por las criptomonedas, el comercio electrónico, el arte digital y el dinamismo económico globalizado, todo con el objetivo de responder a la pregunta: ¿cuáles son los desafíos de la normatividad de la propiedad intelectual frente al surgimiento de los NFT's?

Se puede considerar que los NFT's son Tokens no fungibles, lo que equivale a objetos digitales que tienen un valor intrínseco que los hace irremplazables, están soportados en archivos digitales y para su comercialización utilizan blockchain⁴.

Los NFT's, al ser archivos digitales no reemplazables, naturalmente se entienden como objetos coleccionables y, al ser entendidos de esta manera, podemos comprender que hay un proceso de creación personal en donde un artista, bien sea física o digitalmente, crea arte.

Es por esto por lo que jurídicamente nos vamos a centrar en la normatividad de la propiedad intelectual, para fijar concepciones jurídicas frente al tema y preguntarnos de igual manera hasta qué punto la regulación existente es apropiada para abarcar esta innovación.

Este tema de investigación surge debido a que, jurídicamente, existe un escaso estado del arte en concreto sobre los NFT's, pues si es cierto que cuando hay "lagunas jurídicas" se aplican principios o analogía, este es un tema de importante trascendencia en el campo jurídico-electrónico, pues ¿cómo se están protegiendo los derechos de autor en imágenes que fácilmente pueden obtenerse mediante capturas de pantalla?

Conforme a lo anterior, se planteó el problema de ¿cuáles son los desafíos de la normatividad de la propiedad intelectual frente al surgimiento de los NFT's?, pregunta que permite analizar aspectos como la normatividad existente en cuanto a la propiedad intelectual y su campo de acción, la protección a los creadores que realizan NFT's, los posibles vacíos jurídicos de la norma y en sí, conceptualizar sobre los Tokens no fungibles.

Al tener como fin el identificar los desafíos que enfrenta la regulación de la propiedad intelectual frente a los NFT's en el marco del comercio digital, debemos sentar las bases de esta investigación. Se establecerán antecedentes teóricos en derecho en cuanto al comercio digital, la propiedad intelectual, entre otros, además de concepciones de arte, diseño, contenido digital, criptomonedas, cyberspacio y demás aportaciones teóricas que, si bien no comprenden una concepción jurídica, son necesarias para esta investigación al ser multidisciplinaria.

⁴ Según Javier Sáez (2022), blockchain es una tecnología basada en una cadena de bloques de operaciones descentralizada y pública. Esta tecnología genera una base de datos compartida a la que tienen acceso sus participantes, los cuáles pueden rastrear cada transacción que hayan realizado.

Esta será una investigación descriptiva, la cual ordenará los resultados de los factores, características, procedimientos, conductas o cualquier variable de los hechos estudiados. Así mismo, se solicitará información a la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) sobre conceptos y procedimientos en el tema por tratar, se revisarán jurisprudencia, artículos, portales digitales y demás herramientas para la correcta comprensión y hermenéutica de la normatividad que respalda a los NFT's.

De igual forma, se van a establecer cuatro acápite en los que se desarrollará la pregunta problema. Estos serán: Nociones generales. ¿Qué es una NFT?: su forma de funcionamiento y características. Allí, se establecerá a profundidad la definición y el funcionamiento de los NFT's, desde su creación hasta la comercialización.

El segundo será Aproximaciones jurídicas sobre la propiedad intelectual en el marco de los NFT a nivel internacional. Aquí se establecerá la importancia de la propiedad intelectual y se recopilará normatividad y jurisprudencia internacional.

El tercero será Regulación sobre la propiedad intelectual en Colombia: ¿es aplicable a los NFT's? De nuevo, se realizará una recopilación de normatividad, pero esta vez a nivel nacional y se confrontarán ambas compilaciones para saber si son aptas para regular los NFT's.

Por último, está el capítulo cuarto: Posible desarrollo de la normatividad

de la propiedad intelectual frente a los NFT's, en donde, a modo de conclusiones y en retrospectiva con lo investigado, se establecerá que vacíos jurídicos creó la entrada de los NFT's y en qué posibles iniciativas legislativas o tratados se deben implementar.

1. Nociones generales. ¿Qué es una NFT? Su forma de funcionamiento y características

Los NFT, por sus siglas en inglés: Non Fungible Tokens, pueden ser definidos como activos digitales que constituyen elementos intangibles como imágenes o videos y son susceptibles de compra y venta por medio de mercados en internet que generalmente funcionan con criptomonedas. Por lo general, encuentran su soporte en blockchains (Pacheco y Olarte, 2021).

Es importante entonces delimitar este concepto por medio de sus siglas y así entender ¿qué es un token? y ¿qué es un bien no fungible? Para responder la primera pregunta, un token podría entenderse como una moneda simbólica a la cual se le asigna un valor en particular, que no constituye dinero fiduciario, ni tampoco tiene un vínculo directo con la Casa de la Moneda que, en Colombia, vendría siendo el Banco de la República (Naismith, 2021). Estas monedas simbólicas son similares a las monedas de curso tradicional que en principio fueron entendidas para el uso de quien las creó, pero, poco a poco, fueron expandiéndose hasta poderse definir como todo activo virtual que tiene la capacidad de establecer un valor.

Ahora, la definición de un bien no fungible hace parte de una de las clasificaciones del derecho más comunes y se encuentra dividida en dos: bienes fungibles y bienes no fungibles. En primera medida, los bienes fungibles son aquellos capaces de ser sustituidos por otros teniendo las mismas cualidades y elementos (Avendaño y Avendaño, 2019).

A partir de esto, podemos entender que los bienes no fungibles, en términos generales, son aquellos bienes irremplazables que mantienen un carácter único y presentan una individualidad frente a otros bienes.

Es así como, para ir delimitando la naturaleza de los NFT, son aquellos bienes con características exclusivas o únicos que se traducen en un activo digital que presenta un valor determinado y se encuentra delimitado en una base de datos que registra y almacena bloques de información (blockchain).

Se hace necesaria la aclaración de que el NFT no es el archivo en sí, en sentido estricto. El NFT no es más que un código que cumple como aquel: “certificado de autenticidad público, descentralizado e incensurable” (Oliva y Gastañadú, 2022. p.40). Son un instrumento que, al ser insertado en blockchain, da confianza y seguridad al archivo que busca representar, mas no es la obra en sí.

Respecto a su naturaleza legal, no existe una definición legal o una norma que regule a los NFT, al menos en el ordenamiento jurídico colombiano. Algunos autores lo asemejan a un título valor por sus características comunes como que son susceptibles de circulación, existe un derecho patrimonial que se incorpora en ellos

y se encuentran contenidos en un documento. Actualmente, existe un debate jurídico sobre esto (Teruel y Plaza, 2021); sin embargo, no se ha llegado a un acuerdo sobre esta delimitación.

Otra gran duda que enmarcan los NFT en el campo jurídico y que, precisamente, es el tema que se pretende analizar en el presente escrito es la posibilidad de protección de los NFT bajo el régimen de propiedad intelectual, ya que estos producen una utilidad que, como explican Oliva y Gastañadú (2021), se refiere a la reproducción ilimitada de estas obras protegidas bajo NFT, lo cual constituye un problema gravísimo en la originalidad del archivo o documento. De allí el aporte esencial de los NFT, ya que, al constituir, como se mencionó antes, un certificado de autenticidad puede permitir la delimitación de la transferencia de estos y cumplir con un registro especial que puede verificarse de una forma, incluso más eficiente, que en los certificados de autenticidad tradicionales al estar bajo el registro de un blockchain.

Sin embargo, existen detractores de esta postura que niegan la protección de los NFT en sí mismos. Sin embargo, es preciso tener claro que brindan una protección como soporte, según lo planteado en el concepto 29060 de mayo de 2022 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA).

Bajo el entendido de que un NFT es un código dispuesto en una red de blockchain, cuya finalidad es certificar o dar constancia de que el activo (digital o físico) al que se encuentra vinculado es único, se concluye que un NFT, en sí mismo, NO es una obra, por lo que no está protegido por el derecho de autor (pág. 4).

En efecto, vale afirmar que existen diversos organismos y doctrinantes como Okonkwo, citado en el mismo concepto, que no consideran el NFT como un objeto de protección bajo los derechos de autor, lo que se constituye como un gran debate que se abordará con mayor detenimiento y profundidad en los capítulos subsiguientes de este trabajo.

Por otro lado, debemos diferenciar a los NFT y otras figuras como el arte digital; ya que esta última se refiere a todas las obras de arte que se encuentran preservadas o distribuidas de forma digital, ya sean obras audiovisuales, páginas web, entre otras, que presentan ciertas problemáticas respecto a su comercio y tienen los mismos problemas anteriormente descritos como lo son la piratería, la reproducción ilimitada sin que exista una diferencia tangible o notoria entre lo que se entiende como una obra original y sus copias y la distribución sin el consentimiento del autor. Estos problemas, a los que se enfrentan las personas que producen o comercializan arte digital, pueden encontrar una salida en los NFT ya que este presenta, según Valera, Valdez y Viñas (2021) “la posibilidad de controlar la autoría, unicidad, autenticidad y procedencia de la pieza”; lo que soluciona algunos de los problemas planteados. Esto es, el arte digital es un género en que ese encuadra todo tipo de arte distribuido de forma digital; en cambio, un NFT es una forma de garantizar la correcta distribución de este por medio de cadenas de información por bloques que pueden brindar diversas soluciones a los artistas digitales que no constituyen la obra en sí, sino un código de protección para esta.

Además de esto, los NFT no solamente se dedican a la protección del arte y al comercio de este, sino que se pueden traducir en diversas industrias como los videojuegos, incluso la venta de boletería, bienes muebles e inmuebles y, en general, cualquier bien que cumpla con las características de un bien no fungible que puede ser contenido en un medio digital y registrado en una blockchain.

Por ejemplo, una de las obras más conocidas por su impacto ha sido “Los primeros 500 días”, la cual es un collage de imágenes que el creador con seudónimo Beeple ha realizado durante 13 años y que, por su singularidad, se subastó en 69.3 millones de dólares. De igual manera, podemos ver marcas como Nike que lanzan Nft’s para tener un posicionamiento en el mundo de los Tokens e incluso remixes de música o tarjetas coleccionables que, según su impacto, tendrán un mayor o menor precio en la subasta.

Para dejar las bases claras y poder adentrarnos a nuestro tema de estudio, cabe establecer la forma de funcionamiento de los NFT’s; es decir, desde el momento de creación, importación del archivo a la plataforma y venta de este. Estamos hablando de una pieza digital, pero eso no significa que sea un trabajo menor o más fácil, pues aquí el artista crea su obra como cualquier otra. Además, el momento de creación es totalmente independiente de la plataforma en la que se importa el archivo; es decir, el proceso de creación es autónomo para el artista. Este puede crear tanto ilustraciones, como tracks de música, fotografías, videos, textos, juegos de realidad virtual e incluso, se están implementando boleterías para conciertos o

Tokens de membresías. Lo único que se debe tener en cuenta es que esta creación se represente en un archivo digital, es decir, que el formato sea leído por las aplicaciones de una computadora.

Cuando la obra ha sido terminada, el artista debe importarla a una plataforma que tenga un mercado en línea de NFT's. Para el proceso de importación, lo primero que debe hacer es buscar la plataforma de preferencia. Una de las más conocidas es OpenSea, la cual es un mercado en línea dedicado al comercio de los Tokens No Fungibles. Luego de esto, la plataforma solicitará vincular una cartera virtual de Ethereum⁵, la cual, al vincularse a la plataforma, automáticamente creará un usuario y a partir de allí, se puede importar el archivo digital y el creador podrá ponerle nombre, características, descripción y demás elementos propios de la obra.

Después de la importación del archivo, podemos hablar de que ya se creó el NFT debido a que su codificación es única y está en una plataforma de comercialización de Tokens no fungibles. Cuando el archivo ya se encuentre en la plataforma, se enviará un recuadro para poner en venta el Token, el creador deberá ingresar la cantidad de Ethereum⁵ que espera recibir por su NFT y procederá a firmar virtualmente la autenticidad y autoría de este.

La plataforma y en este caso, OpenSea, al ser un mercado virtual, pondrá en exhibición el NFT para que posibles compradores puedan verlo y comprarlo o realizar ofertas. Este tipo de mercado también funciona como una subasta (Morton, 2021), en la cual se cuenta con un

número determinado de días para que las personas ofrezcan por la pieza y al finalizar los días, el mejor postor se lleva el NFT.

Después de que el NFT haya sido comprado, la plataforma se queda con un porcentaje de la venta y el creador recibe los Ethereums en la cartera vinculada. Por otra parte, el comprador ahora tiene una obra única por cuanto la codificación y forma de almacenamiento de los NFT's en blockchains es inmutable: cada usuario tiene información transaccional de las cuentas de los otros, pero de manera anónima y esta tecnología es inalterable.

Una de las grandes ventajas de los NFT's es que el artista tiene un margen muy amplio de ganancia en la venta de estos Tokens, en comparación con las ventas generadas en galerías de arte convencionales, ya que no debe gastar en almacenamiento, traslado, logística y demás. (Juliana Suescun, 2022)

Por otro lado, los NFT's, al ser naturalmente comerciables, se pueden revender tal como si fueran fichas físicas coleccionables y, al constar en blockchains, el creador siempre recibirá un porcentaje de la venta debido a que este tipo de tecnología guarda memoria de cada transacción que se ha realizado. Además de estas ventajas, los NFT's también posicionan al artista en un mercado internacional, en el cual puede tener un reconocimiento más amplio del que podría generar en una galería de arte. Consecuente a esto, el artista genera una conexión más cercana con los espectadores de sus obras.

Toda esta explicación nos permite identificar que el NFT es:

⁴ Según Diego Roldan (2017), el Ethereum es la moneda virtual que se usa para el comercio de NFT's, es como si fuera un dólar o un peso colombiano pero virtual; se requiere vincular la cartera debido a que esta hace las veces de banco dentro de la plataforma, solamente que, entre la cartera, la plataforma y el creador no hay ningún intermediario para intercambiar el dinero porque se usa la tecnología blockchain.

a) Un Token lo que significa que es un objeto digital que tiene valor en cierto contexto o para determinada comunidad, aunque su propia materialidad no contenga ese valor en sí (Ripio, 2022).

b) Un bien no fungible, por lo que no se puede intercambiar por otros, puesto que son únicos en su especie y no hay otro que sea idéntico (Consumoteca, 2019).

c) Son archivos digitales debido a que son una unidad de datos o información almacenada en algún medio que puede ser utilizada por aplicaciones de la computadora, tales como .txt, .doc, .pdf, .jpg, .gif, entre otros (Duque, 2009).

d) Es irremplazable debido a que su codificación es única y nadie, aparte del propietario, puede tener esa misma codificación.

e) Es comercial, en cuanto son susceptibles de ser transferidos.

f) Es seguro, debido a que usa blockchain para garantizar el consenso y la transparencia de los datos. (Guayo, 2021).

2. Aproximaciones jurídicas sobre la propiedad intelectual en el marco de los NFT a nivel internacional

Teniendo claro que es un NFT, ahora debemos determinar qué concepciones o normatividad puede acoger a los mismos a nivel internacional, pues considerando que los NFT's son comercializados por internet, tienen un alcance global. Para esto se establecerán conceptos básicos, normatividad y jurisprudencia internacional.

En cuanto a la normatividad que podría regular a los NFT, nos vamos a referir a la propiedad intelectual, debido a que esta abarca ampliamente las actividades humanas de creación; es decir, regula las creaciones del intelecto que han sido divulgadas o reproducidas para que los creadores se beneficien de su trabajo al dar control en su uso. Dentro de este concepto hay dos grandes ramas que son:

a) La propiedad industrial, que busca la protección de derechos de aplicabilidad en el ámbito comercial, como patentes, diseños industriales e indicaciones geográficas.

b) Los derechos de autor, los cuales buscan proteger la creatividad personal que ha sido expresada, por lo cual abarca textos, dibujos, fotografías, música, escultura y videos, entre otros.

Este tipo de derechos comprende los derechos patrimoniales y morales. Los primeros regulan la propiedad de la obra en cuanto a su explotación económica, mientras que los segundos se encargan de la protección de autoría del creador. Por regla general, los derechos patrimoniales pueden transferirse e incluso son transmisibles. Ello implica que el titular puede establecer que otra persona utilice la obra con ciertas restricciones o ceder totalmente la obra.

Internacionalmente se reconoce que los derechos de autor surgen con la creación de la obra, por lo cual su protección no depende de algún tipo de inscripción. Además, el estándar de protección es durante toda la vida del artista, más 50 años después de su muerte y la protección es internacional, no solo en el país de origen de la obra.

Entendiendo la importancia de los derechos intelectuales, los países han ratificado convenios que armonizan, dan bases y rutas generales de protección para los creadores. Aproximadamente, desde el siglo XV se tiene conocimiento de la creación de patentes; sin embargo, formalmente podemos fijar como primer acontecimiento de regulación el convenio de Berna de 1886, (centrándonos en derechos de autor) que se estableció para la protección de las obras literarias y artísticas. Actualmente, se cuenta con organismos, jurisprudencia y normatividad extensa sobre el tema, por lo cual se establecerá un mapeo general del tema a nivel global, en cuanto a la regulación de los derechos de autor y el comercio electrónico. A continuación, presentamos una tabla de los principales avances en materia internacional sobre la protección de derechos de autor en la historia:

REGULACIÓN	¿APLICABLE EN COLOMBIA?	APORTE EN MATERIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL.	IMPORTANCIA PARA LOS NFT
Convenio de Berna	Mediante la Ley 33 de 1987	Enfocado en la protección de obras literarias y artísticas. En su contenido se encuentran normas de protección, sus condiciones, sus características y los titulares de los derechos de autor, entre otras disposiciones que pretendían la unificación y uniformidad en la protección de los derechos de autor internacionalmente.	A pesar de sus aportes, para la época en la que fue realizado el Convenio de Berna, aún no existía una discusión sobre las obras en medios digitales. Por tanto, su participación en el mundo de los NFT se ve reducida drásticamente; siendo su principal contribución la protección a los obras literarias y artísticas y su unificación respecto a estas.
Convención de Roma	Mediante la Ley 48 de 1975	Su principal aporte reside en incluir la protección de los derechos de autor para los productores de obras con instrumentos digitales. Allí se discuten y se plantean los derechos exclusivos de los derechos conexos; incluyendo la protección de todos aquellos que aportan para la creación de obras, como los intérpretes, los productores de fonogramas, organismos de radiodifusión entre otros.	Destaca por ser la primera convención que reconoce la inclusión de acciones protectoras de obras que son distribuidos o creadas en medios digitales.
Convenio para la producción de fonogramas en 1971	Mediante la Ley 23 de 1992	Su enfoque principal fue la protección de aquellos productores de fonogramas en contra de la producción de copias que, sin el consentimiento o permiso de aquel productor, tenían como finalidad la distribución al público Sin embargo, este convenio se queda corto respecto a proteger específicamente a estos productores, pues deja a discreción de cada Estado la facultad de adoptar las disposiciones que considere más pertinentes y favorecedoras.	Similar al convenio anterior, no existe una delimitación concreta sobre los medios digitales, sino que los aborda en un espectro mucho más amplio, para brindar esta protección sin importar el medio en el que son distribuidos.
ADPIC	Mediante la Ley 170 de 1994	El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, producto de la Organización Mundial del Comercio, incluyó las normas dispuestas en el Convenio de Berna expuesto anteriormente, exceptuando el acápite de derechos morales. Además de esto, es el primero en mencionar que las obras artísticas son difundidas por medios digitales que permiten ampliar esta protección a aquellos autores que difunden sus obras por estos medios.	Su principal aporte es que establece una diferenciación sobre los medios digitales y dispone que los Estados deben proteger que los programas de ordenador y las compilaciones de datos estén bajo estas disposiciones. Involucra los medios digitales e incorpora la protección de software y de compilaciones de datos como elementos bajo protección de obras y creaciones intelectuales.
Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales (adoptado en Ginebra el 18 de abril de 1989)	Mediante la Ley 26 de 1992	Este tratado surge por la necesidad de brindar seguridad jurídica a la distribución internacional y a la creación de obras audiovisuales. Para esto, creó la "unión para el registro internacional de obras audiovisuales" que brindó herramientas como el Registro Internacional, el cual busca que se registren las obras audiovisuales para evitar la piratería y fomentar la comercialización. Si bien el tratado tenía una iniciativa de control de datos, en sus planteamientos se puede dilucidar que es muy idealista, pues busca manejar un control de obras audiovisuales que contemporáneamente es inmanejable. Esta, el surgimiento de más convenios y la aplicación de principios deben ser las razones por las cuales no se encuentra información sobre la implementación del tratado.	Si bien se centra en obras audiovisuales, lo que busca es implementar un método en el cual la comercialización internacional de estas tenga una regulación específica, para evitar los fraudes o problemas de transacción.
Decisión Andina 351 de 1993	CAN	Esta decisión surge a partir del acuerdo de Cartagena, un pacto de integración subregional por el cual se crea la Comunidad Andina.	Brinda una protección efectiva a los autores sobre las obras que crean, cualquiera sea su género o forma de expresión, además de la cooperación internacional que se genera para que existan mínimos de protección en cuanto a la propiedad intelectual.

REGULACIÓN	¿APLICABLE EN COLOMBIA?	APORTE EN MATERIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL.	IMPORTANCIA PARA LOS NFT
		Es un régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos; esto para obras literarias, artísticas o científicas, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar su destino. Se establecen mínimos de protección en cada país cuando la obra se internacionaliza; es decir, si surge un problema de propiedad intelectual con un extranjero, se deberán de garantizar los mismos procedimientos y derechos que se les brindan a los nacionales. Se establecen derechos morales inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables mínimos; así como derechos patrimoniales entre los cuales está el de comunicación (acceso a la obra sin distribución, solo “publicación”) y reproducción (permite la obtención de la obra varias veces a varias personas), al igual que se implementa como mínimo de protección la vida del autor más 50 años después de su muerte y menciona conceptos y reglamentaciones procesales que los países deben seguir.	
Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996	Mediante la Ley 565 de 2000	La OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) es un organismo de las Naciones Unidas creado en 1967 para el fomento de medidas para la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional.	Este tratado se genera por la necesidad de regular los cambios que se han presentado y afectan directamente los derechos de autor.
		El tratado en cuestión creó nuevas normas internacionales debido a los cambios sociales, económicos, culturales y tecnológicos, por lo cual modifica el artículo 20 del convenio de Berna.	Con la entrada de nuevas tecnologías, se plantea la regulación de la creación e información contenida en estas.
		Además de lo anterior, aclara e introduce conceptos tales como el de compilación de datos, el derecho de distribución en donde es propio de la ejecución de los derechos patrimoniales la disposición de la obra. Se establecen además obligaciones relativas a medidas tecnológicas para los Estados, con el fin de que los autores tengan protección tecnológica. En este tratado también se establecen entes administrativos para el desarrollo del tratado y la propiedad intelectual.	
Proceso N. °165/2004 Del Tribunal De Justicia De La Comunidad Andina 06/04/2005		Lo que hace el tribunal en esta sentencia es una interpretación de las disposiciones contenidas en la decisión andina, aspecto que nos sirve para aclarar algunas nociones importantes que se relacionan de manera indirecta con los NFT.	Uno de los conceptos más relevantes en conexión con los NFT es la objetivación de la entidad, en donde, la objetivación externa de la entidad necesita de un soporte, concebido este como el medio que hace posible la reproducción o la divulgación de la obra, así como la percepción de la misma, y sirve de medio de prueba de su existencia. [...] Por tanto, el bien inmaterial se caracteriza por la necesidad de su exteriorización, por su trascendencia, y por la posibilidad de circular o de ser reproducido.
		Establece además que la obra del ingenio constituye la forma representativa de la idea creadora, que trasciende su soporte puramente instrumental y que configura el objeto de la tutela normativa. La separabilidad del contenido intelectual o artístico de la obra respecto de su soporte implica la posibilidad de que aquella circule en un número indefinido de ejemplares, o de que sea reproducido un número indefinido de veces. Es decir “El objeto específico y exclusivo de protección no son directamente las ideas del autor, sino la forma a través de la cual tales ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra”	

Elaboración propia. Información obtenida de Galindo, Martínez, Yáñez (2013) y Dirección Nacional de Derechos de Autor.

El impulso que ha tenido el arte, la distribución y comercialización de obras gracias a los aportes de la tecnología y la digitalización no ha dado espera y se ha visto potenciada en los últimos años. De esta forma, se han creado nuevas formas de comercio en espacios que aún no encuentran una regulación jurídica satisfactoria respecto a diversos problemas, vacíos y desafíos en los que el derecho se ha quedado atrás.

Es notoria la falta de reglamentación que tienen actualmente los nuevos sistemas de comercio de bienes y servicios en medios digitales. Sin embargo, a lo largo de los años se han presentado esfuerzos importantes que conforman avances que pueden llegar a ser aplicables a los NFT.

En la actualidad, se encuentra en gestión un nuevo proyecto por parte del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la regulación de criptoactivos con la cual se pretende modificar la directiva (UE) 2019/1937 (UE, Documento 52020PC0593, 2020); esto con el fin de regular el mercado de criptoactivos del 24 de septiembre de 2020. Esta propuesta, denominada "MiCA", reconoce los diversos cambios que se han dado en el mundo a nivel económico, monetario y social y se ha gestado en los últimos tiempos gracias a los espacios digitales. La presente propuesta permite la incursión y el respaldo de nuevas formas e instituciones que requieren una regulación especial para su funcionamiento. Es por esto por lo que la Unión Europea busca la implementación, a partir de 2024, de un

marco de regulación único que permitirá operar con mayor facilidad en los mercados digitales bajo un marco más estricto, sin arriesgar la estabilidad del mercado y velando por la protección de los usuarios (Gabilondo García, M. 2021).

MiCA busca responder a estos nuevos desafíos generados por la introducción de los criptoactivos al mundo del comercio, su regulación y, sin duda alguna, es una oportunidad para el desarrollo de un mercado digital único con mayor seguridad y protección para los diversos bienes jurídicos que se encuentran en el juego del comercio digital. Ello incluye una diferenciación entre Tokens que referencien a activos, de servicios o los que se refieren a dinero electrónico (Sempere, C. P., Parra, A. M., Sánchez, M. J. B., & Cediell, A. 2021).

Respecto a los NFT, conforme a su característica principal de ser no fungible, encuentra una dificultad en encajar en la diferenciación que realiza el Reglamento MiCA sobre los Tokens. Sin embargo, son tenidos en cuenta dentro de esta propuesta en el marco de activos digitales, lo cual será un aporte esencial para la regulación y la operación normativa en cuanto a los NFT y su protección.

Uno de los antecedentes principales, en materia jurisprudencial, del Organismo de Control Fiscal del Reino Unido fue el hecho de realizar una incautación de NFT por fraude fiscal, al parecer utilizando una red de 250 empresas falsas (The Straitstimes, 2022). Esta decisión conmocionó al mundo de activos digitales, pues fue la primera vez que se reconoció que, por medio de estos tokens, es posible el fraude fiscal y que pueden ser incautados por las autoridades y evaluados según lo determinen.

En los mismos términos, una decisión del Tribunal Superior de Singapur del 13 de mayo de 2022 es la primera en estudiar un caso plenamente comercial en materia de NFT, en el que se concede al demandante la recuperación de un NFT y el bloqueo de venta y transferencia de este activo digital. Se trata de la controversia presentada por dos comerciantes que trabajan en el campo digital, según la cual, el demandante colocó como garantía para un préstamo de criptoactivos el NFT denominado “BAYC No. 2162” en el proceso ante el demandado conocido como “Chefpierre”. Tras el incumplimiento de pago por parte del demandante, a pesar de darse un plazo de aproximadamente un mes adicional al acuerdo inicial; el demandado tomó posesión desconociendo los acuerdos del préstamo que señalaban que el acreedor no podía hacer uso de la opción “ejecutar hipoteca” y tomar posesión del BAYC No. 2162. Mediante esta decisión, el Tribunal reforzó el concepto de NFT como propiedad legal de lo cual derivan derechos que deben ser protegidos. (Low D, 2022)

Adicionalmente, la Suprema Corte de Nueva York es un ejemplo para la incorporación de los NFT en el mundo jurídico y su utilidad al ser la primera en usar un NFT como mecanismo de notificación judicial. Esto sucedió en el caso LCX AG vs John Doe Nos. 1-25, en el que fueron devueltos fondos que habían sido hurtados a través de un hackeo (Prada, 2022). La utilidad del NFT para acceder a estos sistemas y prohibir el movimiento de estos fondos demostró que cada vez son más aceptados e incorporados no solo a la economía, sino al mundo jurídico y que son herramientas que generan un cambio en el paradigma jurídico tradicional.

Estas decisiones presentan argumentos de peso que desencadenan en determinar la protección de los NFT en el campo de los derechos de autor, sin desconocer su naturaleza jurídica y la forma en que se transmiten. Por esta razón, es esencial que estos argumentos sean estudiados con mayor profundidad en el siguiente capítulo, no sin antes comprender que esta postura presenta una forma de redefinir y ampliar la protección de los derechos de autor que se tiene actualmente a nivel nacional e internacional y que genera un nuevo campo de estudio que provoca dudas, vacíos y desafíos que serán todo un reto para los legisladores y jueces. Sin embargo, estos prestan gran importancia en la era de lo digital y poco a poco van encontrando su camino de regulación y protección.

Se podría concluir que la comunidad internacional y los diversos ordenamientos jurídicos aún se encuentran bastante atrás respecto a la realidad social, especialmente en el traslado de nuevos escenarios económicos y comerciales a los medios digitales y tecnológicos. Como consecuencia, se crean vacíos importantes que pueden provocar problemas económicos, estafas, “burbujas electrónicas” entre otros desafíos, y desencadenar un caos cibernético que, para evitarlo, pide con urgencia una regulación uniforme y protectora de los derechos de las personas que se encuentran inmersas en estas relaciones como productores, vendedores y compradores en estos espacios, específicamente, en la compra y venta de los NFT.

La regulación actual no es suficiente para todas las circunstancias y controversias que se están presentando actualmente y aunque el Proyecto Mica de la Unión Europea es una gran oportunidad para abrir espacios de discusión sobre estos temas, aún existen muchos vacíos que deben suplirse con urgencia e inmediatez.

3. Regulación sobre la propiedad intelectual en Colombia

Entendiendo cómo se maneja la propiedad intelectual a nivel internacional, es importante vislumbrar el manejo de esta en Colombia, para así entender si los NFT podrían estar amparados bajo el régimen nacional de propiedad intelectual. En Colombia existe un vacío legal y jurisprudencial preocupante sobre la protección de derechos de autor en materia digital; a pesar de que los derechos de autor se encuentran reconocidos constitucionalmente en el artículo 61 de la siguiente manera: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley” (Const.1991, Art 61) y en el artículo 71 de la misma norma: “La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura” (Const.1991, Art 71).

Así mismo, el Código Civil Colombiano en su artículo 671 dispone: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales” (Código Civil, 188. Art 671). Como es posible evidenciar con los artículos previamente citados, no existe una definición concreta de lo que constituye la propiedad intelectual. La Constitución, por su parte, se encarga de proteger e incentivar la producción de esta y el Código Civil ordena al legislador que regule este apartado. Por estas disposiciones tan ambiguas es posible plantearnos la pregunta: ¿son aplicables las normas nacionales sobre propiedad intelectual para la protección de aquellos creadores

o propietarios del activo digital NFT? Para hallar respuesta es importante realizar un breve recuento de las normas actualmente vigentes en la materia objeto de discusión; estas son: Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Ley 599 del 2001, entre otras disposiciones no legislativas, pero que revisten importancia para el presente trabajo.

3.1 Legislación

A. Ley 23 de 1982

Comprende gran cantidad de lineamientos sobre los derechos de autor en Colombia y se encuentra complementada actualmente por la Decisión Andina 351 de 1993; sin embargo, por su antigüedad posee diversos vacíos respecto a la inclusión de la protección de derechos de autor en medios digitales, pues no otorga especial distinción a ningún tipo de creación electrónica. Ahora bien, tampoco niega completamente la protección a los derechos de autor en las nuevas tecnologías, puesto que en su artículo 2 y según como lo explica el Concepto 1-2018-22353 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor: “El alcance de esa protección implica que el Derecho de Autor protege las obras independientemente del medio en que son difundidas”, con lo cual abre las puertas a la eventual protección de estos.

Del mismo modo, las facultades expuestas en el artículo 3 de la presente ley no excluyen a los medios digitales de esta pues es posible disponer, aprovechar y en dado caso ejercer las prerrogativas necesarias para la protección de estos derechos sin que el medio en que son creadas o difundidas preste un papel fundamental para el ejercicio de estas facultades (Ley 23,1982. Art 3).

Es por esto que consideramos que, a pesar de la antigüedad de la Ley 23 de 1982, no puede quedar excluida de la actual discusión sobre la eventual protección a los derechos de autor en NFT, pues sus aportes, aunque escasos en materia digital, no excluyen ni limitan estas nuevas alternativas de su aplicación.

B. Ley 44 de 1993

Por medio de esta ley es modificada y adicionada la Ley 23 de 1982, específicamente, sobre el Registro Nacional de Derechos de autor y derechos conexos, entre otros. A pesar de ser más reciente que la ley anterior, se cometió el mismo error al no incluir en ella ningún tipo de protección frente a obras creadas o comercializadas en espacios cibernéticos. Hoy en día, no existe una reglamentación jurídica específica sobre este fenómeno, lo que deja a su paso lagunas, vacíos y dudas sobre la aplicación de estas en sentido amplio (Ley 44, 1993).

C. Protección penal

El Código Penal Colombiano (Ley 599/2000) y el Código de Procedimiento Penal (Ley 906/2004) son normas sancionatorias que castigan la violación de la protección descrita en derechos de autor y que por disposición del artículo 315 del Código de Procedimiento Penal no son privativas de la libertad. En el Código Penal Título VIII, los artículos 270, 271 y 272 protegen los derechos morales del autor, el patrimonio del autor y conexos y demás defraudaciones que lleven a la vulneración de estos derechos. Cabe destacar que el artículo 272 incluye disposiciones sobre la gestión electrónica de derechos y las medidas tecnológicas. Sin embargo, su alcance no es claro respecto a las obras o creaciones

encontradas en medios digitales, puesto que la reglamentación general sobre esta no es clara en Colombia.

3.2 Jurisprudencia y Conceptos

A pesar de no existir una normativa clara y expresa sobre el tema objeto de estudio, existen algunas decisiones destacables que consideramos dan especial relevancia al esclarecimiento de dichas lagunas normativas que el legislador desamparó. Estas son:

Laudo arbitral Cámara de Comercio de Bogotá 17/10/2006 AS COLOMBIA LTDA contra INFORMÁTICA Y GESTIÓN S.A.

Con este fallo, al igual que con la sentencia que se mencionó en el capítulo anterior, podemos hacer una labor de recopilación de conceptos y análisis de situaciones que si bien, en este caso son propias de lo que en propiedad intelectual se denominan “Programas de ordenador”, nos sirven de marco teórico para los NFT en el entendido de que los Tokens podrían tener una protección análoga a los programas de ordenador.

Este laudo arbitral tiene como fundamento la solicitud de AS COLOMBIA LTDA en contra de INFORMÁTICA Y GESTIÓN S.A., debido a que se manifiesta que existió la reproducción de un software llamado “Nómina Visual” por parte de INFORMÁTICA Y GESTIÓN S.A. y además de esto, se cambió el lenguaje de este, lo que constituyó una transformación ilegal de la obra original que afecta directamente los derechos de autor que AS COLOMBIA LTDA ostenta.

El fallo del tribunal no condena a INFORMÁTICA Y GESTIÓN S.A., ya que realiza una hermenéutica de disposiciones contenidas en tratados ratificados por Colombia en sus leyes nacionales y hace un análisis aplicando principios, en donde dice que INFORMÁTICA Y GESTIÓN S.A. no reprodujo la creación de AS COLOMBIA LTDA., sino que recogió la idea del software en cuanto a su funcionalidad. Además de esto, señaló que en la comparación de los programas no existió copia, reproducción o similitud.

En cuanto a los NFT, podemos enmarcar que el tribunal dio nociones claras como lo son:

a) Originalidad: la decisión Andina 351 menciona la originalidad como requisito; sin embargo, no establece en qué consiste el término. Después de una revisión doctrinal y con base en una discusión en la Suprema Corte de los Estados Unidos, se establece que la originalidad es “aquél esfuerzo independiente junto con el grado de creatividad que debe ser representado en una obra”.

b) Rango de protección de los derechos de autor: aquí se estableció que existe protección en cuanto a la forma de expresión de la idea, mas no de la idea en sí misma, ya que esta no tiene una representación; por lo que está permitido utilizar la idea de otro para usarla en beneficio propio. Además de esto, señala que solo se puede reclamar del lenguaje que se ha escogido para expresar la idea.

En consecuencia, se toma en cuenta la definición de software que brinda la decisión andina: “Expresión de un conjunto de instrucciones

mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar, capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.” De esta forma, se entiende al NFT como archivo digital, es decir, que tiene un lenguaje incorporado que permite su reproducción y que el derecho de autor protege la forma de expresión de idea. Entonces, podemos prever que a los NFT se les podría brindar una protección bajo el entendido de software, debido al carácter de funcionalidad que brinda el NFT. Sin embargo, esta conjetura se considerará más adelante.

b) Concepto 29060 de mayo de 2022 Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA)

Para la presente investigación, se elevó derecho de petición de carácter informativo a la Dirección Nacional de Derechos de Autor y se le realizó una serie de preguntas relacionadas con los NFT. Para este aparte, serán tomados en cuenta aquellos aspectos relevantes y que no han sido mencionados anteriormente.

En primera medida, se establece que la protección dada por parte del régimen autoral a las obras estará dada con independencia del medio en el cual se encuentran reproducidas; esto según el artículo 4 de la Decisión Andina 351.

La DNDA estableció que “por lo que al retomar la definición de NFT como un código dispuesto

en una red de blockchain, cuya finalidad es certificar que el activo (digital o físico) al que se encuentra vinculado es único, se concluye que un NFT en sí mismo NO es una obra, por lo que no está protegido por el derecho de autor”.

Pese a lo anterior, establece que los NFT, al ser una herramienta para la comercialización, deben ser tratados como esto y no como una obra, empero de que todas las obras contenidas en una NFT son objeto de protección ya que el NFT es el soporte que contiene la obra: “Las obras y prestaciones se encuentran protegidas independientemente del soporte o medio que se use para su divulgación”

En otro aspecto se establece que no hay un registro de NFT por la razón mencionada; sin embargo, se establece que hay un registro de las obras protegidas por el derecho de autor, pero este no es constitutivo de derechos, sino meramente declarativo, con el fin de otorgar mayor seguridad jurídica a los titulares respecto de los derechos de autoría.

Este concepto es de gran importancia, ya que en la página de la DNDA no se encontraba ningún pronunciamiento frente a los NFT y este aclarará la aplicación de los derechos de autor en esta figura.

Aparte de esto, fijó parámetros y realizó una interpretación de la Decisión Andina con relación a los NFT, lo cual lleva a establecer otro campo jurídico de regulación frente a los Tokens No Fungibles. Aunque se haya llevado a los NFT a una perspectiva mercantil, no hay que dejar de lado que la propiedad intelectual también protege la comercialización de las obras.

Con base en este concepto, podemos evidenciar cómo Colombia no ha tenido un desarrollo en la interpretación normativa internacional y nacional, pues se establece que, si bien hay una protección, esta no se da frente al NFT como obra en sí misma, sino es en cuanto al soporte que contiene a la obra. Sin embargo, es incoherente que la DNDA mencione que los NFT, al ser criptoactivos y tener un valor proveniente de su propia existencia en la red, no reciban una protección especial. Solo los considera como un soporte y aun así, lo enmarca como de “identificación única y expresión de la obra”.

c. Sentencia SC 3179 2021. Rad
110013103007200800601

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia expidió un fallo el día 8 de julio de 2021 (CSJ. Sala de casación civil, SC3179, 2021) que estudia el alcance de los derechos de autor en materia de software, bajo el análisis del caso en que se utiliza y transforma un software detrás de un nombre distinto, declarando así la infracción de los derechos morales y patrimoniales.

La Corte analizó la viabilidad de protección de un software concluyendo que tienen la misma protección que los productos literarios. Además, estableció como requisitos esenciales para su protección la originalidad de la obra o espacio digital.

Esto se determina con base en una prueba de cuatro puntos: 1. Look and feel, 2. Disección analítica, 3. Abstracción y filtración y por último, 4. Método de los elementos esenciales.

La Corte señaló el plagio en materia de software (CSJ. Sala de casación civil, SC3179, 2021).

Con respecto a los puntos anteriores, consideramos importante destacar el de “Look and feel”, puesto que tal criterio hace referencia a la valoración exterior del software, es decir, a su apariencia visual para establecer una seguridad de espectador razonable al estar frente a una copia. Dicha valoración no es técnica, pero busca establecer la forma de percepción del público hacia el ambiente del software.

Esta decisión sienta las bases para delimitar un acercamiento entre la esfera de los derechos de autor y la tecnología y establecer el alcance y la forma de identificación de plagio cuando se utiliza la red. Estas aproximaciones abren camino a la regulación de nuestro objeto de estudio, los NFT, y promueve la protección de estos bajo una ampliación del derecho tradicional colombiano, marcando así una jurisprudencia esencial sobre esta temática.

4. Posible desarrollo de la normatividad de la propiedad intelectual frente a los NFT

Tras la irrupción del arte y de diversas creaciones únicas que son susceptibles de comercio y que encontraron facilidad y garantías en el sistema de NFT, se plantea el interrogante objeto de este artículo:

¿Cuáles son los desafíos de la normatividad de la propiedad intelectual frente al surgimiento de los NFT?

El cuestionamiento surge puesto que son diversos cuestionamientos cuando se prevé la posible protección de los derechos de autor en los NFT.

Conforme a lo anterior, se analizarán dos posturas: una de ellas es la línea que sigue la DNDA de no brindar protección a los NFT en sí mismos y la otra es nuestra postura de brindarle protección a los NFT, entendidos en dos supuestos: Los NFT como software y su protección y los NFT como normas independientes y susceptibles de ser protegidos bajo los derechos de autor.

Postura 1: Los NFT NO son susceptibles de protección bajo los derechos de autor

Con base en el Concepto 29060 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor que fue abordado anteriormente en este trabajo, podemos entender que la opinión dominante en Colombia es negar la protección de los derechos de autor para los NFT, esto en el entendido de que para esta institución, los NFT en sí mismos no son obras; son códigos que protegen a las obras, pero no cumplen mayor función que la de confirmar la autenticidad de la obra que está vinculada a este. (DNDA, Rad 29060, 2022).

De la misma forma, Okonkwo (2021) sostiene que los NFT no pueden ser considerados per se susceptibles de protección bajo los derechos de autor; manifiesta que es una herramienta útil para complementar y asegurar la autenticidad de los NFT, sin que ellos constituyan como tal objeto de protección.

Continuando con la argumentación de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, dicha entidad también expone la falta de regulación de los NFT y demás herramientas digitales que actualmente se encuentran en auge. Sin embargo, no descarta que, de forma eventual, aparezca una regulación más clara que controle estas nuevas tecnologías y las diversas formas de comercio y distribución de obras, ya que se afirma que:

(...) es necesario informar que, en la actualidad, los criptoactivos están pendiente de regulación jurídica uniforme en múltiples sectores y aspectos, incluyendo la normatividad colombiana en materia financiera. En lo que respecta a la propiedad intelectual, no existe norma que regule de forma expresa el concepto o alcance de los NFT en el ámbito de derecho de autor; empero, se insiste en que la normatividad es aplicable indistintamente que se trate de obras contenidas en soportes materiales, o de obras reproducidas y comercializadas de forma digital. (DNDA, Rad 29060, 2022, p.6).

Otro de los desafíos que ha sido constante para la protección de los derechos de autor es la sustracción de contenido digital gracias a la cultura del “copie y pegue” que se encuentra presente en la actualidad, por el fácil acceso que se tiene para encontrar diseños, imágenes, fotografías y otros en la red, sin brindar un reconocimiento a su creador. Llama la atención lo accesible que es todo tipo de información en internet y los diversos riesgos que implica publicar creaciones por parte de los artistas. Al realizar este tipo de acciones, se ha opacado la visión que se tiene sobre los derechos de autor y la legislación establecida no prevé

las herramientas idóneas para contrariar estos flagelos y crear estrategias que luchen contra el plagio y la falsedad en la web (Combes, 2005).

Gran parte de las personas que crean, invierten compran o que, en general, se dedican a estos negocios virtuales son anónimas, su identidad no es conocida y, en algunos casos, es difícil de rastrear (Pabón, 2014). Es por esto que la protección de los derechos de autor en estos escenarios se encuentra frente a un problema importante, puesto que no hay un sujeto identificable o individualizable que pueda ser sancionado en caso de infringir alguna de las disposiciones protectoras de los derechos de autor, lo que dificulta la actuación judicial y la protección de estos derechos.

En confrontación con esta problemática, plataformas como OpenSea, en las que se comercializan estos códigos, han generado una red de seguridad mucho más cuidadosa que exige a los usuarios la certificación de sus obras y, en caso de que se encuentre en comercio una obra que tiene certificación de propiedad de otra persona, esta será eliminada de su plataforma (Becares, 2021).

Sin embargo, aún queda un largo camino que permita la transparencia e identidad de los usuarios en los medios y el resguardo de obras que tengan un propietario registrado y derechos sobre dicha obra por la masividad del internet y la proliferación de nuevas tecnologías que pueden beneficiar la piratería.

Postura 2: Los NFT sí son susceptibles de protección intelectual

Conociendo la importancia y trascendencia causada por los NFT, abordaremos dos posturas en las cuales se reconocerán a los NFT como susceptibles de protección, contrario a la protección que actualmente en Colombia se establece por parte de la DNDA.

a. Los NFT como Software y su protección

Como se mencionó anteriormente, con el laudo arbitral Cámara de Comercio de Bogotá 17/10/2006 AS COLOMBIA LTDA contra INFORMÁTICA Y GESTIÓN S.A., creemos que los NFT podrían tener una protección como la que se les brinda a los programas de ordenador/software. La decisión andina 351 del 93 a los programas de ordenador les brinda una protección encuadrándolos en los mismos términos que las obras literarias.

“Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos, como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto” (Decisión Andina 351, 1993. Art 23)

Antes de mirar cómo se les podría brindar a los NFT una protección análoga a los programas de ordenador, cabe mencionar que el software es un conjunto de instrucciones de computadora que produce un resultado determinado, el cual se expresa mediante el código objeto y el código fuente (Sarmiento, 2016).

En Colombia solo se protege el soporte, es decir, la literalidad del código, mas no el audio, imagen, video o la funcionalidad que este presta. Ejemplo de esto es el laudo anteriormente mencionado que, si bien ambos tenían una funcionalidad igual, el código de software, al no ser el mismo, no constituía una infracción a los derechos de autor.

El software es un lenguaje natural creado artificialmente por el hombre para una comunicación especializada (Antequera, 1998). Su fin es prestar una función que se maneja a través de códigos que representan la expresión del intelecto y que, dejando de lado la evolución que algunos autores pregonan de la protección de los derechos de autor hacia el software, vale hacer una analogía de la protección que se les puede dar a los NFT.

De modo similar, los NFT cuentan con un código único que no es solo una medida de seguridad, sino un instrumento de intercambio y que, si bien la DNDA determina que un NFT en sí mismo no es una obra sino un soporte, si debería existir una protección en el sentido de que, de igual manera como se realizan los códigos en los softwares para que sean traducidos por el computador (hardware) y representen una funcionalidad, el artista realiza una obra cuyo medio de representación es digital y que al ser convertida en un NFT tiene per se un código único el cual, al ser traducido, tiene una funcionalidad y un carácter específico. Si seguimos la línea que plantea la DNDA en cuanto a que el NFT es un medio de soporte de la obra, estaríamos ocultando el hecho que el NFT es el código que se vende, mas no la obra.

Por lo tanto, quien compra un NFT es propietario de un código que certifica que una obra es original, igual que de la representación de esa obra, mas no tiene la propiedad de la obra.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que los derechos de autor protegen la forma de expresión de la idea, es importante recalcar que el creador de un NFT quiso representar su obra en un NFT porque el Token brinda una funcionalidad diferente a la que proporciona expresar una obra en arte digital.

Con base en lo anterior, la postura que será tomada como viable en este trabajo será la de proteger al NFT como NFT en su individualidad y no como un soporte, porque no es suficiente la protección individual de la obra, cuando la obra en sí misma no es la que está siendo negociada, transferida, publicada, exhibida y demás, contrario a lo que el NFT sí está haciendo. Los organismos nacionales e internacionales deben revisar la protección de la literalidad del código del NFT de una manera similar a como se hace con los programas de ordenador.

b. NFT como creaciones independientes y susceptibles de ser protegidos bajo los derechos de autor

La irrupción al mercado de arte de los NFT y demás objetos de comercio fue un golpe a las políticas de derechos de autor tradicional que se venían adelantando en Colombia y el mundo. Diversos autores y expertos en derecho se han distanciado de la aplicación de nuevas tecnologías, nuevas redes de comercio y diferentes formas de distribución en el mundo.

No obstante, el derecho y la ley no pueden distanciarse de la tecnología y de los nuevos espacios de los cuales emergen diversas problemáticas y conflictos humanos.

Estos desafíos legales y vacíos jurídicos deben ser reinterpretados y readaptados para orientar las diversas actividades humanas en un espacio real o virtual. La realidad, actualmente, exige la inmersión del derecho en estos escenarios y su parte es esencial para que tenga éxito y facilite la protección no solamente de los derechos de autor, sino de todas aquellas garantías que se encuentran en juego dentro de la web.

Ya algunos países y organizaciones internacionales han dado pasos frente a esta protección como son los esfuerzos contenidos en los acápites anteriores. Especialmente, el Organismo de Control Fiscal del Reino Unido lo hizo con la decisión de incautar los tokens relacionados con fraude fiscal, siendo la primera vez que se reconocen como bienes susceptibles de ser incautados (The Straits-times, 2022). Por su parte, el Tribunal Superior de Singapur concede al dueño la recuperación de un NFT y el bloqueo de venta y transferencia de este activo digital, reconociendo su propiedad (Low D, 2022). Tales decisiones fueron expuestas con anterioridad en el presente trabajo y vislumbran un camino hacia el reconocimiento de los NFT como independiente de la obra o contenido que vincula y que pueden ser susceptibles de protección bajo la propiedad intelectual.

Debemos destacar que el contenido vinculado al NFT puede separarse del token y este es el principal reto que se debe tener en cuenta a la hora

de reconocer la protección o no de estos activos digitales dentro del campo de los derechos de autor. Cualquier tipo de contenido puede ser vinculado a un NFT y sigue existiendo una diferenciación entre ser el propietario de un NFT y tener los derechos sobre un NFT (Pacheco y Olarte, 2021). La capacidad de apropiarse y de tener derechos sobre ese contenido depende de la forma de vinculación y del contenido de esta y del deseo del creador de este.

(...) hay que partir de la base de que no hay una transferencia o cesión de derechos de autor con el NFT al comprador. Esto se debe a que el autor de la obra sigue manteniendo sus derechos morales y patrimoniales sobre la obra y el comprador está sujeto a las condiciones que se hayan establecido en el NFT y en la licencia. Ello trae implicaciones tanto para el artista de la obra como para el comprador (Pacheco y Olarte, 2021, p.179).

Esto quiere decir, que debe existir una autorización expresa del creador del NFT para poder gozar de los derechos que de él se sustraen y poder disponer del contenido para realizar los distintos negocios posibles con este. Es por esto que se considera que, tanto el contenido como el NFT en sí, son dos organismos independientes y que ambos pueden ser considerados bajo la protección de la propiedad intelectual.

En consecuencia, la ley debe brindar protección a dos entidades diferentes. La primera es a la obra en su entendido habitual, puesto que la creación debe estar protegida por el simple hecho de su

existencia y la otra es hacia el NFT, entendiéndolo, bien sea como código, obra digital, activo digital u otra clasificación que permita su protección para que el token se proteja ante copias, fraudes, personas que hacen NFT de contenido que no les pertenece y demás circunstancias que se puedan presentar.

De lo anterior podemos asimilar que la protección en materia de derechos de autor que se le brindaría a los NFT irradiaría todo el sistema jurídico en cuanto a este tema, pues de su individualización, caracterización y conceptualización jurídica se desprendería que, en materia comercial, fiscal y otras se entrara a regular, pues los NFT requieren particularidades en su protección y no pueden ser idénticas a las actuales.

Conforme a lo anterior, debemos tener en cuenta qué nos brindaría cada tipo de protección.

LOS NFT NO SON SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN INTELECTUAL		LOS NFT SÍ SON SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN INTELECTUAL
NO HAY PROTECCIÓN BAJO LOS DERECHOS DE AUTOR PARA LOS NFT	LOS NFT COMO SOFTWARE Y SU PROTECCIÓN	NFT COMO CREACIONES INDEPENDIENTES
Se niega la protección de los derechos de autor en los NFT.	Se concede la protección de los derechos de autor en los NFT.	Se concede la protección de los derechos de autor en los NFT.
Son códigos que protegen a las obras, pero no cumplen otra función que la de confirmar la autenticidad de la obra que está vinculada a este.	Se puede proteger como software en el entendido de que los NFT cuentan con un código único, el cual no es solo una medida de seguridad, sino que es un instrumento de intercambio.	Es una obra independiente de la obra o contenido que vincula y que por ello debe brindársele protección.
Al brindársele protección a los NFT, se estaría opacando la protección intelectual que se le da a los demás elementos que se encuentran en el mundo digital.	La protección del software en Colombia es en cuanto a la literalidad del código, mas no el audio, imagen, video o la funcionalidad que este presta	El contenido vinculado al NFT puede separarse del token, por lo que hay dos entidades diferentes de protección.
La obra debe protegerse por sí sola, puesto que el NFT es solo un mecanismo de seguridad extra que no constituye objeto de protección	Es el código del NFT el que se comercializa, mas no la obra. Por lo tanto, quien compra un NFT es propietario de la representación de esa obra y de un código que certifica que la obra es original.	Hay diferencia entre tener la propiedad de un NFT y tener los derechos sobre el NFT, puesto que debe existir una autorización expresa del creador del NFT para disponer del contenido.

Elaboración propia. Información obtenida de Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2006), Dirección Nacional de Derechos de Autor (2006) y Pacheco, Olarte (2021).

5. Conclusiones

Las formas de realizar comercio no son ajenas a las transformaciones digitales. Los eventos transaccionales que surgen en el comercio digital hacen que existan nuevas plataformas y así mismo, nuevos tipos de consumo. El derecho no puede apartarse y dejar de regular los avances que se han presentado, siendo un claro ejemplo de esto los NFT, los cuales son un avance tecnológico que integran el mover social y económico.

Si bien es cierto que toda creación intelectual es protegida mediante las regulaciones de la propiedad intelectual, también es cierto que el surgimiento de nuevos modelos de creación plantea vacíos jurídicos en la normatividad existente, esto por cuanto el NFT, al ser comercializado en línea, genera incertidumbre en cuanto a que el autor no tiene mecanismos para no permitir la modificación de su obra. Esto se debe a que el sistema de blockchain puede ser hackeado y, del mismo modo, puede perder la paternidad sobre la obra y, en el tema transaccional, pueden existir riesgos de transparencia en cuanto a la calidad del comprador (error en el sujeto) y problemas con las plataformas de soporte.

Tras el análisis de la normatividad internacional y nacional, se puede destacar una discordia respecto a la protección o no de los NFT bajo el régimen de los derechos de autor.

A pesar de ser escasa, abre las puertas a nuevos centros de discusión como lo son las decisiones internacionales de Singapur y Nueva York que encaminan sus decisiones a un derecho moderno más inclusivo y apegado a la realidad.

Por otro lado, Colombia aún es renuente a aceptar esta nueva figura en el mundo del derecho. A pesar de ser muchas las teorías y posturas sobre su aplicación, consideramos que es necesario no dejar atrás lo que las nuevas tecnologías ofrecen para el comercio y la economía y la intervención necesaria del mundo jurídico en ello.

A través de los argumentos expuestos, así como los sustentos jurídicos que fueron contemplados en el presente análisis, es acertado afirmar que los NFT pueden ser protegidos bajo los derechos de la propiedad intelectual y que presentan un cambio de paradigma en la forma de entender el derecho y sus instituciones, lo que genera así un progreso que puede encaminar y facilitar el control y la protección de las obras que circulan libremente por internet.

Los NFT son una oportunidad para ejercer control y garantizar los derechos de autor que se ven violentados en espacios digitales y que se evaden de proyectos creativos que merecen la atención jurídica necesaria y una regulación clara, precisa, concreta y determinada que permita ampliar el espectro de protección y de seguridad a la hora de comercializar, distribuir y crear contenidos electrónicos.

Es innegable el sinnúmero de desafíos a los que se enfrenta el NFT por no encajar o, al menos, no totalmente, en una figura jurídica antes existente y que fuera protegida bajo los derechos de autor. Así mismo, su naturaleza puede ser difícil de rastrear. La polémica sobre qué derechos se transmiten al comercializar con NFT, la separación o no del NFT de la norma que contiene, entre otros

factores que fueron abordados en el capítulo final del presente trabajo, son riesgos y vacíos que merecen ser discutidos en los debates jurídicos actuales, en donde, de seguro, se concluirá que se deben establecer nuevas legislaciones y tratados que abarquen la protección a las creaciones digitales para que los autores no sean defraudados en sus derechos.

Referencias Bibliográficas

- Avendaño, Jorge. & Avendaño, Francisco, (2019). *Derechos Reales*. 3rd ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, p.23
- Becares, B (2021). OpenSea comienza a tomar medidas contra los NFT que plagian: prohíbe colecciones que copian a una de las más caras que existen, en Genbeta.
- Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. *Proceso AS COLOMBIA LTDA contra INFORMATICA Y GESTIÓN S.A.* (A.P Rengifo E.; Octubre 17 de 2006).
- Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art 671. abril 15 de 1887 (Colombia).
- Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004 (Colombia).
- Código Penal (CP). Ley 599 del 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia)
- Combes, B (2005). *The copy-and-paste culture of the Net Generation: Strategies for dealing with plagiarism*, ECU Publications, 2005, At. 6.
- Constitución Política de Colombia [Const]... 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Consumoteca. (2019) Bien no fungible. <https://www.consumoteca.com/familia-y-consumo/bien-no-fungible/>
- CortesupremadeJusticia,SaladecasaciónCivil,SC 3179 (MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 2021)
- Cripto, R. (2022). *Cómo crear y vender tus propios NFT*. Cripto247. <https://cripto247.com/comunidad-cripto/como-crear-y-vender-tus-propios-NFT-205264/>
- Cuesta Valera, Salomé; Fernández Valdés, Paula; Muñoz Viñas, Salvador. 2021. «NFT y arte digital: nuevas posibilidades para el consumo, la difusión y preservación de obras de arte contemporáneo». En González Díaz, Paloma; García Méndez, Andrea (coords.). «En los límites de lo posible: arte, ciencia y tecnología». *Artnodes*, no 28. UOC. <http://doi.org/10.7238/a.v0i28.386317>
- DecisiónAndina351 de 1993 [Comisión del Acuerdo de Cartagena]. Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos. Diciembre 17 de 1993.
- Díaz, S. (2022) Algunos aspectos legales que debe tener en cuenta antes de comprar o vender NFT. <https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/algunos-aspectos-legales-que-debe-tener-en-cuenta-antes-de-comprar-o-vender-nft-3385094>
- Duque, D. (2009, 18 december). *que es un archivo digital—*. Information in the global context, la Información en el contexto mundial. <https://doraduque.wordpress.com/tag/que-es-un-archivo-digital/>

- Editorial La República S.A.S. (2022,). El ABC de los Tokens No Fungibles (NFT) y lo que debe saber para invertir en ellos. Diario La República. <https://www.larepublica.co/internet-economy/el-abc-de-los-tokens-no-fungibles-NFT-y-lo-que-debe-saber-para-invertir-en-ellos>
- Gabilondo García, M. (2021). Regulación de los criptoactivos.
- Galindo Diaz, L, Martínez Debía, a Y Yáñez Otalora R (2013). LOS DERECHOS DE Autor en el entorno digital y el internet en Colombia: una mirada al estado del arte actual y sus principales problemas.
- Guadamuz, A. (2008) Patentabilidad del software: nuevas cuestiones jurídicas. https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2008/06/article_0006.html
- Guayo, B. (2021) Criptoarte y NFT: el arte de última generación. Espacio Fundación Telefónica. <https://espacio.fundaciontelefonica.com/noticia/criptoarte-y-NFT-primeros-pasos-en-el-arte-de-ultima-generacion/>
- Launchpad, R. (2022, 22 maart). Qué es un token y cómo funciona. Ripio. <https://launchpad.ripio.com/blog/que-es-un-token-y-como-funciona>
- Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. 19 de febrero de 1982. DO: 35949
- Ley 44 de 1993. Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944. 5 de febrero de 1993. DO: 40740
- Ley 565 de 2000. por medio de la cual se aprueba el “Tratado de la OMPI-Organización Mundial de la Propiedad Intelectual– sobre Derechos de Autor (WCT)”, adoptado en Ginebra, el veinte (20) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996). Febrero 07 de 2000. DO: 43883.
- Low D, (2022). The Straitstimes, Singapore High Court blocks potential sale and transfer of rare NFT. <https://www.straitstimes.com/tech/tech-news/singapore-high-court-blocks-potential-sale-and-transfer-of-rare-nft>
- Ministerio de Interior. DNDA, Concepto 1-2018-22353 (Valera A).
- Ministerio del Interior, DNDA. Concepto 1-2022-29060 (Larrota J., Moreno S).
- Morton subastas., (2021). NFT | Non-Fungible Token. <https://mortonsubastas.com/subastando/?p=1509>
- Naismith, R., (2021). Money and Coinage in the Middle Ages. Leiden, p.30
- Okonkwo, I. E. (2021). NFT, copyright and intellectual property commercialization. International Journal of Law and Information Technology, 29(4), 296-304.
- Oliva, M. L., & Álvaro Gastañadú, G. (2022). Desmitificando a los non fungible tokens: La tecnología que está revolucionando el arte digital. Revista de Estudiantes Ita Ius Esto, 27-27.
- OMPI. (2021). ¿Qué es la propiedad intelectual? [Folleto]. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_450_2020.pdf

Pabón, A. (2014). Digitalización, derechos de autor, obras huérfanas y acceso al conocimiento en la Comunidad Andina, 45 Revista FORO DERECHO MERCANTIL

Pacheco J, Olarte L, (2021) LOS NON-FUNGIBLE TOKENS (NFT) EN COLOMBIA: PERSPECTIVAS JURÍDICAS. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 24: 169-186, julio-diciembre 2021. ISSN 1794-5216

Pacheco, J. M., & Olarte, L. C. (2021) Los non-fungible tokens (NFT) en Colombia: perspectivas jurídicas

Pastor, J. (2018). Qué es blockchain: la explicación definitiva para la tecnología más de moda. Xataka. <https://www.xataka.com/especiales/que-es-blockchain-la-explicacion-definitiva-para-la-tecnologia-mas-de-moda>

Prada, C (2022). ¿Medidas cautelares a través de NFT? Asuntos legales. Disponible en <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/christian-daniel-prada-mancilla-3056670/medidas-cautelares-a-traves-de-nft-3391021>

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. COM (2020) 593. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593&qid=1612546061189>

Qué es blockchain: la explicación definitiva para la tecnología más de moda. <https://www.xataka.com/especiales/que-es-blockchain-la-explicacion-definitiva-para-la-tecnologia-mas-de-moda>.

Sáez, H. (2022). Qué es Blockchain y cómo funciona la tecnología Blockchain. <https://www.iebschool.com/blog/blockchain-cadena-bloques-revoluciona-sector-financiero-finanzas/>

Sarmiento, D. (2016). La protección del software desde la Propiedad Intelectual en Colombia: Conveniencia de la creación de una normativa especial que garantice los derechos de los desarrolladores. <https://propintel.uexternado.edu.co/la-proteccion-del-software-desde-la-propiedad-intelectual-en-colombia-conveniencia-de-la-creacion-de-una-normativa-especial-que-garantice-los-derechos-de-los-desarrolladores/>

Sempere, C. P., Parra, A. M., Sánchez, M. J. B., & Cediel, A. (2021). Guía de criptoactivos MiCA. ARANZADI/CIVITAS.

Teruel, S., & Plaza, N. (2021). Los NFT serían considerados títulos valores por la SEC bajo ciertas circunstancias. CriptoNoticias. <https://www.cryptonoticias.com/regulacion/nft-serian-considerados-titulos-valores-sec-bajo-ciertas-circunstancias/>

The Straitstimes, (2022). UK makes first NFT seizure in crackdown on tax fraud. <https://www.straitstimes.com/tech/tech-news/uk-makes-first-ever-nft-seizure-in-crackdown-on-tax-fraud>.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 165-IP-2004 (M.P. Moisés Troconis Villarreal; abril 06 de 2005).