

BLOQUE 3¹

3. Using AI as a tool for rights management and administration

3.1 - ¿En qué medida la IA es utilizada para detectar o identificar contenidos protegidos, moderarlos e, incluso, actuar contra las infracciones de derechos?

En la actualidad, el empleo de sistemas basados en algoritmos y herramientas de IA está ampliamente extendido entre las principales empresas del mundo digital (redes sociales como Facebook o Instagram, entornos de cloud computing como Amazon Web Services, plataformas digitales de entretenimiento como YouTube o Spotify). Sistemas populares y consolidados como el Content ID de Youtube están basados en herramientas de IA.

Estos sistemas de IA, que procesan grandes volúmenes de datos y realizan operaciones complejas prácticamente en tiempo real, permiten detectar contenidos protegidos y usos indebidos a partir de la definición de un conjunto de reglas y el empleo de datos de entrenamiento en función del propósito perseguido (tipo de contenido, fuentes de datos, criterios de moderación, entre otros).

3.2 – En la hipótesis de un recurso a herramientas informáticas para efectuar dicha identificación, ¿existen reglas destinadas a la evaluación de tales herramientas, a los efectos de comprobar la pertinencia de los resultados producidos por el sistema de IA? (Por ejemplo, en el marco del Reglamento europeo Digital Services Act, las plataformas están sometidas a una obligación de transparencia, en particular en cuanto a las herramientas empleadas y los resultados que éstas producen – art. 15).

En caso de respuesta positiva, ¿tales reglas proceden de la práctica (usos, contratos, soft law...), o han sido impuestas por un texto normativo oficial o por la jurisprudencia?

La definición de reglas o principios podría derivarse de la propia experiencia y uso de dichas herramientas como moderadores de contenidos o detectores de contenidos protegidos, siguiendo la misma aproximación que se utiliza precisamente para desarrollar su “inteligencia”, que emplea un conjunto de datos de entrenamiento y reglas para tomar decisiones que realimentan su aprendizaje.

Para la definición de estas reglas, sería aconsejable partir de una caracterización precisa del sistema de IA bajo estudio, teniendo en cuenta los siguientes aspectos (al menos): tipo de contenido, fuentes de contenido, técnicas de detección (v.gr. marcas de agua digitales), criterios de moderación, selección de herramientas y tecnologías, consideraciones de seguridad y privacidad, etc.

3.3 - ¿En qué medida la IA es utilizada como herramienta de recomendación de contenidos protegidos? Por ejemplo, la proposición de “playlists” por Pandora o cualquier otro servicio de comunicación que efectúe recomendaciones de obras.

¹ Respuestas preparadas por Alvaro Hernández-Pinzón, Director Estratégico de Recaudación y de la Asesoría Jurídica, y Paloma López-Peláez, Directora del Area Internacional, de AIE. <https://www.aie.es/>

La IA es ampliamente utilizada por las plataformas digitales para seleccionar y recomendar determinados contenidos. En principio, a partir de las preferencias del usuario en cuestión (perfil de usuario, favoritos, contenidos más reproducidos, contenidos etiquetados, etc.), pero también utilizando criterios relacionados con el modelo de negocio de la plataforma. A modo de ejemplo, algunas plataformas de streaming disponen de un “Discovery mode” como funcionalidad que permite ganar visibilidad a cambio de que los titulares reciban un royalty inferior por cada escucha. De este modo las plataformas utilizan herramientas que no solo recomiendan, sino que personalizan el contenido más allá de las opciones de búsqueda en el catálogo disponible que tienen los usuarios y sugieren nuevo contenido (lanzamientos, nuevos artistas, nuevos géneros, mixes/playlists para momentos específicos, etc.).

3.4 - ¿Hay que temer que esta recomendación comporte un riesgo de dilución de los contenidos y de los ingresos debido a una posible opacidad del sistema?

Las herramientas de recomendación en una plataforma digital facilitan un modelo de acceso al contenido basado en las preferencias y patrones de comportamiento del usuario, lo que necesariamente implica una decisión preliminar para seleccionar el contenido que se presenta como primera opción de consumo. En esta misma línea, las recomendaciones de nuevos géneros y artistas introducen el sesgo del algoritmo basado en el aprendizaje sobre la interacción del usuario con el contenido.

Adicionalmente, la introducción de funcionalidades que permitan ganar visibilidad a cambio de una contraprestación por parte de los titulares de los derechos introduce una nueva variable a tener en cuenta en las recomendaciones de las plataformas.

La consecuencia, un pequeño porcentaje de contenidos concentra la mayor parte del consumo en una plataforma, lo que efectivamente supone una clara asimetría entre los contenidos y los artistas que generan mayores ingresos frente al resto.

Otro aspecto también importante es que existe una creciente práctica de producción de contenidos basados en sistemas IA (IA generativa) a partir de otros contenidos originales (bases, voces de artistas reconocidos). Esa propia generación de contenidos se basa típicamente en materiales y contenidos protegidos, lo que abre el debate sobre los límites en el uso de sistemas informáticos y la responsabilidad de sus desarrolladores sobre el cumplimiento de cualquier obligación legal o los límites al uso de contenidos protegidos.

3.5 - ¿Sobre este punto, existen en su Derecho nacional o regional obligaciones de transparencia sobre la utilización de un sistema de IA (por ejemplo, el Reglamento europeo Digital Services Act)? ¿Cuáles son?

Las instituciones europeas llevan trabajando desde hace años en desarrollar un marco europeo de la IA, que básicamente persigue cómo aprovechar el potencial de la IA con seguridad.

Para ello la Comisión Europea elaboró una propuesta de Ley de Inteligencia Artificial en abril de 2021 (COM(2021) 206 final), cuyo objetivo es reforzar las normas sobre calidad de los datos, transparencia, supervisión humana y rendición de cuentas en este ámbito. También pretende abordar cuestiones éticas y retos de aplicación en diversos sectores, desde la sanidad y la educación hasta las finanzas y la energía. A finales de 2022, el Consejo Europeo adoptó una posición sobre la legislación, que actualmente se debate en el Parlamento Europeo.

3.6 – De manera general, ¿estas herramientas deben responder a unas reglas determinadas en términos de seguridad de los productos o de conformidad? ¿Existen procedimientos de certificación de tales herramientas por parte de una autoridad o de asociaciones profesionales? ¿Sus proveedores se encuentran sometidos a unas obligaciones de diligencia particulares?

Actualmente, no existe una certificación universalmente reconocida para algoritmos de IA. Sin embargo, hay organizaciones que ofrecen evaluaciones y acreditaciones de algoritmos de IA, que típicamente se centran en aspectos específicos de los algoritmos (privacidad, transparencia, diversidad, ...).

En cualquier caso, es importante tener en cuenta que la certificación es una herramienta que permite para evaluar aspectos específicos de los algoritmos, pero no garantiza la calidad o la eficacia de un algoritmo de IA en todos los contextos y situaciones.

BLOQUE 4:

Inteligencia artificial y propiedad literaria y artística: los contornos de la protección. El estatus de las producciones de la IA

1. El acceso a la protección

- La calificación de obra (de un resultado de IA)

Nota: una producción de la inteligencia artificial que presenta externamente todos los aspectos de una obra del espíritu (forma sensible aparente), ¿puede ser vista como una obra del espíritu protegida por el derecho de autor?

No, en España, cuyo sistema personalista o antropocéntrico hace depender la protección del resultado de una labor creativa e intelectual determinada de manera clara y precisa (obra) por derecho de autor de que sea un ser humano quien la haya desarrollado.

El art. 5 TRLPI considera autor a la persona natural que crea una obra (original) y por ese simple hecho le corresponde originariamente el derecho exclusivo (principio de autoría). Excepcionalmente, se pueden beneficiar de esta protección las personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella. En este sentido, la ley española solo prevé un caso

en el que la persona jurídica pueda ser titular originaria del derecho de autor: la obra colectiva, sea esta un programa de ordenador (ex art. 97.2 TRLPI), sea una obra perteneciente a cualquier otro género creativo (menos obra audiovisual, que, obligatoriamente, se califica como obra en colaboración -art. 87 TRLPI).

La obra colectiva se define en el art. 8.1 TRLPI como “la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada». En estos casos, el art. 8 II atribuye el derecho de autor “salvo pacto en contrario” a favor de la persona física o jurídica que edita y divulga la obra. Pero, en todo caso, debe tratarse de una obra original, concepto que no define la ley, que es un concepto autónomo del Derecho de la UE y que, por tanto, debe ser interpretado según el TJUE como creación intelectual propia de su autor.

Para ello, el art. 10 TRLPI dispone que obras son aquellas creaciones «originales» literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. La originalidad de una obra proviene, pues, de la libre elección del autor en su forma expresión,

4.1 – ¿La calificación de obra implica siempre la presencia de una persona física?

Sí. Al tratarse el concepto de obra de un concepto autónomo del Derecho de la UE, la interpretación que debe hacerse del requisito de la originalidad es la realizada por el TJUE y, en consecuencia, asociada al autor persona física. El art. 1 LPI atribuye «la propiedad intelectual “al autor” por el solo hecho de su creación». El art. 5.1 LPI considera autor «a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica». El art. 10 LPI solo dice que el objeto de protección son las obras literarias, artísticas o científicas “originales”. Así que este término, debe interpretarse en el sentido de la sentencia Infopaq (Asunto C-5/08) como “reflejo de la personalidad del autor”, lo que implica la necesidad de que exista una persona física para que exista una obra.

4.2 – ¿A partir de qué umbral es posible considerar que hay una intervención humana que da lugar a una obra original en la realización de una producción de la inteligencia artificial? ¿Qué tipos de intervención permitirían saber si este umbral ha sido alcanzado?

El factor humano que interviene en la forma de expresión de una obra protegida por derecho de autor no debe limitarse a realizar actividades meramente técnicas, mecánicas o banales y, en definitiva, ayunas de cierta interferencia arbitraria fruto de la libre elección de su autor. El autor debe intervenir de manera creativa, siendo su intervención determinante de la apariencia del resultado, de manera que sin ella, este hubiera sido diferente.

4.3 – ¿Cómo distinguir la producción asistida y la producción generada por una IA?

Una vez el resultado cumple con los requisitos de determinación con precisión y objetividad, se tratará de una obra asistida por AI si el autor, en caso de conflicto, puede probar que ha intervenido de manera creativa y que su intervención ha sido determinante de la apariencia del resultado. La práctica registral exige, en cumplimiento del principio de especialidad del art. 26.2 del RD 281/2003, por el que se aprueba el Reglamento para el Registro de la Propiedad Intelectual, para la inscripción de una obra asistida por IA, que la solicitud identifique qué parte de la aquella se debe a la creatividad humana y qué parte al sistema de IA. No obstante, la inscripción voluntaria y tiene carácter meramente declarativo.

4.4 – En algunos países se afirma que no puede existir una obra del espíritu sino cuando la forma obtenida sea el fruto de un trabajo creativo del autor, en el sentido de que este último tiene conciencia del resultado (obra) que quiere alcanzar, incluso si tal resultado es algo diferente de sus expectativas/de lo esperado. Esto, por ejemplo, supondría denegar la cualidad de autor a una persona privada de discernimiento (por ejemplo, una persona en estado de enajenación mental, un niño de muy baja edad, un sonámbulo...), o comportaría el rechazo de proteger una producción que no sería más que fruto del azar.

¿Tal condición existe en su país o región? No. Para ser autor no se requiere tener pleno ejercicio de la capacidad jurídica. También niños y niñas menores de edad y personas que requieren medidas de apoyo con funciones representativas son autoras y, por tanto, titulares originarios del derecho de autor si crean una obra literaria, artística o científica original. Cuestión distinta es el ejercicio válido y eficaz de las facultades que integran el contenido de este derecho subjetivo.

En caso afirmativo, ¿se trata de una exigencia legal? ¿De la jurisprudencia? ¿De la doctrina? Las personas naturales sin pleno ejercicio de su capacidad jurídica, como las personas menores de edad y las personas con discapacidad que requieren medidas de apoyo con funciones representativas, ostentan los derechos reconocidos legalmente, incluidos los derivados de su condición de autor en los términos establecidos en la LPI, que serán ejercitados a través de sus padres o tutor, en el caso de los niños y niñas o quien ejerza la curatela con función representativa, en el caso de las personas mayores con discapacidad.

4.5 – Los criterios calificados de indiferentes (mérito, permanencia, género, destino...), ¿siguen siendo pertinentes en el marco de una producción de la inteligencia artificial?

En España, ni el mérito, ni la altura creativa, ni el destino, ni la durabilidad, ni la conclusión de la obra han sido condicionantes de la protección del derecho de autor. No obstante, no creemos que la protección de estos resultados deba regirse por las mismas reglas que el derecho de autor sobre las obras de ingenio de origen humano.

- **La calificación de prestación de un artista, intérprete o ejecutante**

4.6 – Para quedar investido de un derecho conexo, ¿el artista intérprete o ejecutante debe ser necesariamente una persona física?

Dicho de otro modo, una “interpretación” procedente de una inteligencia artificial, ¿es susceptible de protección en base a un derecho conexo?

En general, la ley española formula también la titularidad de los derechos vecinos, afines o conexos desde una perspectiva antropocéntrica, de manera que solo las personas físicas o jurídicas pueden ser titulares de estos derechos. En particular, en relación con el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes, se refiere el art. 105 a “la *persona* que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra». Además, el carácter intelectual exigido al objeto de la interpretación que justifica la atribución de facultades morales (dirigidas a proteger al creador de la actuación en tanto que manifestación de su personalidad) no permite concluir otra cosa. Tampoco, en este caso, es necesario haber alcanzado la mayoría de edad, ni tener pleno ejercicio de la capacidad jurídica.

Al igual que sucede en relación a las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial completamente autónomos, quedan fuera de la posible protección de derecho conexo las actuaciones generadas por aquellos. En todo caso, la posibilidad de que una máquina, robot, holograma, etc., interprete o ejecute una obra gracias a la programación de sistemas

de inteligencia artificial (como, por ejemplo, la técnica del deepfake), desvía el debate, en este ámbito, hacia la distinción entre obras generadas con ayuda de sistemas de IA y obras generadas por estos de manera completamente autónoma, siendo en estos últimos casos predicable las mismas conclusiones a las que se llega en relación a las obras del Libro Primero y a la valoración de la conveniencia o no de protegerlos mediante la creación de un nuevo derecho exclusivo. La ventaja en estos casos es que si es un «robot» (hologramas, imagen de personajes ya fallecidos, etc.) el vehículo de comunicación elegido por el autor/director de la obra representada, no tendrá este que obtener los pertinentes derechos (imagen, explotación, etc.) para llevar a cabo su explotación. En el caso de ejecuciones por IA completamente autónomas, tal y como está la legislación actualmente, no nacerá el derecho conexo de los artículos 105 y sigs. TRLPI sobre la interpretación.

4.7 – Para quedar investido de un derecho conexo, ¿el artista intérprete o ejecutante debe interpretar una obra creada por una persona física?

Dicho de otro modo, la interpretación, por un ser humano, de una producción de la inteligencia artificial, ¿es protegible en base al derecho conexo?

Si bien la ley exige que el artista intérprete o ejecutante lo sea de una obra, no dice que esta deba estar protegida por derecho de autor. Los argumentos que tenemos para considerar que el término obra que utiliza el art. 105 no debe ser interpretado del mismo modo que el concepto legal de obra que da lugar al nacimiento del derecho de autor (art. 10) son los siguientes:

Por un lado, la Guía de interpretación de la Convención de Roma, de la que España es parte, atribuye la titularidad de este derecho conexo a quienes interpretan obras, aunque ya hayan entrado a formar parte del dominio público. Es cierto que estas han sido creadas por personas, aunque ya no estén protegidas, sin embargo, ello permite entender que la interpretación o ejecución del artista se protege sin que sea necesario que el resultado esté protegido por derecho de autor.

Por otro, los respectivos artículos 2.a) del TOIEF y el TBIEA, partiendo de la definición del artículo 3 CR, suman las obras del folclore a los posibles objetos de la interpretación o ejecución. No obstante, no todas las obras del folclore son “obras” no tanto desde la perspectiva de la originalidad, cuanto de su concreta forma de expresión, esto es, desde la posibilidad de identificarlas objetivamente con precisión y claridad, como exige el TJUE desde el asunto C-310/17 «Levola-Hengelo». En esta misma línea, el TS, en Sentencia de 16 de febrero de 2021, no consideró una faena taurina obra de ingenio al faltarle dicho requisito (ser determinable con precisión y claridad). De modo que, al no ser la faena taurina una obra, pues lo que se ejecuta es «una serie de suertes y lances predeterminados», ni gozar de una protección similar en nuestro ordenamiento, no puede considerarse, según el artículo 105 TRLPI, que haya interpretación protegible.

En el ámbito de los deportes y espectáculos deportivos, en los que predomina la demostración de habilidades eminentemente físicas y técnicas, y al igual que en la lidia de un toro, de un lado, tampoco hay obra, sino solo reglas de espectáculo y/o competición y, de otro, no existe margen de libertad expresiva suficiente para considerar que, en su ejecución, el agente pueda dejar huella de su personalidad. Por último, en relación con los acontecimientos deportivos el TJUE (C-604/10, EU:C:2012:115, nrs. 100-103.)

recuerda que, pese a que el Derecho de la UE no los protege por ningún otro concepto en el ámbito de la propiedad intelectual, su carácter único y original puede convertirlos en objetos de protección comparables al de las obras de ingenio si así lo consideran los Estados miembros mediante la correspondiente norma interna. Aunque la Convención de Roma permite la protección de interpretaciones no referidas a obras, los Estados deben precisar qué requisitos exigirán para ello. Ni la ley española, ni la normativa de reparto de las pertinentes entidades de gestión hacen uso de tal facultad. Tal vez sirva esta sentencia no solo para avalar la tesis de que la mención de las expresiones del folclore que deben entenderse incluidas en el artículo 105 TRLPI se limita a aquellas que reúnan este último requisito, sino también, para incluir las interpretaciones y ejecuciones de aquellos resultados de sistemas de IA autónomos que cumplan con el mismo. En todo caso, sería conveniente aclarar este extremo a nivel internacional.

Comentado [ÁHP1]: Art. 2 TOIEF y TBAP

- Calificación de “commun” (o ausencia de protección privativa)

4.8 – Las producciones generadas por la IA, no cubiertas por un derecho de propiedad literaria y artística, ¿se encuentran en dominio público? Sí, salvo que hayan sido registradas para constituir el objeto de otro derecho de PI, v.gr. diseño/marca.

4.9 – En su país, ¿las producciones generadas por la IA podrían ser calificadas como “communs” (entendiéndose que, en algunos países, la noción de “communs” tiene un significado diferente al de “dominio público”)? ¿En qué condiciones o según qué criterios?

4.10 – ¿Cómo garantizar que la creación presentada como realizada por un autor no es una producción artificial?

Los mecanismos que encontramos en el ordenamiento jurídico español para garantizar el origen humano de una obra de ingenio operan siempre ex post, si bien, pueden tener efecto disuasorio.

Como acto de engaño en la Ley de Competencia Desleal:

El art. 5 Ley de Competencia Desleal prevé una serie de conductas que se consideran “actos de engaño”.

«Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio. b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.

Como vicio del consentimiento contractual en el Código Civil:

El art. 1265 CC considera nulo el consentimiento contractual prestado por error, violencia, intimidación o dolo. La STS 22 mayo 2006 exige, para que el error sea invalidante del contrato dos requisitos a) ser esencial, porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y, precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la

celebración del contrato; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas. En primera instancia se rechaza la demanda. Se estima el recurso de casación.

En materia de consumo, RD Legislativo 1/2007, por el que se acuerda el Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Como obligación del empresario: El art. 18 protege al consumidor frente al etiquetado y presentación de los bienes y servicios obligado a que este no induzca a error, especialmente, a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.

En los contratos con consumidores, art. 60 TRLGDCU establece el deber de información precontractual, el apartado 2. Califica de “relevantes” las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además: a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

4.11 – De manera ordinaria, un organismo de gestión colectiva (OGC) gestiona un catálogo vinculado a un autor sin hacer distinción alguna entre “obras”/“producciones”. ¿Cómo gestionar el caso de un autor cuyas obras habituales pertenecen a su repertorio, pero que también podría recurrir a un sistema de IA para generar otras “producciones”?

La formulación de la pregunta (por lo menos en español) no es muy clara. En el único caso en el que una EG podría gestionar prestaciones creadas por una IA, sería la de los productores fonográficos, ya que fonograma es la "fijación de la interpretación o la ejecución de una obra u otros sonidos", y está última podría incluir los "sonidos" generados por una IA.