



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

Inteligencia Artificial y Derecho de Autor, Precedentes Actuales.

Carlos Sebastián Páez Vásconez
Carlos Francisco Bambino Molina

2024 / 01

USFQ Law Working Papers
Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2023 / 10 / 27

Difundido: 2024 / 01 / 26

Materias: propiedad intelectual, inteligencia artificial, derecho de autor.

DOI: <https://doi.org/10.18272/usfqlwp.158>

Citación sugerida: Páez Vásconez, Carlos Sebastián & Bambino Molina, Carlos Francisco. “Inteligencia Artificial y Derecho de Autor, Precedentes Actuales”. *USFQ Law Working Papers*, 2024/01, <https://doi.org/10.18272/usfqlwp.158>.

© Carlos Sebastián Páez Vásconez & Carlos Francisco Bambino Molina

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

Inteligencia Artificial y derecho de autor, precedentes actuales.¹

Artificial Intelligence and copyright, current precedents.

Carlos Sebastián Páez Vásquez²
Carlos Francisco Bambino Molina³

RESUMEN

En este trabajo se aborda el problema que presenta la Inteligencia Artificial con respecto a los derechos de autor, iniciando con un análisis de la regulación existente con respecto a esta tecnología, seguido de un análisis de las decisiones administrativas y jurisdiccionales, para concluir con posibles soluciones y comentarios con respecto a los problemas tratados.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia artificial, Derechos de autor, Derechos morales, Derechos patrimoniales.

ABSTRACT

This work addresses the problem that Artificial Intelligence with respect to copyright, beginning with an analysis of the existing regulation regarding this technology, followed by an analysis of the administrative and jurisdictional decisions, concluding with possible solutions and comments regarding the problems discussed.

KEYWORDS

Artificial intelligence, Copyright, Moral rights, Economic rights.

¹El presente trabajo es resultado del proyecto USFQ Collab. USFQ Collab es una iniciativa de USFQ Law Working Papers, mediante la cual se fomenta la colaboración e investigación entre profesionales y estudiantes del Derecho, cuyo fin es la elaboración y difusión de su trabajo académico.

² Bustamante Fabara, asociado. Correo electrónico: spaez@bustamantefabara.com.

³ Universidad San Francisco de Quito, estudiante del Colegio de Jurisprudencia. Correo electrónico: carlosfbambino14@gmail.com.

1. Introducción:

Los avances tecnológicos dentro de los últimos años han jugado un rol esencial dentro de la sociedad, y por ende, de las relaciones personales y comerciales. Es innegable que la regulación disponible para normar las conductas humanas en sociedad va cayendo en la obsolescencia y es necesario que se adapte a la realidad. Uno de los desarrollos tecnológicos que han facilitado enormemente esta dinámica es precisamente la inteligencia artificial (IA), cuyos avances en el pasado se limitaban a la ciencia ficción, ahora son una realidad; empero, si en efecto esto es así, es inevitable que surjan preguntas tales como: ¿nuestra realidad jurídica se ha adaptado a estos avances tecnológicos?; ¿De qué manera el uso de la IA puede beneficiar a las personas que la usan y hacer que se obtengan réditos económicos por su explotación?; ¿En realidad puede el uso de IA constituirse en un modelo de negocios exitoso?; ¿Qué herramientas jurídicas favorecen u obstaculizan para ejercer tal beneficio?

Naturalmente, los derechos de exclusividad que generan los derechos patrimoniales de autor, pueden ser la respuesta ideal para obtener el beneficio económico por la explotación de una obra en general; sin embargo, ¿son efectivamente aplicables para los productos de la operación de una IA? En la actualidad existen algunos pronunciamientos de las cortes y estamentos de Gobierno que han tratado el tema, sin perjuicio de que están obligados a la aplicación la normativa vigente de la materia, por la naturaleza de sus funciones.

En el presente escrito, se analizarán algunos casos relevantes que ayudarán a despejar las interrogantes que plantea el derecho de autor aplicado a las nuevas tecnologías, especialmente la IA; no sin antes revisar brevemente, la legislación aplicable en materia de propiedad intelectual y la tecnología implícita en las herramientas de IA.

2. Naturaleza del Derecho de Autor

Al abordar el análisis de aplicación del derecho de autor a las nuevas tecnologías y especialmente a la IA, es imprescindible considerar ciertas nociones básicas del funcionamiento del derecho de autor y los requisitos de protección de la obra, pues tal y como se verá más adelante, juegan un papel primordial para determinar sin lugar a dudas, si se trata de materia susceptible de protección o de si generan o no un derecho de exclusividad, a la luz de los precedentes generados recientemente por las cortes y entidades administrativas pertinentes.

El derecho de autor forma parte de la materia jurídica que regula a la propiedad intelectual y comprende la protección y tutela que recae sobre las obras literarias y

artísticas, en favor de los autores o creadores. El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, tratado internacional administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO por sus siglas en inglés), en su artículo primero acuña como sujetos de su regulación a los “autores” y a las “obras literarias y artísticas”; y determina que: “Los países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”;⁴ en su artículo segundo, enumera puntualmente aquellas obras susceptibles de protección, como por ejemplo: los libros, composiciones musicales, obras cinematográficas, obras de dibujo, pintura, arquitectura, fotográficas;⁵ entre otras.

Con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial de Comercio (OMC), se fijan estándares mínimos de protección para ser aplicados en las legislaciones de los países miembros (pero una protección más amplia si así se desea), con el fin de fomentar las relaciones comerciales y la solución de controversias derivadas de la propiedad intelectual, y se instrumentalizan las normas del Convenio de Berna, exigiendo su cumplimiento.⁶ Este acuerdo establece de forma obligatoria una regla de protección y de excepción a la misma, señalando que “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.⁷ El hecho de que una obra deba ser expresada para que genere derechos, nace de la premisa que señala que las ideas no son apropiables per-se; verbigracia, la idea de una historia derivada del “caballero en armadura” que rescata a la “damisela en peligro”, puede ser expresada en varias formas (cuentos, dibujos, canciones, películas, etc.) y de distintas maneras, siendo esto último lo que se protege, mas no la idea como tal.

Sin perjuicio de que no existe regulación específica en dichos convenios internacionales, en la mayoría de los países como en Ecuador, existe un requisito único de protección de “originalidad” de la obra. Al respecto, la reconocida tratadista Delia Lipszyc ha explicado: “[e]n materia de derecho de autor, la originalidad reside en la

⁴ Artículo 1, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886).

⁵ Artículo 2, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886).

⁶ Artículo 9, ADPIC (1995). Esta norma exceptúa la obligación de acoger los derechos morales de autor. Nuestra legislación ecuatoriana acoge las figuras del derecho moral y el derecho patrimonial de Autor, y establece diferencias esenciales, conforme lo previsto en los artículos 118 y 120 del COESCCI.

⁷ Numeral Segundo del Artículo 9, ADPIC (1995).

expresión -o forma representativa- creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. No hay obra protegida si ese mínimo no existe”.⁸ En tal sentido, los requisitos para que una obra pueda ser protegida por derecho de autor, son que la misma sea original y que sea expresada en una obra concreta.

Es importante señalar brevemente que nuestra legislación hace una distinción entre dos categorías de derecho de autor, los derechos morales que incluyen el derecho a reivindicar la paternidad de la obra (nadie puede proclamarse titular de algo que no le pertenece) y el derecho a la integridad (el autor conserva la facultad de oponerse a toda deformación o mutilación de su obra); y por otro lado, están los derechos patrimoniales de autor, que son todos aquellos que permiten la explotación económica, tal como el derecho de reproducción, comunicación pública, distribución y transformación de la obra.

Por su parte, el numeral segundo del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), califica a los mismos precisamente como un derecho humano: “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.⁹

Ahora bien, teniendo en claro la regulación y la naturaleza del derecho de autor, cabe la pregunta de si en definitiva ¿es posible que el fruto de la operación tecnológica de una IA pueda ser objeto de protección bajo esta categoría de derechos? A continuación, se citarán algunos precedentes que, sin perjuicio de que aplican con rigor los preceptos jurídicos antes señalados, analizan en qué medida intervino la herramienta tecnológica y funge como condicionamiento de la protección de la obra; máxime, dirimen con efectividad si la materia es susceptible o no de protección.

Cabe por último el cuestionamiento de que sin perjuicio de que la materia sea o no protegible, ésta pueda generar réditos económicos a favor del “detentor”; empero, sin perjuicio de que el beneficio económico que se derive de la explotación económica de una obra, constituye uno de los estímulos principales para fomentar la creatividad, la investigación y el desarrollo tanto artístico como científico; en qué medida son útiles los productos de la operación de una IA dentro de una actividad económica, sin que se perjudiquen o distorsionen tales incentivos a la creatividad.

2.1 Regulación existente de IA y tecnología disponible

⁸ LIPSZYC DELIA, Derecho de autor y derechos conexos. UNESCO y otros, pág. 65.

⁹ Artículo 27, Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

La IA es una tecnología multipropósito que ha estado presente en todos los aspectos de nuestra vida;¹⁰ compañías como YouTube¹¹ llevan utilizándola durante años para decidir qué anuncios o videos mostrarle al usuario, o filtrar el spam en los correos electrónicos.¹²

Sin embargo, el uso de IA generativa por el público general se ha popularizado durante los últimos años, lo que le permite al usuario generar textos o imágenes originales. Una de las más populares es ChatGPT perteneciente a la compañía OpenAI. ChatGPT es una IA entrenada para entablar conversaciones, responder preguntas y admitir errores;¹³ además, puede ser utilizada para escribir ensayos, cartas, aplicaciones para trabajos, etc. Dichos escritos pueden cumplir las especificaciones designadas por el usuario, por ejemplo, que la carta tenga un determinado número de palabras. Otra popular IA perteneciente a OpenAI es DALL·E, un generador de imágenes a través de instrucciones escritas por el usuario o que permite incluso subir una imagen para solicitar que sea editada a cambio de “créditos” que el usuario puede comprar.¹⁴ Al igual que DALL·E existen otros generadores de imágenes como Midjourney;¹⁵ además, Google lanzó en 2023 su *chatbot* Bard,¹⁶ por lo que parece que el uso de la IA en la vida diaria no se va a detener.

Los productos que así se generan, representan un desafío al tratar de encontrar o establecer normas que regulen el uso de las IA. Al ser una tecnología tan reciente, no existen muchas legislaciones que la regulen. En el artículo 104 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (COESCCI) ni siquiera se considera como

¹⁰ World Intellectual Property Organization, *WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI)*, Ginebra, Suiza: WIPO Headquarters, 2019, p. 2. Disponible en https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_3_ge_20/wipo_ip_ai_3_ge_20_inf_5.pdf, [traducción propia].

¹¹ ASHBRIDGE ZOE, “How the YouTube algorithm works: What marketers need to know.”, Search Engine Land, febrero 17, 2023. <https://searchengineland.com/how-youtube-algorithm-works-393204>, [traducción propia].

¹² AMOS ZAC, “AI and Spam: How Artificial Intelligence Protects Your Inbox”, Unite.AI, enero 9, 2023. <https://www.unite.ai/ai-and-spam/#:~:text=AI%20leverages%20several%20filtering%20algorithms,AI%20to%20assess%20new%20emails>, [traducción propia].

¹³ OpenAI. “Introducing ChatGPT”, *OpenAI*. Noviembre 30, 2022. <https://openai.com/blog/chatgpt>, [traducción propia].

¹⁴ JANG JOANNE, “How DALL·E Credits Work”, *OpenAI*. <https://help.openai.com/en/articles/6399305-how-dall-e-credits-work>, [traducción propia].

¹⁵ STANTON LEE, “How To Create AI Art With Midjourney”, *Alphr*. Mayo 24, 2023. <https://www.alphr.com/create-ai-image-midjourney/>, [traducción propia].

¹⁶ PICHAJ SUNDAR. “An important next step on our AI journey”, *The Keyword Google Blog*. Febrero 6, 2023. <https://blog.google/technology/ai/bard-google-ai-search-updates/>, [traducción propia].

“obras susceptibles de protección” a las creaciones generadas por computadoras.¹⁷ El ejemplo más claro de una legislación que regula la IA es el Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) en el Reino Unido que protege a las obras generadas por computadora, definiéndolas en su *Section* 178 como aquellas en las que “no hay un autor humano del trabajo”,¹⁸ además de definir en su *Section* 9 (3) quién es el autor de dicha obra siendo este “la persona que realizó los arreglos necesarios para la creación de la obra”,¹⁹ y establece en su *Section* 12 (7) el tiempo de duración del *copyright* como 50 años.²⁰ Regulaciones similares comparten las legislaciones de Nueva Zelanda²¹ o India,²² e incluso algunos de estos softwares, como ChatGPT establecen que los usuarios que respeten los términos y condiciones tienen todos los derechos, títulos e intereses del contenido que generan con los *inputs* y *outputs* que ingresan, es decir, pueden utilizar dicho contenido para cualquier propósito.²³

2.1 Abordar el problema

El gran problema es que, en la mayoría de las legislaciones debido a la falta de regulación, es debatible si es que las obras generadas por estas IA están protegidas por derecho de autor. A primera vista la respuesta es negativa, en nuestra legislación el artículo 108 del COESCCI establece que “[ú]nicamente la persona natural puede ser autor”,²⁴ e incluso en legislaciones del *Common Law* como el *Compendium of U.S. Copyright Office Practices* (la Oficina) en su párrafo 306 establece a la autoría humana

¹⁷ Artículo 14, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos [COESCCI] R.O. Suplemento 899, 9 de diciembre de 2016.

¹⁸ *Section* 178, Copyright, Designs and Patents Act 1988 [CDPA], “‘computer-generated’, in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work”, [traducción propia].

¹⁹ *Section* 9 (3), Copyright, Designs and Patents Act 1988 [CDPA], “In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken” como se traduce en García, Concepción S. "Las Obras Creadas Por Sistemas De Inteligencia Artificial Y Su Protección Por El Derecho De Autor (AI Created Works and Their Protection Under Copyright Law)." *InDret* 1, (2019): 28. Accedido el 14 de junio de 2023. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3365458, [traducción propia].

²⁰ *Section* 12 (9), Copyright, Designs and Patents Act 1988 [CDPA], “If the work is computer-generated the above provisions do not apply and copyright expires at the end of the period of 50 years from the end of the calendar year in which the work was made”, [traducción propia].

²¹ *Section* 5 (2) (a), Copyright Act 1994, el cual es una copia del *Section* 9 (3) del CDPA.

²² *Chapter* 1 (2) (d) (vi), The Copyright Act, 1957, “in relation to any literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the person who causes the work to be created”, [traducción propia].

²³ OpenAI. “*Terms of use*”, 14 de marzo de 2023, accedido el 24 de junio de 2023, [Terms of use \(openai.com\)](https://openai.com/terms-of-use), [traducción propia].

²⁴ COESCCI, Artículo 108.

como un requisito necesario para que la Oficina registre una solicitud.²⁵ Pero las legislaciones que sí tienen una regulación también presentan un problema; por ejemplo, el CDPa en la mencionada *Section 9 (3)* al hablar de “la persona que ha hecho los arreglos necesarios para que exista la obra”²⁶ nos deja más preguntas que respuestas, puesto que “la persona” puede llegar a ser el programador de la IA o el usuario de la misma. Esta incertidumbre presenta algunos problemas; podríamos tener casos como la falta de protección de una pintura generada por una IA que se venda en una subasta, obra que podría ser replicada en gran escala y vendida, haciendo que el comprador original se vea perjudicado.²⁷

Las decisiones jurisprudenciales con respecto a este tema no abundan; sin embargo, establecen ciertos criterios y nos proporcionan algunas respuestas a los problemas causados por la falta de regulación.

3. Análisis de los precedentes:

*3.1 Zarya of the Dawn*²⁸

El presente caso se originó en Estados Unidos y versa sobre la cancelación del registro de derechos de autor del cómic “Zarya of the Dawn” a Kristina Kashtanova, dado que, según lo concluido por la Oficina de Derecho de autor de los Estados Unidos (USCO por sus siglas en inglés), las imágenes del cómic fueron creadas con la ayuda de un programa de IA, por lo que no fueron un producto de la creatividad humana.²⁹

La obra realizada por Kristina Kashtanova, es un cómic que se compone tanto de material escrito como visual. En la portada se encuentra la imagen de una joven en la que se incluye el título y las palabras “Kashtanova” y “Midjourney”. El 15 de septiembre del 2022, Kristina Kashtanova suscribió una solicitud para el registro de los derechos de propiedad intelectual del cómic “Zarya of the Dawn”, como autora y creadora del mismo, en dicha solicitud no señaló el uso de IA en su obra. Posterior a ello, en redes sociales se

²⁵ GARCÍA CONCEPCIÓN, S, “Las Obras Creadas Por Sistemas De Inteligencia Artificial Y Su Protección Por El Derecho De Autor (AI Created Works and Their Protection Under Copyright Law)” *InDret 1*, 5 de mayo de 2019, p. 12, accedido el 14 de junio de 2023, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3365458

²⁶ Ibid. p. 28.

²⁷ HERMAN ALEXANDER, The Institute of Art & Law, "Art, AI and Copyright", 9 de noviembre de 2018, <https://ial.uk.com/art-ai-and-copyright/>, [traducción propia].

²⁸ KASUNIC ROBERT, J, United States Copyright Office, Zarya of the Dawn (Registration # V Au001480196), Febrero 21, 2023, accedido el 26 de septiembre del 2023 <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>.

²⁹ Ibid. p. 12

criticó el uso de IA en el cómic, lo cual alertó a la USCO y producto de ello, se determinó que la solicitud fue incorrecta e incompleta. La USCO comunicó a la autora sobre la posibilidad de cancelar su registro, para lo cual debía presentar los descargos correspondientes.³⁰

La controversia en cuanto a los derechos de autor de dicha obra giraba en torno a los siguientes puntos³¹:

- A) Normativa y principios
- B) El texto de la obra
- C) La selección y organización de las imágenes y el texto
- D) Las imágenes de manera individual

Entre los argumentos esgrimidos por la USCO, se encuentra el análisis de los principios legales que rigen los derechos de autor en la normativa de propiedad intelectual de Estados Unidos, de los que se desprende que un trabajo debe registrarse cuando es “obra original de autoría fijada en cualquier medio tangible de expresión”. Así también, las altas cortes americanas se han pronunciado señalando que existen dos componentes importantes: i) La obra debe ser creada por el autor de forma independiente (creaciones independientes); y, ii) La creatividad es necesaria (suficiente creatividad). Además, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que no puede haber derechos de autor sobre una obra en la que “La chispa creativa es totalmente inexistente o es tan trivial que prácticamente no existe”.³² En este sentido, la USCO realiza los registros en virtud de estos pronunciamientos de dicha Corte, los cuales además están contenidos en el “Compendio de prácticas de la oficina de derechos de autor de los Estados Unidos Tercera Edición”.

Por otro lado, respecto a la obra, la USCO aprobó que la integralidad del texto se encuentra protegida por los derechos de autor, dado que fue producto de la creatividad humana y se usó más del mínimo de creatividad requerido para su protección y registro. Así mismo, la USCO también concordó con las alegaciones de la autora en cuanto a que la selección y disposición de las imágenes y el texto pueden estar sujetas de protección como una compilación, esto quiere decir que los derechos de autor protegen las colecciones y ensambles efectuados sobre materiales preexistentes o información seleccionada, coordinada u organizada de una forma suficientemente creativa. Por lo que,

³⁰ Ibid. p. 2

³¹ Ibid. p. 3-5

³² Ibid. p. 3

basados en que la selección y organización de las imágenes de la obra fueron realizadas integralmente por la autora, se le atribuyó su autoría. Así también se aceptó que tanto el texto como los elementos visuales modifican y perfeccionan la obra.³³

No obstante, sobre las imágenes de forma individual la USCO efectuó un análisis de fondo sobre el funcionamiento de Midjourney, explicando sus fases de uso, naturaleza, elementos y aplicación;³⁴ concluyendo que el proceso a través del cual un usuario de ese sistema obtiene una imagen, no es el mismo que un artista, escritor o fotógrafo dado que en este proceso no hay control del usuario, así como es imposible predecir los productos que este sistema creará a futuro. Por lo que, acorde al análisis realizado por la USCO las imágenes generadas por Midjourney que se encuentran en la obra no son un producto original para la protección de los derechos de autor por lo que está claro que fue Midjourney y no la autora, que dieron origen a los “elementos de autoría” en las imágenes.³⁵

Finalmente, la USCO comunicó que no se pudo determinar cuáles de las expresiones en las imágenes, fueron añadidas a través de Photoshop, por cuanto no estaba claro qué partes de la imagen tenían retoques efectuados por la autora. La USCO señaló que hay partes editadas que efectivamente fueron realizadas por la autora y no se excluirán del nuevo certificado de registro por cuanto son producto de la creación humana.³⁶

El 21 de febrero del 2023, la USCO emitió un comunicado mediante correo electrónico dirigido al representante de Kristina Kashtanova respecto al registro de propiedad intelectual otorgada sobre el comic, basando su análisis en los siguientes puntos³⁷:

- Kristina Kashtanova es autora del texto, la selección, coordinación, preparativos del trabajo escrito, así como los elementos visuales del cómic.
- Las imágenes que fueron generadas con la tecnología de Midjourney no tienen autoría humana, es decir que Kristina no tiene los derechos de propiedad intelectual sobre las mismas.
- El certificado otorgado deberá cancelarse y se remplazará con uno nuevo, con un registro limitado.

³³ Ibid. pp. 4-5

³⁴ Ibid. pp. 6-7

³⁵ Ibid. p. 8

³⁶ Ibid. p. 12

³⁷ Ibid. p. 1

Este caso marca un precedente importante en el tratamiento de los frutos de la IA, en relación con el derecho de autor; en tanto, concluye de manera contundente que los mismos no son susceptibles de protección bajo tal régimen. Para ello, la USCO considera conceptos trascendentales para generar su voluntad, tal como el concepto de “originalidad”, según la Corte Suprema en *Feist Publ’ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991): “(...) en este contexto consta de dos componentes: creación independiente y suficiente creatividad”; también el concepto de “autor”, según *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* 111 U.S. 53, 57–59 (1884): “*aquel a quien a quien algo debe su origen; originador; hacedor; el que completa una obra científica o literaria*”.³⁸

Estos conceptos clave sirven a la USCO para determinar sin lugar a duda que, para la protección legal de una obra, es necesario que concurran condiciones tales como el grado de creatividad (relacionado a la originalidad) y la intervención de la mano humana. Estos preceptos son concordantes con el concepto doctrinario de la originalidad y en última instancia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al considerar al derecho de autor precisamente como un derecho esencialmente humano.³⁹

A pesar de las alegaciones de la solicitante en cuanto a que el aplicativo de IA fue una mera herramienta “asistente” para generar dibujos, la USCO dirime puntualmente la diferencia entre una herramienta de tal naturaleza, usada por artistas como Adobe Photoshop; y una imagen obtenida directamente del trabajo de la IA (en este caso Midjourney), señalando que la misma se genera de forma impredecible, sin que se pueda controlar o guiar para obtener exactamente lo que está en la mente del usuario, dando como resultado que el proceso creativo se distorsione, pues el resultado es aleatorio y no precisamente aquello que está en la mente del creador.⁴⁰ De tal forma que establece un estándar muy interesante para casos futuros en los que se pretenda reclamar autoría sobre algo que realmente no amerita tener la calidad de “obra protegida”, pues fue producida de manera impredecible por un aplicativo de IA.

Al profundizar en los enunciados jurídicos, se observa que interviene también el concepto de la dicotomía idea-expresión, toda vez que al suministrar el usuario los “lineamientos” (*prompts*) a la máquina para que pueda generar un producto, no se está haciendo otra cosa que establecer una idea sobre la cual el software trabaje para generar algo; es decir que, en efecto, la intervención humana se limita una instrucción ideal de lo

³⁸ Ibid. p. 3

³⁹ DUDH, Artículo 27.

⁴⁰ Ibid. p. 9

que se pretende crear, mas no es una herramienta que coadyuve al proceso creativo esencial del ser humano, tal como una pluma electrónica o aplicativos que únicamente colaboran a la mano del autor.

Asimismo, existe un consenso doctrinario que determina que la originalidad (más allá de la mera novedad) es una extensión de la personalidad del autor, relacionado al derecho moral de reivindicar la “paternidad” de la obra; y como tal, fruto de su talento junto con los rasgos característicos que el mismo imprime.

3.1 *Thaler v. Perlmutter*

El 18 de agosto del 2023 un tribunal estadounidense del Distrito de Columbia decidió que las creaciones generadas por IA no están protegidas por los derechos de autor.⁴¹

El demandante, Stephen Thaler, es dueño de un sistema de computadora llamado “*Creativity Machine*”, con el cual generó un trabajo al que denominó “*A Recent Entrance to Paradise*”. Thaler intentó registrar dicho trabajo para obtener los derechos de autor, listando a la IA como el autor y explicando que los derechos deberían serle transferidos a él por ser dueño de la máquina.⁴²

La USCO rechazó el registro de la obra debido a la falta de autoría humana. La USCO explicó que el sistema de protección de derechos de autor solo aplica a los seres humanos, ya que solo los seres humanos tendrían interés en reconocer derechos de exclusividad, y de esa forma se incentivaría la creación y la invención. Los creadores no humanos no necesitan incentivos con promesas de derechos exclusivos, y por ende el derecho de autor no fue diseñado para ellos,⁴³ una decisión que concuerda con lo establecido en el Compendio de la USCO.⁴⁴

Por esta razón se decidió que, al haber sido la imagen generada por una IA, no existen derechos de autor que le puedan ser transferidos al señor Thaler.⁴⁵

⁴¹ Tribunal de Distrito de Estados Unidos por el Distrito de Columbia, Acción Civil No. 22-1564 (BAH), 18 de agosto de 2023. Extraído de <https://www.courtlistener.com/docket/63356475/24/thaler-v-perlmutter/>, [traducción propia].

⁴² Ibid. pp. 1-3

⁴³ Ibid. pp. 9-10

⁴⁴ GARCÍA CONCEPCIÓN, S, “Las Obras Creadas Por Sistemas De Inteligencia Artificial Y Su Protección Por El Derecho De Autor (AI Created Works and Their Protection Under Copyright Law)” *InDret I*, 5 de mayo de 2019, p. 12, accedido el 14 de junio de 2023, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3365458

⁴⁵ Ibid. p. 14.

Esta reciente decisión resalta la importancia de la participación humana en el sistema de protección de derechos de autor, sin la intervención humana los derechos morales no tienen incentivos para ser generados, a la máquina no le interesaría oponerse a las alteraciones de su obra ya que no tiene honor ni reputación que proteger. La decisión plantea un problema con respecto a futuras creaciones hechas con IA, al no estar protegidas por derechos de autor, no habría motivos por los que los seres humanos busquen crear o innovar el área de IA, destruyendo el propósito principal de los derechos de autor.⁴⁶ Sin embargo, no cierra la puerta a la posibilidad de que en un futuro la intervención humana se vea reducida debido al uso cada vez más frecuente de la IA y se tendrá que responder a preguntas como la cantidad de intervención humana necesaria para clasificar al usuario como “autor”, el alcance de la protección del resultado, etcétera.⁴⁷

Un punto de partida para poder establecer si una IA puede ser considerada “autor” fue propuesto por Zhou Bo, juez de la División de Derechos de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo de China. Este se refiere a no tomar en cuenta al creador humano del software de IA de lo contrario siempre se podrá volver al origen humano y no habría “obras” verdaderamente creadas por IA,⁴⁸ una perspectiva que hubiera beneficiado al señor Thaler.

Finalmente, la decisión no le dedica la misma cantidad de tiempo al requisito de “originalidad” para que existan derechos de autor, lo que plantea la pregunta de si una IA puede llegar a generar trabajos originales o si esa característica le pertenece exclusivamente al ser humano.

3.3 *Feilin v. Baidu*⁴⁹

En el caso de *Feilin v. Baidu*, el Tribunal de Internet de Beijing (en adelante, el Tribunal) tuvo que resolver si un artículo realizado con IA podía estar protegido por ley.

El 9 de septiembre de 2018 *Feilin*, un bufete de abogados de cine en Beijing, publicó un artículo llamado “*Analysis Report on Judicial Big Data of the Entertainment*

⁴⁶ Ibid. p. 10.

⁴⁷ Ibid. p. 13.

⁴⁸ BO ZHOU, Artificial Intelligence and Copyright Protection—Judicial Practice in Chinese Courts, 2020, p. 3 extraído de https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ms_china_1_en.pdf

⁴⁹ Sentencia Civil del Tribunal de Internet de Beijing (2018) Jing 0491 MinChu No. 239 (primera instancia). Extraído de [http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment\(2018\)Jing0491MinChuNo.239.pdf](http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment(2018)Jing0491MinChuNo.239.pdf), [traducción propia].

Industry - Film Volume·Beijing” (el Artículo), que fue realizado con Wolters Kluwer Database un software de análisis de datos legales estadísticos, y luego fue publicado en su página de WeChat. El 10 de septiembre de 2018 el usuario Dianjinss publicó el Artículo en Baijiahao, una plataforma de creación de contenido operada por el buscador chino Baidu. Feilin demandó a Baidu por infringir su derecho a la autoría, a la integridad y a la comunicación de información en redes. Baidu alegó que el artículo no es original ya que la información y gráficos de dicho artículo fueron recopilados y realizados por Wolters Kluwer Database, y por lo tanto no está protegido por la Ley de Propiedad Intelectual de China.⁵⁰

El Artículo contenía gráficos estadísticos y texto, Feilin argumentaba que consistían en obras escritas y gráficas. Es aquí que, el Tribunal empieza con el análisis de uno de los requisitos de protección de los derechos de autor, la originalidad. Para que estos trabajos puedan ser considerados “obras” deben ser originales y reproducibles en algún medio tangible,⁵¹ al igual que lo establecido en el artículo 104 del COESCCI.⁵²

Para comprobar la originalidad del artículo el Tribunal, con la participación de Feilin y Baidu, generaron dos reportes con Wolters Kluwer Database que denominaron Big Data Report 1 y 2.⁵³ Empezaron comparando los gráficos sobre datos estadísticos legales y cinematográficos del artículo original con los gráficos encontrados en los dos reportes generados. El Tribunal llegó a la conclusión de que los gráficos que contenían tanto el Artículo como los dos reportes generados no son originales, ya que las diferencias (tipo de gráficos, estadísticas mostradas en los gráficos) que se daban entre ellos se debían al tipo de los datos ingresados en Wolters Kluwer Database; por lo tanto, no pueden representar la expresión original de Feilin. El Tribunal concluyó que los gráficos del artículo no están protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual China.⁵⁴

Con respecto a las partes escritas del artículo publicado por Feilin, el Tribunal estableció que para que un trabajo sea protegido por la Ley de Propiedad Intelectual no solo basta con que cumplan con el requisito de la originalidad, sino que debe ser creado

⁵⁰ Ibid. 1-2

⁵¹ Ibid. 14

⁵² Artículo 104, COESCCI.

⁵³ Sentencia Civil del Tribunal de Internet de Beijing (2018) Jing 0491 MinChu No. 239 pp. 6-8 (primera instancia).
Extraído de [http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment\(2018\)Jing0491MinChuNo.239.pdf](http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment(2018)Jing0491MinChuNo.239.pdf), [traducción propia].

⁵⁴ Ibid. 14-15

por un ser humano.⁵⁵ Al comparar los reportes generados automáticamente por Wolters Kluwer Database con el artículo original, el Tribunal concluyó que son totalmente diferentes por lo que el artículo original no había sido generado por IA sino que había sido hecho por Feilin y por lo tanto está protegido por la Ley de Propiedad Intelectual.⁵⁶

Ese es el requisito más importante para la protección de los derechos de autor, la necesidad de que un humano haya creado el trabajo para que sea considerado una “obra”, es por esa razón que el texto generado en los Big Data Report 1 y 2 no puede ser considerado “obra”. Aun así, el Tribunal aclaró que, aunque no estén protegidos por derechos de autor eso no significa que los reportes deban caer en el dominio público ya que contienen un valor comunicacional, por lo que algunos derechos deben ser constituidos con respecto a los trabajos automáticamente generados. Lo que es lógico, ya que de lo contrario no habría interés por parte de los usuarios en crear usando IA, puesto que todo lo que “creen” usando la IA carecerá de protección y no tendría sentido utilizarla, y si no hay demanda el trabajo de los programadores en su diseño también pierde sentido.⁵⁷

El Tribunal también provee una posible respuesta a la duda que nos deja la CDPA *Section 9 (3)* sobre a quién le pertenece el trabajo que fue realizado generado por una IA o al menos quién tiene derechos sobre ellos, el programador o el usuario. El Tribunal estableció que el programador no debería tener derechos sobre los trabajos, ya que no tiene interés en comunicar dichos trabajos que variarían mucho de usuario a usuario, además de tener la capacidad de cobrar por el uso de software y obtener beneficios de esa forma; por otro lado, el usuario que ha pagado por el software que generó el trabajo tiene interés en comunicarlo y promoverlo.⁵⁸

En lo que difieren el Tribunal y el CDPA *Section 9 (3)* es que este clasifica a la persona que utiliza la IA como “autor”⁵⁹ mientras que aquel no considera el trabajo generado como una “obra” ya que no fue creada por un humano y por lo tanto no se puede hablar de “autoría” con respecto a la AI, la cual no puede ser considerada autor.⁶⁰

⁵⁵ Ibid. 16

⁵⁶ Ibid. 17-18

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ *Section 9 (3)*, Copyright, Designs and Patents Act 1988 [CDPA]

⁶⁰ Sentencia Civil del Tribunal de Internet de Beijing (2018) Jing 0491 MinChu No. 239 p. 16 (primera instancia). Traducción propia. Extraído de [http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment\(2018\)Jing0491MinChuNo.239.pdf](http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment(2018)Jing0491MinChuNo.239.pdf) [traducción propia].

El Tribunal concluyó que el texto del artículo constituía una “obra” por lo que Baidu había infringido el derecho de autor de Feilin.⁶¹

3.4 Tencent v. Yingxun Tech⁶²

El 20 de agosto de 2018 la compañía tecnológica y de internet Shenzhen Tencent publicó un artículo llamado “*Afternoon Comment: Shanghai Stock Index Rose Slightly by 0.11% to 2671.93 points, led by communications operations, oil exploration and other sectors*” en su sitio web *Tencent Securities*. Al final del artículo se escribió “*This article was automatically written by Tencent's robot Dreamwriter*”. El mismo día Yingxun Tech publicó el mismo artículo con el mismo título en su sitio web “*House of Online Loan*”, el artículo conservó la nota “*This article was automatically written by Tencent's robot Dreamwriter*” al final.⁶³

Tencent explicó el proceso de generar un artículo con Dreamwriter, el cual consistía en: (1) recolectar y analizar datos; (2) escribir el artículo después de que se cumplan las condiciones ingresadas; (3) corrección de errores inteligentes; y, (4) distribuir automáticamente los artículos en las plataformas de artículos de Tencent.⁶⁴ La Corte decidió que para que el trabajo generado por la IA sea considerado una “obra” debía ser original.⁶⁵

El Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen (en adelante, el Tribunal) analizó la estructura y contenido del artículo y determinó que aunque la expresión no es única, es original hasta cierto punto.⁶⁶ Además de eso, el Tribunal “determinó que la disposición y selección de la entrada de datos, la configuración de las condiciones de activación, así como la selección del estilo de plantilla y *corpus* del equipo de desarrollo de Dreamwriter, eran actividades intelectuales que estaban directamente relacionadas con la expresión específica del artículo”,⁶⁷ en otras palabras, el desarrollo del artículo demuestra intervención humana por parte del equipo de Tencent.

⁶¹ Ibid. 21-22

⁶² Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan Juicio Civil (2019) Yue 0305 MinChu No. 14010 (primera instancia) extraído de <https://es.chinajusticeobserver.com/law/x/2019-yue-0305-min-chu-14010>

⁶³ Tribunal Popular del Distrito de Shenzhen Nanshan Juicio Civil (2019) Yue 0305 MinChu No. 14010 (primera instancia), párr 10-12 extraído de <https://es.chinajusticeobserver.com/law/x/2019-yue-0305-min-chu-14010>

⁶⁴ Ibid. párr 13

⁶⁵ Ibid. párr 15

⁶⁶ Ibid. párr 20

⁶⁷ Ibid. párr 17

Al final la se decidió que el artículo estaba protegido por derechos de autor al demostrar la suficiente creatividad.⁶⁸

Estos casos concluyeron que las “obras” que fueron creadas con asistencia de IA sí están protegidas, y esto se debe a que el elemento humano permanece. Los casos, aunque similares presentan una diferencia importante entre ambos y es que en el primero se considera de manera independiente el requisito de originalidad y el de la creación humana, mientras que en el segundo se considera a la creación humana como un requisito de la originalidad.⁶⁹

El caso *Feilin v. Baidu* parece ser el más importante, contiene el esencial precedente en el cual se establece que la originalidad no es un rasgo exclusivamente humano, y además que las creaciones generadas totalmente por IA no entran al dominio público, sino que el usuario tiene ciertos derechos relevantes,⁷⁰ y aunque la decisión no especifica qué clase de derechos son, debido al valor comunicacional que tienen el contenido generado y que el usuario no puede ser considerado el autor, es probable que se trate de derechos patrimoniales, como son la comunicación pública de la obra o la puesta a disposición del público.⁷¹ El usuario de la IA puede cobrar para que terceros puedan publicar su artículo o comunicarlo al público. Pero ambos comparten la importancia de que un ser humano tiene que estar involucrado en algún momento para ser protegida por derechos de autor.

Con respecto a los derechos morales, el Tribunal de Internet de Beijing estableció que los trabajos generados totalmente por IA no pueden ser considerados “obras”. Esto debido a que no fueron creadas por un ser humano y, por lo tanto, la IA no puede ser considerada “autor”. En ese sentido, ciertos derechos morales no tienen lugar en estos casos, principalmente el derecho de reivindicar la paternidad, el cual consiste en “exigir que se mencione o se excluya su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada cuando lo permita el uso normal de la obra”,⁷² el Tribunal estableció que como el usuario no puede ser considerado “autor” se debe poner el logo del software que generó el trabajo,

⁶⁸ Ibid. párr 20

⁶⁹ LEE JU YOEN, Artificial Intelligence Cases in China: Feilin v. Baidu and Tencent Shenzhen v. Shanghai Yingxin, *China and WTO Review*, 2021, vol. 7, no 1, p. 217, [traducción propia].

⁷⁰ Sentencia Civil del Tribunal de Internet de Beijing (2018) Jing 0491 MinChu No. 239 p. 16- 17 (primera instancia). Extraído de

[http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment\(2018\)Jing0491MinChuNo.239.pdf](http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment(2018)Jing0491MinChuNo.239.pdf), [traducción propia].

⁷¹ Artículo 120, COESCCI.

⁷² Artículo 118 numeral 2, COESCCI.

por lo que no se podría exigir que se incluya el nombre del autor, además, al no existir “autor” no se podría oponer a “toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que atente contra el decoro de la obra, o el honor o la reputación de su autor”.⁷³

Tampoco se podría decir que el usuario de la IA tendría el derecho moral a “[a]cceder al ejemplar único o raro de la obra cuyo soporte se encuentre en posesión o sea de propiedad de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda”, debido a que hipotéticamente bastaría con ingresar comandos para replicar exactamente la misma obra (es decir, falta la originalidad) no habría necesidad de proteger un “ejemplar único” de la obra, por lo que parece que otorgar derechos morales no es relevante con respecto a la IA.

Lo mismo se podría decir con respecto a esta clase de derechos en el caso *Thaler v. Perlmutter y Zarya of the Dawn*.

Ambos casos chinos y las dos decisiones de la USCO consideran al factor humano como un elemento necesario para que una “obra” exista y esté protegida. No presentan una respuesta sobre la posibilidad de que “obras” creadas sin la intervención humana puedan estar protegidas por derechos de autor en el futuro.

4. Beneficio económico derivado de la explotación comercial del fruto de las IA

Una vez analizados los precedentes en la materia, se parte de la premisa de que si bien no caben derechos de exclusividad sobre los productos de la IA, los derechos patrimoniales de autor implican explotación comercial y por ende beneficios económicos a favor del autor; entonces, ¿es viable obtener réditos financieros de los frutos de la IA aún sin tener exclusividad de uso?

Para el análisis de esta interrogante, es preponderante conocer, aún de manera sucinta, cómo funciona la IA, específicamente IA generativa texto-imagen como Midjourney. Esta IA se entrena con “conjuntos de datos de pares imagen-texto” que pueden ser recopilados y organizados por organizaciones como LAION, “[m]ediante el entrenamiento, la IA aprende a relacionar la composición gráfica de una imagen, su estructura visual y cualquier información visual identificable con el texto que aparece junto a ella”.⁷⁴ La IA repite las imágenes añadiendo pequeñas alteraciones aleatorias, “[a] continuación, se invierte el procedimiento y se ordena a la IA que cree una imagen que se parezca visualmente a la primera imagen de entrenamiento utilizando píxeles

⁷³ Artículo 118 numeral 3, COESCCI.

⁷⁴ IA Viajero. “¿Cómo Funciona MIDJOURNEY?”. *IA Viajero* April 26, 2023, accedido el 10 de octubre de 2023. Extraído de <https://www.iviajero.io/noticias-ia/como-funciona-midjourney>

aleatorios”.⁷⁵ Al final del proceso, la IA puede generar su propia imagen a partir de eso: píxeles aleatorios. “[E]n la práctica, esto significa que un usuario puede acceder a un generador de texto a imagen, introducir un comando de texto en un breve cuadro de texto y la IA crea una imagen totalmente nueva a partir del texto introducido”.⁷⁶

Ahora bien, el fruto de una IA puede ser usado a nivel comercial, toda vez que así lo permiten sus términos y condiciones. Midjourney por ejemplo, concede el “uso exclusivo” de los activos generados por la IA, a sus suscriptores, y otorga una licencia de Creative Commons no comercial, a los no suscriptores.⁷⁷ Sin embargo, bajo la premisa de que las imágenes generadas por IA no son susceptibles de protección, entonces Midjourney no podría conceder usos exclusivos, ni otro tipo de licencias pues no es titular de los activos generados por su herramienta y máximo, quedaría como un acuerdo entre privados; lo mismo sucedería con otros aplicativos de IA, que utilicen una plataforma similar.

De otra parte, se sabe que la fuente de referencia que utiliza una IA (conjunto de datos) están en una base de datos compilada de internet, de tal forma que las imágenes generadas por una IA se basan en tales repertorios; sin embargo, nada garantiza que dentro de las imágenes referenciales puedan incluirse obras protegidas. Tales eventualidades han sido de alguna forma previstas por los desarrolladores de las IA, concediendo una solución en caso de que una imagen sujeta a derecho de autor esté siendo usada sin su autorización como parte del conjunto de datos de una herramienta comercial de IA. Dicha solución se da a través de la implementación de una “política de retiro”⁷⁸ que permite a los autores requerir formalmente el retiro de sus obras de las bases de datos correspondientes, de conformidad con la Ley sobre Derecho de Autor en el Milenio Digital (DMCA, por sus siglas en inglés); sin embargo, trasladan toda la responsabilidad de uso al usuario mediante cláusulas de descargo de uso y no asumen riesgos de ninguna naturaleza, incluyendo posibles infracciones a derechos de autor.⁷⁹

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Midjourney, Inc. “Terms of Service”, 21 de julio del 2023, accedido el 10 de octubre de 2023. Extraído de <https://docs.midjourney.com/docs/terms-of-service> [traducción propia].

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Midjourney, Inc. “Terms of Service”, 21 de julio del 2023, accedido el 10 de octubre de 2023. Extraído de <https://docs.midjourney.com/docs/terms-of-service>. Midjourney incluye en sus términos y condiciones otorga un servicio llamado “TAL CUAL” sin ningún tipo de garantía, y señala que el usuario “asume el riesgo asociado con el uso de los servicios”, [traducción propia]; así como también lo hace ChatGPT, señala que renuncian a una garantía de “NO INFRACCIÓN”. Véase: OpenAI. “Terms of use”, 14 de marzo de

Por principio general, el autor de una obra goza de prerrogativas excluyentes sobre sus obras; es decir, puede usar o autorizar el uso, gozando de tutela legal para impedir usos indebidos. Entonces, cabe la situación en la cual una persona que comunique públicamente una imagen producida por IA, a título de publicidad para promover su negocio, que incluya una obra sujeta de protección; entonces estaría en estricto sentido, incurriendo en infracción a los derechos de autor. De tal forma que, si bien usar herramientas de IA pueden dinamizar algunos modelos de negocio, esto implica un riesgo moderado de infringir derechos de autor de terceros, sin que los titulares de la herramienta asuman riesgo alguno.

En definitiva, el uso adecuado y la armonía entre IA y actividad artística, depende mucho de la ética del usuario y del desarrollador, pues se debe propender a generar una cultura de respeto al esfuerzo artístico y al sector industrial correspondiente.

Por el momento parece ser que esa armonía no está en la mente de los autores cuyos trabajos están en riesgo de ser reemplazados. Uno de los objetivos de la reciente huelga de escritores en Estados Unidos es establecer regulaciones al uso de la IA. En el resumen de sus términos del acuerdo, el Writers Guild of America (WGA) demanda que:

- La IA no podrá escribir o reescribir material literario, y el material generado por IA no será considerado material de origen protegido por el acuerdo, lo que significa que el material generado por la IA no puede ser usado para socavar el crédito del escritor o derechos separados.⁸⁰
- Un escritor puede elegir usar IA al proveer sus servicios, siempre que la compañía consienta y el escritor siga las políticas de la compañía, pero la compañía no podrá exigir que el escritor utilice software de IA para escribir.⁸¹
- La compañía debe informar al escritor si cualquier material que le sea entregado ha sido generado por IA o incorpore material generado por IA.⁸²
- El WGA se reserva los derechos para afirmar que la explotación del material del escritor para entrenar IA está prohibido por el acuerdo u otras leyes.⁸³

2023, accedido el 10 de octubre de 2023. Extraído de: <https://openai.com/policies/terms-of-use>, [traducción propia].

⁸⁰ Writers Guild of America, “Summary of the 2023 WGA MBA” 25 de Septiembre de 2023, accedido el 10 de octubre de 2023. Extraído de: www.wgacontract2023.org. https://www.wgacontract2023.org/the-campaign/summary-of-the-2023-wga-mba?utm_source=substack&utm_medium=email [traducción propia].

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

Estos términos dan indicios de que, en un futuro, el uso comercial de la IA se reduciría al de una herramienta de asistencia, como podría ser, generar un esquema básico de un guion o realizar pequeñas correcciones narrativas en la historia. Posiblemente, a medida que avance el desarrollo de esta tecnología se siga buscando la protección de los autores cuyas obras fueron utilizadas para entrenar a la IA, lo que llevaría a que las imágenes generadas por IA sin consentimiento de los autores originales no puedan ser productos de comercio. De otra parte, existen autores que afirman que se debería proteger “más al creador de la plataforma que ha entrenado a la IA porque hay más esfuerzo que el que mete la frase”,⁸⁴ lo que significa que quien en realidad debería tener los derechos de las imágenes, escritos o gráficos producidos sería el programador o quien entrena la base de datos, algo que iría en contra del fallo *Feilin v. Baidu*, pero si bien esto tiene lógica, un *input* de una frase no parece representar un esfuerzo suficiente como para declararse propietario de algo.⁸⁵

5. Conclusiones y Recomendaciones

No cabe duda que la IA con sus algoritmos generados de manera autónoma logra o logrará replicar las actividades humana; y, con la velocidad y eficiencia con las que la generan, puede llegar a exigir una forma de protección efectiva y que se tenga que buscar alternativas para su integración a relaciones comerciales.

Una posible solución, al menos para las obras artísticas, es tener en cuenta el contexto histórico, su permanencia en el espacio y el tiempo es algo que no se puede replicar. Por ejemplo la IA *The Next Rembrandt* puede generar una obra “original” analizando cuadros del Rembrandt original;⁸⁶ sin embargo, se podría argumentar que el valor del arte va más allá de la simple réplica de formas de pintar. Jonathan Jones de *The Guardian* criticó la idea de que el artista pueda ser replicado digitalmente, lo que hace el arte de Rembrandt (o de cualquier artista) único son las experiencias humanas que una máquina no puede replicar: tener una amante, vivir la plaga o envejecer.⁸⁷

⁸⁴ RODRÍGUEZ ARA, 2022. “El Agujero Negro de Los Derechos de Autor de Las Imágenes de Inteligencia Artificial de Dall-e.” Hipertextual. 31 de Agosto de 2022, accedido el 10 de octubre de 2023. Extraído de: <https://hipertextual.com/2022/08/propiedad-intelectual-imagenes-inteligencia-artificial>.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ "The Next Rembrandt.", *The Next Rembrandt*. 5 de abril de 2016. Video, 0:01:11, https://www.youtube.com/watch?v=IuygOYZ1Ngo&ab_channel=TheNextRembrandt.

⁸⁷ JONES JONATHAN, "The Digital Rembrandt: A New Way to Mock Art, Made by Fools." *The Guardian*, April 6, 2016. <https://www.theguardian.com/artanddesign/jonathanjonesblog/2016/apr/06/digital-rembrandt-mock-art-fools>.

El problema con este criterio que valora la historia es que no todas las creaciones pueden tener el mismo valor histórico, después de todo, no siempre los artistas son Rembrandt, por lo que otra solución sería exigir cierto grado de intervención humana en las creaciones. Recientemente los premios Grammy incluyeron una regla que estipula que “solo creadores humanos” pueden ganar el premio, aunque las obras que contengan elementos de IA pueden ser elegidas para ganar el premio siempre que el creador humano sea responsable de una contribución “significativa” a la música y/o letra.⁸⁸ Esta solución mantendría la importancia del factor humano, aunque sigue sin conceder protección a trabajos sin la intervención humana.

El consenso general es ni siquiera considerar “obras” a los trabajos generados por IA; todo el sistema de protección de derechos de autor está diseñado con la intervención humana presente, incluso el CDDA del Reino Unido, que contiene regulación con respecto a la IA y asume que un humano va a estar involucrado (probablemente porque fue hecho en 1988). La solución planteada en *Feilin v. Baidu* sobre otorgarle ciertos derechos al usuario parece ser la más acertada por el momento,⁸⁹ el factor humano es lo que le da sentido a la protección de derechos de autor, la máquina no tiene interés en proteger sus creaciones, no puede beneficiarse de ninguna manera de ellas, sin un humano que necesite proteger sus intereses no parece tener sentido proteger los de la máquina.

Sin perjuicio de que existen legislaciones que reconocen derechos de exclusividad sobre obras generadas por computadora, en tanto exista una contribución de arreglos; existe una tendencia por parte de los Tribunales que rechaza la adquisición de derechos de autor sobre productos de IA, lo cual puede suponer una limitante al desarrollo e innovación en el campo de la IA, pero sin dudas un aliciente a los artistas tradicionales para beneficiarse económicamente de su trabajo.

Si bien el fruto de la operación de una IA no puede ser considerado como obra y tampoco genera derechos de exclusividad, no es menos cierto que el usuario no está impedido de verse beneficiado de la explotación económica que genere un producto de IA. El uso de las herramientas está regido por términos y condiciones que deben ser

⁸⁸ SHERMAN MARIA, "Grammys Exclude AI from Winning Awards: Only 'human Creators' Eligible." *USA Today*, June 16, 2023. <https://www.usatoday.com/story/entertainment/music/2023/06/16/grammys-exclude-ai-from-award-eligibility/70331751007/>.

⁸⁹ Sentencia Civil del Tribunal de Internet de Beijing (2018) Jing 0491 MinChu No. 239 p. 16- 17 (primera instancia).
Extraído de [http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment\(2018\)Jing0491MinChuNo.239.pdf](http://www.chinadaily.com.cn/specials/BeijingInternetCourtCivilJudgment(2018)Jing0491MinChuNo.239.pdf) [traducción propia].

observados por las partes, toda vez que se consideran como contratos de adhesión. De tal forma que, si bien es cierto que las legislaciones deben adaptarse al uso económico de las IA debido a la nueva realidad que experimenta el mercado, implementando figuras que lo permitan con un régimen jurídico especial, tal como sucede con la CDPA del Reino Unido; también lo deben hacer los desarrolladores, ajustando los términos y condiciones a su respectiva realidad jurídica propiciando un marco legal más seguro y confiable a los usuarios.

Es importante que la evolución del uso comercial de las IA no necesariamente implique un conflicto con el desarrollo del arte tradicional. Si bien el uso de herramientas de IA puede, sin dudas, coadyuvar a dinamizar ciertas actividades económicas, tales como la actividad publicitaria, el uso en reportes de oficina, y demás; categóricamente no puede interferir en el desarrollo de los artistas tradicionales o la industria creativa; en tanto el valor de su trabajo precisamente radica en el aporte original que se imprime en sus obras, íntimamente relacionado al requisito de protección general del derecho de autor. Tal vez un balance entre arte tradicional y productos de IA, incluso pueda conllevar un repunte de las actividades comerciales que derive de cada una; como por ejemplo, si se populariza tanto la generación de dibujos de IA, entonces se dará un valor agregado al arte tradicional, siendo incluso más raro de encontrar; máxime, las imágenes generadas en computadora, pueden servir de inspiración a nuevos artistas e impulsarlos a desarrollar su arte, sin perjuicio de todos los usos beneficiosos que conlleva la generación de texto.

Las Cortes y entidades estatales se han pronunciado en cuanto al umbral que no debe cruzar un usuario, para no afectar a los artistas formales, tal vez con el mensaje implícito de que el beneficio de la IA, debe destinarse a otros usos que no causen desmedro al segmento comercial destinado al arte. De igual manera, los usuarios deben tratar de minimizar el riesgo de infracción, verificando los resultados que se obtienen al utilizar las distintas herramientas y, en la medida de lo posible, usando material autorizado que no infrinja derechos de autor. Los desarrolladores por su parte, deben verificar que sus conjuntos de datos (fuentes), deben también respetar todo aquello que está protegido por derecho de autor y tener estándares técnicos elevados para evitar que se infrinjan derechos y facilitar el retiro de material infractor.