



**LA IDONEIDAD DEL RÉGIMEN DE DERECHO DE AUTOR FRENTE A
CONTRATOS REDACTADOS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EXAMEN
CRÍTICO DESDE LA FUNCIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO**

TRABAJO DE GRADO

PRESENTADO POR:

DAVID ZAPATA CALVACHE

MATHEWS ALEJANDRO ROTAVISKY PALOMINO

DIRECTOR:

SANTIAGO DUSSAN LAVERDE

DERECHO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI
FACULTAD DE HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA PROGRAMA DE
DERECHO
SANTIAGO DE CALI
2026**

1. Introducción

1.1. Planteamiento del Problema de Investigación

El avance exponencial de la inteligencia artificial (IA) generativa ha abierto un terreno fértil en debates tanto jurídicos como filosóficos, al tensionar instituciones y categorías tradicionales del derecho. En particular, en el ámbito creativo, esta tecnología es capaz de producir obras de manera casi instantánea, lo que plantea interrogantes de diversa naturaleza, especialmente dentro del régimen de los derechos de autor.

Dentro de este régimen se protegen distintas clases de obras literarias, clasificadas según su naturaleza o forma de expresión. Bajo estas categorías no sólo están protegidos los libros, artículos, revistas o guías técnicas, sino también los contratos. En este contexto, “obra literaria” no alude específicamente al género narrativo, sino a cualquier texto expresado mediante palabras que cumpla con el requisito de originalidad. De esta manera, el derecho de autor no se encarga de proteger las ideas, sino las expresiones de cada obra, la forma concreta en que estas se expresan.

Este es el tipo de protección bajo el cual pueden cobijarse los contratos. Tradicionalmente concebidos como instituciones jurídicas e instrumentos de circulación y organización de derechos de propiedad, los contratos han comenzado a ser también un espacio impactado por la IA, que gracias a esta, hoy es posible redactar documentos contractuales en tiempos mínimos, lo que podría conducir a una sobreproducción de estos textos jurídicos potencialmente protegibles por derecho de autor, este fenómeno conduce al núcleo del debate, la expansión cuantitativa de obras contractuales susceptibles de apropiación exclusiva.

Como explica Polanyi (1944), “El trabajo no es sino otro nombre para una actividad humana que acompaña la vida misma... la tierra no es sino otro nombre para la naturaleza... el dinero real es simplemente un símbolo del poder adquisitivo... Ninguno de ellos es producido para la venta” (p. 119. traducción propia). Con ello, el autor describe como la lógica de mercado penetra en esferas antes reguladas por normas sociales y no legales, la contractualización se convierte así en uno de los vehículos jurídicos de esa expansión.

En este contexto, donde la esfera contractual crece de manera exponencial y cada uno de estos documentos puede quedar protegido como obra literaria, emerge una tensión, cada contrato, que pueda ser entendido como una expresión original, genera un derecho exclusivo sobre su redacción, lo que implica que las nuevas formulaciones sobre un mismo objeto contractual deberán evitar reproducir o acercarse sustancialmente a expresiones previamente protegidas.

La acumulación de derechos exclusivos de propiedad sobre estas fórmulas textuales abren paso a la llamada “tragedia de los anticomunes”, desarrollada por Michael Heller, en la que una asignación excesiva de los derechos de propiedad puede generar la subutilización del recurso. En este caso, no de recursos físicos, sino intangibles: las expresiones contractuales protegidas por el derecho de autor. Dicho fenómeno podría afectar la función instrumental de los contratos como mecanismo de asignación de riesgos y responsabilidades, introduciendo nuevos costos y riesgos jurídicos en el mundo contractual desde el momento de su redacción. De ahí resulta pertinente formular la siguiente pregunta:

¿Es eficiente la aplicación del régimen de derecho de autor a contratos redactados con asistencia de inteligencia artificial, a la luz de los estándares de la propiedad intelectual y de la función económica del contrato?

1.2. Contexto del lugar donde se realizó la Práctica

El presente trabajo de grado (sistematización de la práctica) se desarrolla a partir de dos escenarios prácticos; por un lado, una firma de abogados en la cual se adelantan actividades de asesoría legal, entre las que se encuentra la redacción y revisión de contratos de naturaleza civil, comercial y laboral; y por otro, la práctica desarrollada en Indra Group, compañía multinacional dedicada a la consultoría, tecnología y externalización de servicios, cuyo objeto social implica la constante estructuración, negociación y ejecución de contratos complejos asociados a proyectos tecnológicos, prestación de servicios y soluciones digitales.

En el primer escenario, dentro de la firma u oficina de abogados, la elaboración de contratos constituye una actividad central, no sólo como instrumento de formalización de acuerdos de voluntades, sino como mecanismo técnico de asignación de riesgos, delimitación de responsabilidades y prevención de conflictos. Por ende, la labor como practicante exige habilidades en la redacción jurídica, en la capacidad de adaptar las cláusulas contractuales a contextos específicos, garantizando coherencia normativa y seguridad jurídica.

Por su parte, en el contexto de Indra Group, la actividad contractual adquiere una dimensión más dinámica y especializada, en tanto se enmarca en industrias altamente tecnificadas, donde los contratos suelen involucrar aspectos relacionados con propiedad intelectual, licenciamiento de software, tratamiento de datos, servicios tecnológicos y cumplimiento de estándares internacionales. En este entorno, la eficiencia en la producción contractual y la estandarización de documentos resultan especialmente relevantes, lo que favorece la incorporación de herramientas tecnológicas (incluida la inteligencia artificial) en los procesos de redacción y revisión.

Es precisamente en la intersección de estos dos escenarios donde el problema jurídico planteado adquiere especial relevancia. En ambos contextos de práctica la producción constante de textos contractuales que, en muchos casos llegan a ser estandarizados o convertirse en modelos para ser utilizados en situaciones jurídicas similares, nos llevan a pensar en las tensiones que pueden existir entre los derechos de autor, su finalidad y los contratos. Teniendo en cuenta ello, el auge en la utilización de la inteligencia artificial generativa introduce una transformación sustancial en este proceso, al permitir la creación masiva, rápida y potencialmente estandarizada de documentos contractuales.

De esta manera, el problema de investigación no sólo es teóricamente relevante, sino que se manifiesta de forma directa en la práctica profesional de ambos escenarios. En efecto, el posible incremento de derechos exclusivos sobre expresiones contractuales podría generar restricciones en la reutilización de cláusulas, aumentar los costos de transacción y afectar la función económica del contrato como instrumento ágil de organización jurídica.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general: Analizar la eficiencia de la aplicación del régimen de derecho de autor a los contratos redactados con asistencia de inteligencia artificial, a la luz de los estándares de la propiedad intelectual y de la función económica del contrato.

1.3.2. Objetivos específicos:

- Determinar si es aplicable a los contratos el régimen de derechos de autor.
- Identificar los principios y criterios utilizados para determinar la autoría de obras generadas por Inteligencia Artificial.
- Evaluar críticamente las consecuencias de la aplicación del régimen de derecho de autor a contratos asistidos por IA (en este objetivo se abordará la sobreprotección y subutilización de las expresiones contractuales), a partir de análisis doctrinal y normativo.

1.4. Metodología

El método deductivo constituye el eje central del presente trabajo, acompañado de una metodología de carácter cualitativo, incorporando elementos empíricos. En este sentido, el estudio inicia desde los fundamentos generales del derecho de autor, particularmente en lo relativo a la noción de obra, autoría y originalidad, así como desde la teoría económica del derecho que advierte sobre los riesgos de la sobreprotección de derechos exclusivos. A partir de estos postulados generales, se examina su aplicación en el contexto específico de los contratos redactados con

asistencia de inteligencia artificial, con especial atención al ordenamiento jurídico colombiano y a su interacción con estándares internacionales.

La finalidad del trabajo es demostrar que, si bien la extensión del régimen de derecho de autor a este tipo de documentos puede resultar jurídicamente plausible, su aplicación genera efectos contrarios a la función económica del contrato, particularmente en términos de incremento de costos de transacción, restricciones a la reutilización de cláusulas y riesgos de sobreprotección.

Este enfoque se desarrolla a partir de tres componentes principales:

1. Conceptual y normativo: comprende la revisión del marco jurídico del derecho de autor aplicable a los contratos, a partir de la revisión de la Constitución Política de Colombia, la Ley 23 de 1982, la Decisión 351 de la Comunidad Andina, así como de la doctrina especializada en propiedad intelectual. En este componente se examinan categorías fundamentales como la obra, la autoría y la originalidad, con el fin de determinar la posibilidad de subsumir los contratos dentro del ámbito de protección autoral.
2. Teórico: análisis económico del derecho, a partir de autores como Ronald Coase, Richard Posner y Oliver Williamson, con el propósito de evaluar la eficiencia de la aplicación del régimen autoral en el ámbito contractual, para revisar el impacto de la protección de derechos exclusivos.
3. Empírico: reflexión y análisis de la experiencia adquirida en los escenarios de práctica profesional

Los tres componentes se integran bajo la lógica del método deductivo, en los siguientes niveles:

- Del plano general (los principios del derecho de autor y la teoría económica del derecho) al plano particular (análisis específico de los contratos redactados con asistencia de inteligencia artificial).
- Del plano abstracto (categorías jurídicas (autoría, originalidad, obra)) al plano aplicado (contratos).
- Del plano jurídico y económico (normas y la doctrina) al plano práctico (efectos en la práctica profesional).

La elección del método deductivo parte del planteamiento de una problemática que, en su formulación, sugiere una posible respuesta, la cual es desarrollada y contrastada a través del análisis normativo, teórico y práctico. De esta manera, el trabajo busca confirmar o matizar dicha hipótesis mediante una aproximación integral que articula el derecho positivo, la teoría económica y la realidad del ejercicio jurídico.

2. Capítulo I - Determinar si es aplicable a los contratos la protección que brinda el régimen de derechos de autor.

Los derechos de autor son una rama de la propiedad intelectual, la cual es la propiedad que recae sobre los bienes intangibles, que hacen referencia a todas las creaciones del ingenio humano, y se define como la disciplina jurídica que tiene por objeto la protección de bienes inmateriales, de naturaleza intelectual y de contenidos creativo, así como de sus actividades conexas (Antequera, 1995).

Una vez establecido de manera preliminar de donde se deriva el régimen de derechos de autor, es preciso examinar el marco jurídico de dicho régimen, siendo necesario revisar en primer lugar, qué se entiende jurídicamente por derecho de autor y cuál es el objeto de protección de esta institución. Solo a partir de esta comprensión es posible determinar, si es posible que textos jurídicos, como los contratos, pueden ser considerados protegidos dentro del régimen de derecho de autor.

El derecho de autor tiene como objetivo proteger las manifestaciones personales del creador como las obras literarias, científicas y artísticas (Rengifo, 2003). Este régimen jurídico tiene como finalidad reconocer y proteger las creaciones intelectuales del ingenio humano, garantizando a sus autores un conjunto de prerrogativas jurídicas sobre sus obras. Esta protección se materializa mediante el reconocimiento de derechos morales y patrimoniales a favor de los autores y, en determinados casos, de los titulares derivados. Desde una perspectiva económica, este sistema de protección opera también como un mecanismo de incentivos, en la medida en que permite a los autores obtener reconocimiento y beneficios derivados de la explotación de sus creaciones, fomentando así la producción de nuevas obras.

No obstante, el sistema de derechos de autor no protege las ideas en sí mismas, sino la forma particular en que estas se expresan, o como lo expresa Zapata López (2001), tiene como objeto de protección las creaciones o manifestaciones del espíritu expresadas de manera que puedan ser percibidas, y nace con la obra sin que para ello se quiera formalidad alguna. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor (OMPI), el cual establece que la protección autoral “abará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. En consecuencia, el objeto de protección del derecho de autor recae sobre las producciones en el ámbito literario, científico o artístico que se encuentren expresadas de manera concreta, independientemente de su finalidad, mérito o forma de expresión.

En este contexto, el sistema jurídico reconoce dos grandes categorías de derechos derivados de la creación intelectual, los derechos morales y los derechos patrimoniales. Los derechos morales se orientan a proteger la relación personal que

existe entre el autor y su obra, reconociendo facultades como el derecho de paternidad, el derecho de integridad y el derecho a decidir sobre la divulgación de la obra. En el ordenamiento jurídico colombiano, además, los derechos morales han sido reconocidos como derechos de rango fundamental, en la medida en que protegen la facultad creadora del individuo y la posibilidad de expresar libremente sus ideas y manifestaciones del espíritu (Corte Constitucional, 1995).

Por su parte, los derechos patrimoniales tienen un contenido eminentemente económico, pues permite al titular autorizar o prohibir la explotación de la obra y obtener beneficios derivados de su utilización. En virtud de estos derechos, el autor obtiene la potestad de negociar y comercializar de forma exclusiva su obra durante un tiempo determinado.

En el caso colombiano, la protección del derecho de autor se encuentra fundamentada en un conjunto de normas de carácter constitucional, legal y supranacional o convencional. En primer lugar, el derecho de autor es reconocido como un derecho humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su consideración como tal significa que tiene la condición de atributo inherente a la persona, que no puede ser desconocido ni vulnerado (Vega, 2010). En consonancia con dicha declaración, la Constitución Política de Colombia, en el artículo 61 establece el deber del Estado de proteger la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que determine la ley, por ende, en desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 23 de 1982 constituye el principal instrumento normativo que regula los derechos de autor en el país, estableciendo los principios generales de protección para las obras literarias, científicas y artísticas. Posteriormente, esta normativa fue complementada por la Ley 44 de 1993, la cual introdujo modificaciones orientadas a fortalecer la gestión y protección de los derechos autorales.

Adicionalmente, el régimen colombiano de derechos de autor se encuentra influenciado por diversas normas de carácter supranacional. En particular, la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina establece un régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos para los países miembros, reconociendo la necesidad de garantizar una protección adecuada y efectiva a las obras del ingenio humano en los campos literarios, artísticos y científico, sin importar su género o forma de expresión. Este instrumento normativo resulta especialmente relevante, pues armoniza las legislaciones nacionales de los países andinos y establece estándares mínimos de protección para los autores.

Asimismo, el sistema colombiano se articula con diversos tratados internacionales que han contribuido a consolidar un marco de protección global del derecho de autor. Entre ellos se destaca el Convención de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, los cuales establecen principios fundamentales como la protección automática de las obras

desde el momento de su creación, la garantía de derecho morales, y la protección internacional de los autores en los países miembros.

En consecuencia, el régimen jurídico del derecho de autor en Colombia se configura como un sistema compuesto por normas constitucionales, legales y supranacionales o convencionales que buscan garantizar la protección y promover el desarrollo de las creaciones intelectuales.

2.1 Los contratos como obras protegidas.

Una vez establecido el marco jurídico general del derecho de autor, resulta pertinente examinar si los contratos pueden ser considerados obras protegidas dentro de este régimen. Conforme a lo expuesto anteriormente, el objeto de protección del derecho de autor lo constituyen las obras literarias, científicas y artísticas, entendidas como creaciones intelectuales originales expresadas de manera perceptible.

En este sentido, la noción de obra literaria no se limita exclusivamente a textos narrativos o de carácter artísticos, sino comprende cualquier creación intelectual expresada mediante palabras, independientemente de su finalidad o contenido. Bajo esta perspectiva, pueden ser consideradas obras literarias no sólo los libros, artículos o ensayos, sino también manuales técnicos, guías, formularios y otros documentos de carácter funcional, siempre que cumplan con los requisitos exigidos por el derecho de autor.

Para analizar esta cuestión, es necesario considerar también la naturaleza jurídica del contrato. Tradicionalmente, el contrato se define como un acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre las partes. Sin embargo, más allá de esta definición clásica, se ha destacado que los contratos cumplen una función social y económica más amplia, en la medida en que constituyen el principal instrumento mediante el cual los agentes económicos organizan sus relaciones y reducen la incertidumbre en las transacciones (Plata, 2005). En este sentido, el contrato no solo representa un acto jurídico, sino también un mecanismo institucional que permite estructurar acuerdos, distribuir riesgos y facilitar la interacción dentro del mercado.

Desde una perspectiva funcional, los contratos se materializan a través de textos jurídicos que contienen cláusulas, condiciones y estipulaciones redactadas por quienes intervienen en su elaboración. Esta redacción constituye una forma de expresión escrita que puede implicar distintos niveles de creatividad y elaboración intelectual, especialmente cuando el texto contractual es diseñado de manera original para responder a necesidades específicas de las partes.

Es por ello, que es posible concluir que determinados documentos jurídicos pueden ser objeto de protección por derecho de autor cuando su estructura, redacción o composición reflejan un grado suficiente de originalidad. Siendo este último uno de los elementos esenciales para que una creación pueda ser considerada obra protegida, como se explicará posteriormente.

En consecuencia, aunque los contratos tienen una finalidad funcional y jurídica, ello no excluye la posibilidad de que su redacción pueda constituir una obra literaria protegida por el derecho de autor, siempre que cumpla con los requisitos de originalidad y expresión exigidos por el régimen autoral.

A partir de esta aproximación conceptual y normativa, se evidencia que el análisis de la eventual protección autoral de los contratos requiere examinar no sólo la naturaleza jurídica de esta institución, sino también los criterios de originalidad y creatividad exigidos por el derecho de autor, pues resulta fundamental para comprender los desafíos que plantea la utilización de nuevas tecnologías en la producción de textos jurídicos.

3. Capítulo II - Identificar los principios y criterios utilizados para determinar la autoría de obras generadas por Inteligencia Artificial.

3.1. De los requisitos para la protección por derecho de autor.

Estando el tema central del presente trabajo circunscrito a la asignación de autoría de obras intervenidas por la inteligencia artificial generativa es esencial comprender qué se entiende por autoría, tanto desde perspectivas filosóficas como a través de los sistemas jurídicos actuales.

El concepto de autoría ha sido un pilar fundamental en la protección de los derechos de propiedad intelectual, y su definición ha evolucionado a lo largo del tiempo en respuesta a los avances tecnológicos y culturales. Tradicionalmente, la autoría se ha entendido como la capacidad de un individuo para crear una obra original, imprimiendo en ella una "huella personal" que refleja su creatividad y esfuerzo. Filósofos como John Locke e Immanuel Kant han contribuido significativamente a esta concepción. Locke, en su teoría del trabajo como extensión del autor, sostiene que el individuo adquiere derechos sobre una obra al mezclar su esfuerzo y creatividad con recursos naturales (Savonius-Wroth, 2014). Por su parte, Kant introduce la idea del genio creador, argumentando que la autoría requiere una mente humana consciente capaz de producir obras originales y ejemplares (Kant, 1911).

En el ámbito jurídico, instrumentos como la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Convenio de Berna y la Directiva de la Unión Europea sobre

derechos de autor en el mercado único digital refuerzan la noción de que la autoría está intrínsecamente ligada a la creatividad humana. La Decisión 351, por ejemplo, en su artículo tercero define al autor como la “Persona física que realiza la creación intelectual.”, añadiendo en su artículo noveno que “Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros”.

El convenio de Berna, por otro lado, no realiza una definición explícita de quien es considerado autor de una obra, ni delimita si debe ser una persona natural o jurídica. Sin embargo, de sus artículos que hacen referencia a la protección de la obra, se puede interpretar tácitamente que al mencionar la “muerte” del autor en su artículo 6, se hace referencia a una persona natural, esta es la tendencia que se puede interpretar del resto de su articulado

Si bien se comprende la definición desde el marco legal, al abordar concepciones de distintos autores, se logra poner en perspectiva el conflicto de este concepto y por qué no es ajeno a la inteligencia artificial, en dicha línea, Foucault menciona:

“la función autor está vinculada al sistema jurídico e institucional que rodea, determina y articula el universo de los discursos; no se ejerce uniformemente y del mismo modo sobre todos los discursos, en todas las épocas y en todas las formas de civilización” (Foucault, 1998)

Esta afirmación sugiere que no se trata de una asignación de autoría automatizada debido a la existencia de una persona física, por ejemplo, autores han utilizado heterónimos para publicar sus obras, es decir, seudónimos utilizados para diferenciar estilos utilizados en distintas obras, dicho es el caso de Ricardo Reis, quien utilizaba el heterónimo de Fernando Pessoa, personaje que admiraba a la cultura grecolatina y utilizaba un estilo similar al poeta Horacio (Misseri, 2023).

Foucault entonces cuestiona las definiciones rígidas de autoría, señalando que el reconocimiento de la autoría de una obra depende de contextos específicos de tiempo, lugar y cultura en la que ésta se crea. La regulación, entonces, puede volverse obsoleta frente a los escenarios reales. Por ejemplo, en la Edad Media, no se les daba valor a las obras de ciencias naturales, ya que no tenían valor de “verdad”. Esto demuestra que el carácter de la regulación en derechos de autor no es estático, avanza conforme avanza el contexto en el que se desarrolla, por ello, Foucault afirma:

Esta función-autor. No se forma espontáneamente como la atribución de un discurso a un individuo. Es el resultado de una operación compleja que construye un cierto ente de razón que se llama el autor. (Foucault, 1998)

Sin duda, en las condiciones materiales del pasado, era práctico afirmar que dicho “ente de razón” recaía en un individuo humano físico. Sin embargo, atendiendo a las condiciones actuales, la inteligencia artificial desafía dicha afirmación, pues, en gran medida, es ella la que construye la operación compleja que lleva a la creación de la obra.

Estas ideas llevan a repensar el funcionamiento de los derechos de autor, que trae sensibilidades y problemáticas únicas, lo que lleva a plantear la pregunta: ¿Porque se les reconocen derechos a los autores? Responder a esta pregunta quizás permita acercarse más a lo que se protege a través de los derechos de autor, Locke sugiere que lo que se protege no es la idea del autor como tal, sino la expresión de esta. (Savonius-Wroth, 2014) lo que permitiría prescindir o al menos cuestionar la necesidad de un autor humano físico.

3.1.1. Originalidad

Para obtener protección en una obra a través de los derechos de autor, es necesario que esta esté revestida de originalidad, concepto que puede ser difuso desde un inicio y que al incluir la intervención de la inteligencia artificial puede ser aún menos claro de identificar dentro de una obra, la originalidad, de acuerdo con la real academia española, puede ser entendida a través de dos visiones principales, una originalidad subjetiva, que resulte de la inventiva del autor y originalidad objetiva, lo que refiere al carácter de novedad de la obra.

La originalidad entonces significa que la obra adopte una forma específica de expresión que le permite ser identificada, la intervención humana es entonces exigida en razón a que la creación intelectual está impresa del toque personal del autor (Geiregat, 2024), es en este ámbito que se entra a cuestionar el impacto del uso de la inteligencia artificial en el toque personal que el autor impregna en su obra.

Tribunales ya han reconocido el criterio de originalidad de una obra hecha con inteligencia artificial, aunque niegan su autoría en tanto no es una persona natural la que la crea, en el caso del tribunal de internet de Feilin contra Baidu del 2018, en el cual Baidu realizó una reproducción de un material de Feilin creado a través de un software, el tribunal reconoció que la obra era original sin embargo, al no haber sido creada a través de persona natural no podía ser protegida por derechos de autor, debido a esto podría asumirse que Baidu se habría llevado un fallo favorable, pero

en el desarrollo de la sentencia el tribunal protegió la obra de Feilin, aun sin ser susceptible de derecho de autor, lo que pone en contraste las dificultades y ambigüedades en el proceso de protección de una obra realizada con IA y en el eje de la originalidad sienta un precedente de que dichas obras cumplen con este requisito (Misseri, 2023) y al no hablar de la IA como autor de la obra.

3.1.2. Creatividad

El concepto de creatividad en el contexto de la autoría y la IA, algunos autores lo han fundamentado en una perspectiva humanista o “personalista” (La cual descarta el uso de la inteligencia artificial, al igual que invalidará obras tomadas ligeramente o poco impregnadas de elementos personales del autor) que enfatiza la conexión personal y el esfuerzo creativo ((Evangelio Llorca, 2024). Visión que se basa en marcos teóricos como el Lockeano y el romántico, los cuales destacan la importancia del esfuerzo del creador y la autoexpresión (Misseri, 2023). La creatividad es entonces una manifestación de la consciencia y autonomía humana, características fundamentales para la verdadera creación original.

La distinción entre la creatividad humana y la capacidad generativa de la IA es un tema central en el debate del trabajo actual. Mientras que la creatividad humana implica una expresión personal, la IA es caracterizada como un “imitador estadístico” por algunos autores, que la consideran incapaz de crear obras verdaderamente originales (Presuel, 2024). Estudios enfatizan que la IA carece de los atributos necesarios para la autoría, como la personalidad, capacidad legal, consciencia y autonomía verdadera (Muñoz, s. f.)

Desde la perspectiva legal, la creatividad humana sigue siendo un requisito fundamental para la protección de derechos de autor en la mayoría de las jurisdicciones (Evangelio Llorca, 2024). Las obras generadas por IA sin intervención humana significativa generalmente no cumplen con los requisitos de originalidad necesarios para la protección legal, sin embargo, la mera asistencia de la IA no representa este mismo inconveniente.

Los avances del concepto de creatividad en relación con la IA plantean importantes desafíos conceptuales y legales. Algunos autores sugieren la necesidad de reconsiderar el concepto tradicional de creatividad a la luz de los avances tecnológicos (Da silva y Siqueira, 2024). Sin embargo, otros mantienen que la capacidad creativa de la IA no debe equipararse con la creatividad humana y proponen sistemas sui géneris para las obras generadas por IA (Souza et al., 2024).

3.2. Contenido generado o asistido por inteligencia artificial

Para el presente trabajo, se entenderá la inteligencia artificial (IA) como un conjunto de tecnologías y sistemas diseñados para realizar tareas que, tradicionalmente, requieren inteligencia humana, tales como el aprendizaje, el razonamiento, la resolución de problemas y la creatividad (Searle, 1980). En particular, se enfocará en la inteligencia artificial generativa, un subcampo de la IA que se centra en la creación de contenido nuevo, como textos, imágenes, música o videos, a partir de datos preexistentes.

3.2.1. Componentes clave de la IA generativa

La inteligencia artificial generativa se basa en tecnologías como el aprendizaje automático (machine learning) y las redes neuronales, que permiten a los sistemas aprender patrones a partir de grandes volúmenes de datos y generar contenido nuevo. Dentro de estas tecnologías, destacan:

- Algoritmos de aprendizaje supervisado: Se entrenan con datos etiquetados, lo que permite a la máquina predecir resultados basados en ejemplos previos.
- Algoritmos de aprendizaje no supervisado: Trabajan con datos no etiquetados, identificando patrones y estructuras ocultas en la información.
- Algoritmos de aprendizaje por refuerzo: El sistema aprende mediante ensayo y error, recibiendo recompensas o castigos por sus acciones.
- Redes neuronales: Imitan el funcionamiento del cerebro humano y son fundamentales en tareas como el reconocimiento de imágenes y la generación de texto.

Estos componentes permiten a la IA generativa producir resultados que, aunque basados en datos preexistentes, pueden parecer originales y creativos. Sin embargo, es importante destacar que estos sistemas no "entienden" el contenido que generan, sino que reproducen patrones aprendidos (Benjamins y Salazar 2020).

3.3. Aplicabilidad del régimen autoral a contratos asistidos por IA

Es posible señalar que a la luz de los tres criterios principales a través de los cuales se ha construido históricamente el derecho de autor (estos son, la existencia de una obra, la originalidad como manifestación de una creación intelectual y la atribución de dicha persona humana identificable como autor), a partir de una base antropocéntrica de creatividad que demanda el vínculo personal entre autor y obra (Ginsburg, 2003), surge una tensión real a la vista de que como se explicó, los sistemas de IA no producen contenido mediante comprensión semántica o una intención positiva de creatividad, sino mediante la reproducción probabilística de patrones lingüísticos aprendidos a partir de grandes conjuntos de datos, la consecuencia de esto, es que el resultado del texto pudiendo incluso cumplir con

originalidad objetiva, al presentar expresiones novedosas, no necesariamente implican la existencia de creatividad humana directa en su formulación específica (Benjamins y Salazar, 2020).

La protección jurídica de las obras autorales busca incentivar la creación intelectual, tendiendo al equilibrio entre incentivos privados y el acceso social al conocimiento, Landes y Posner (2003) sostienen que la efectividad de este sistema depende de que los beneficios que se derivan de sus incentivos superan los costos sociales que se desprenden de la exclusividad, al aplicar esto al contexto contractual asistido por IA, este equilibrio podría verse comprometido, pues la simplificación de los procesos de producción (esto es, la facilidad que trae la IA en la redacción de contratos) disminuyen los costos de la misma sin alterar los efectos de exclusividad del derecho de autor.

Este escenario propicia un riesgo creciente a la expansión excesiva de derechos exclusivos sobre fórmulas textuales contractuales, si cada redacción asistida por la IA pudiera generar protección autoral, el ecosistema jurídico podría enfrentarse a una proliferación de estos derechos sobre estructuras expresivas funcionalmente idénticas. Tal fenómeno se acerca a lo que Heller (1998) denominó la “tragedia de los anticomunes”, donde la multiplicación de títulos de propiedad mutuamente excluyentes representa un obstáculo para el uso eficiente de un recurso, en el caso presente no se trataría de un recurso material, sino el lenguaje jurídico necesario para estructurar las relaciones contractuales.

Esta tensión se incrementa cuando se evalúa no solo a la luz de la función del derecho de autor sino de los contratos mismo, a diferencia de otras obras literarias, cuyo valor reside en una originalidad estética o expresiva individual, el contrato se circunscribe en una finalidad instrumental, así que a diferencia de las otras obras, la protección autoral excesiva podría representar un obstáculo a la finalidad misma del texto jurídico.

De este modo, la aplicabilidad del régimen de autor a contratos asistidos por la inteligencia artificial no debe ser analizada únicamente a través de los criterios básicos de autoría, el contexto puntual exige ser revisado desde las consideraciones funcionales y económicas. La cuestión central de este escenario deja de ser si los textos pueden ser protegidos y se convierte en si deben ser protegidos bajo las mismas lógicas diseñadas para obras creativas tradicionales.

De manera preliminar, se observan tres conclusiones (i) los contratos pueden encajar por definición formal dentro del concepto de obra literaria protegida; (ii) La asistencia de IA aunque desafía la noción tradicional de los derechos de autor, no es suficiente para derrotar la protección otorgada, y (iii) la extensión automática del régimen de derecho de autor a contratos asistidos por IA puede generar efectos incompatibles con la función económica del contrato y la eficiencia del sistema de propiedad intelectual.

4. Capítulo III - Evaluación de la aplicación del derecho de autor a contratos asistidos por inteligencia artificial desde la función económica del contrato

4.1. La función económica del contrato

La aplicación del régimen de derecho de autor a contratos redactados con asistencia de inteligencia artificial, debe de ser interpretada, como hemos mencionado, en el marco de la función social y económica del contrato, al aclarar el papel que cumple dentro del sistema económico y jurídico, puede dilucidar más claramente la importancia y la profundidad de esta problemática. El contrato, aunque ha sido entendido doctrinalmente como un acuerdo de voluntades, constituye una institución económica fundamental, por ello, debe de entenderse en este entorno de mercado en el que opera.

El autor Ronald Coase, fue pionero al articular la relación contrato, mercado y costos de transacción, en su obra *The Firm, the Market and the Law* (1988), Coase enmarco la función del mercado como “facilitar el intercambio de bienes y servicios”, de este modo, se establecen las vías que permiten reducir costos en toda operación de intercambio. El contrato, encuentra su lógica como instrumento jurídico mediante el cual se materializan y se estabilizan dichos intercambios a través de él se establece un marco regulatorio de protección legal, minimiza problemas de comunicación entre las partes, salvaguarda los activos de cada agente económico, crea instrumentos de protección frente al oportunismo, genera mecanismos de asignación de riesgos y responsabilidades, y establece incentivos para renegociaciones futuras cuando sea necesario (Timm, 2010).

Esta caracterización del contrato no es una posición única, años antes se había argumentado que los mismo eran la principal tecnología jurídica para gobernar las transacciones en condiciones de racionalidad limitada y oportunismo potencial (Williamson, 1985). Para Williamson, de la elección de la estructura contractual, dependen los atributos de la transacción, de este modo, si se estandariza dentro del mercado que ciertos atributos en las transacciones de mercado son especialmente valorados, ciertas estructuras contractuales serán perseguidas para obtener dichos atributos, esto explica la tendencia natural de los agentes económicos a estandarizar y reutilizar aquellas cláusulas que han demostrado ser útiles en la consecución de determinados efectos jurídicos en contextos similares.

Debido a lo anterior, es determinante para el desempeño económico la solidez que aportan los sistemas jurídicos que garantizan los contratos y la propiedad (North, 1990), al presentarse un sistema sólido, que sea previsible y confiable para los agentes económicos, menores serán los costos de transacción, mayor serán las inversiones y por consecuencia, la asignación de recursos será más eficiente, el derecho cumple una función económica primordial al reducir las fricciones que dificultan las transacciones voluntarias (Cooter & Ulen, 2003).

La disminución de esta fricción y el camino a la eficiencia es el valor rector de buena parte del derecho privado, Posner, por su parte, ha enfatizado que las normas jurídicas deben de evaluarse en función de la capacidad que tienen para promover resultados socialmente óptimos, de esta manera, las reglas que regulan los contratos deben de orientarse a minimizar aquellos factores productores de fricción, como los costos de transacción, barreras económicas o incertidumbre (Landes & Posner, 2003).

Un estipulado central de esta tradición teórica es aquella de la importancia de la estandarización contractual. Los contratos han probado ser una herramienta idónea precisamente porque sus cláusulas se reutilizan, se adaptan y son perfeccionadas a través del tiempo. Esta circulación de fórmulas contractuales probadas no es un defecto del sistema jurídico, es uno de sus rasgos más valiosos, permite reducir costos de negociación, generar expectativas estables entre los agentes económicos y facilitar la interpretación judicial. El contrato entonces provee seguridad y previsibilidad a las transacciones económicas, protegiendo a los agentes, cumpliendo así un papel institucional al instaurar orden (Timm, 2010).

De este modo, la función económica del contrato podría presentarse bajo el postulado de tres pilares centrales, su capacidad para reducir la incertidumbre en las transacciones, su rol como instrumento eficiente de asignación de riesgos y su naturaleza de herramienta jurídica estandarizable y reutilizables. Es desde este entendimiento de la función social del contrato que debe de evaluarse su compatibilidad con el régimen de derecho de autor.

4.2. Impacto de la inteligencia artificial en la producción de contratos vista desde el lugar de la práctica

La inteligencia artificial generativa en el ámbito jurídico ha afectado directamente la producción contractual, las herramientas de modelos de lenguaje permiten redactar borradores de contratos en cuestión de minutos, adaptar los clausulados a contextos específicos y generar documentos jurídicos complejos en una menor fracción de tiempo y costo, esto reconfigura la economía de la producción jurídica.

Visto desde el lugar de nuestras prácticas, nos hemos dado cuenta que los contratos tienden a una estandarización, hay ciertas cláusulas cuyos efectos se buscan conseguir de manera repetida y en consecuencia, en la producción de contratos y otros documentos jurídicos, se terminan utilizando los mismos modelos, no solo dentro de la misma empresa sino entre los clientes, al momento de analizar contratos allegados por terceros en nuestros respectivos lugares de práctica, nos dimos cuenta que eran similares a los modelos internos, consistentemente se ha asignado mayor interés a ciertos efectos jurídicos, que son perseguidos a través de clausulados, vimos por ejemplo, que en los contratos se suele añadir cláusulas de propiedad intelectual y que dentro de estas cláusulas se suele añadir una

disposición para que toda nueva producción intelectual que surja sea de propiedad de quien redacta el contrato.

Así mismo, no solo es en las redacciones contractuales, sino en los criterios utilizados para su revisión, en nuestros lugares de prácticas, al analizar contratos presentados a las compañías, se nos establecen criterios específicos para valorar los contratos y así mismo asignarles un riesgo.

Es aquí donde el contacto con la inteligencia artificial genera un impacto en la producción contractual, al generar una expansión masiva en el volumen de textos contractuales. En este nuevo escenario, el costo marginal de producir un contrato va a tender a cero, sin que implique necesariamente una disminución en el precio de un contrato, la producción jurídica deja de ser una actividad intensiva en tiempo y en trabajo especializado y pasa a ser una actividad de gestión de plantillas, estándares y criterios, lo que conduce en mayor medida a una estandarización contractual en la medida en que los modelos de lenguaje se alimentan de ejemplos previos y de estructuras repetidas, las cláusulas reproducen patrones ampliamente utilizados en la práctica jurídica, el resultado de esto, es una mayor consistencia en la circulación de ciertos modelos contractuales que terminan consolidándose como referencias implícitas en distintos sectores económicos.

No obstante, esta expansión en la capacidad de producción contractual también plantea nuevos desafíos. La facilidad con la que pueden generarse documentos jurídicos complejos puede conducir a una proliferación de contratos que replican cláusulas sin un análisis contextual suficiente. Los problemas inherentes a la inteligencia artificial toman parte en la producción jurídica.

En la medida en que los sistemas de la inteligencia artificial generativa son alimentados a partir de la información producida por seres humanos, su desarrollo depende de la existencia de un flujo constante de nuevos contenidos originales, toda vez que como se mencionó previamente, la inteligencia artificial no entiende lo que produce, sino que replica patrones de conocimiento. Sin embargo, al reducir drásticamente los costos de producción textual, la inteligencia artificial también debilita los incentivos para la creación de dichas obras, esta problemática presenta el riesgo de una dinámica circular en la cual los sistemas de inteligencia artificial comiencen a entrenarse con contenidos generados por otros sistemas, lo que podría conducir a una degradación de la producción jurídica, asentándose cada vez más en criterios inamovibles y productos textuales virtualmente idénticos.

4.3. Riesgo de sobreprotección y la tragedia de los anticomunes

Michael Heller, al desarrollar el fenómeno de la tragedia de los anticomunes, invierte un argumento clásico de Hardin, al señalar que cuando se asignan demasiados

derechos de propiedad mutuamente excluyentes sobre un mismo recurso, el resultado no es la sobreexplotación sino la subutilización, lo que implica un uso ineficiente de los recursos. (Heller, 1998)

Trasladar al contexto que aquí se analiza, este fenómeno económico adquiere una dimensión particularmente relevante, si cada contrato redactado con la asistencia de inteligencia artificial generativa puede generar una protección autoral de su redacción específica, el ecosistema de textos jurídicos se enfrenta a una proliferación de derechos mutuamente excluyentes sobre estructuras expresivas virtualmente idénticas o muy similares. Este recurso no sería uno físico o tangible, sino lingüístico: las fórmulas, cláusulas y expresiones del lenguaje jurídico que constituyen la materia prima de la contratación, este fenómeno implicaría la subutilización de las mismas expresiones contractuales protegidas, lo que representa un detrimento a la función instrumental que cumple el contrato en el sistema económico.

Este argumento puede ser ilustrado del siguiente modo: Supongamos que miles de contratos de prestación de servicios de consultoría son generados con asistencia de herramientas de IA, cada uno de estos documentos contiene variaciones expresivas suficientes como para ser protegidos por derechos de autor, cualquier redactor posterior que necesite estructurar una cláusula sobre limitación de responsabilidad, por ejemplo, deberá de asegurarse de que la fórmula lingüística utilizada no se acerque sustancialmente a alguna de las expresiones ya protegidas, el costo que representa verificar este riesgo ahora se convierte en un costo de transacción que el sistema jurídico debería estar diseñado para reducir.

Esta dinámica es especialmente problemática al considerar la naturaleza del lenguaje jurídico utilizado en los contratos, que a diferencia del literario o artístico, en el que expresiones múltiples y ambiguas son valoradas, el lenguaje jurídico debe de tender a la precisión, a la reiteración y a establecer fórmulas que han sido probadas con la práctica.

El contrato, en un sistema de mercado, podrá cumplir su función social precisamente porque genera seguridad y previsibilidad a los agentes económicos, pero esta previsibilidad se torna imposible o gravosa, al existir acumulación de derechos exclusivos sobre las fórmulas contractuales que deberían de circular libremente (Timm, 2010).

La expansión de los derechos exclusivos sobre fórmulas contractuales generadas con IA no solo no contribuye a los sistemas de propiedad intelectual, sino que aumenta de manera significativa los costos de transacción en el mercado contractual, obstaculizando la función económica que el contrato está llamado a cumplir.

4.4. Tensiones entre la lógica del derecho de autor y la lógica del contrato

El análisis precedente logra exponer una tensión conceptual que existe entre los fundamentos del régimen de derechos de autor y la racionalidad económica detrás del contrato. Ambas instituciones operan bajo lógicas distintas y como se ha expuesto, en ciertos puntos, directamente incompatibles.

Por una parte, el derecho de autor es concebido para proteger creaciones que logran diferenciarse por su originalidad expresiva, de este modo, se incentiva la producción de obras originales, en esta lógica, la multiplicidad de expresiones para ideas similares es deseable, la competencia creativa enriquece el patrimonio cultural y científico de la sociedad, el régimen autoral privilegia la originalidad, incentivando la creatividad y protegiendo expresiones que se convierten en únicas e irrepetibles.

Por otra parte, el contrato opera bajo premisas radicalmente diferentes, su valor económico no reside en la singularidad expresiva que este contenga, sino en la capacidad propia para estructurar los efectos jurídicos deseados, de manera eficiente, predecible y reutilizable. El contrato no aspira a la originalidad, sino a ser claro, funcional, reconocible. El estandarizar cláusulas y estructuras contractuales no es un defecto de este sistema, sino que de esto depende su eficiencia, reduce costos de negociación, minimiza la incertidumbre y facilita aplicar los acuerdos.

Este contraste se hace más agudo o evidente al introducir la variable de la inteligencia artificial, los grandes volúmenes producidos con la asistencia de esta tecnología aunado a la extensión del régimen autoral a estas producciones, implica aplicar instrumentos diseñados para proteger obras creativas a documentos que, por su función y naturaleza, responden a una racionalidad distinta.

Al advertir de la efectividad del sistema de propiedad intelectual, Landes y Posner (2003) señalaron que esta depende de que los beneficios generados a los titulares de los derechos superen los costos sociales de la exclusividad. En el caso de los contratos este balance no tiene lugar, los beneficios de proteger expresiones contractuales son escasos, mientras que los costos sociales de esa protección son significativos, al bloquear la libre circulación de fórmulas que sostienen la eficiencia de los contratos.

De esta manera, podría afirmarse que el régimen autoral, previsto para obras creativas tradicionales, no es una herramienta idónea para ser aplicada de manera automática y extensa a los documentos jurídicos asistidos por la inteligencia artificial, aquella incompatibilidad no es únicamente técnica (al respecto de criterios de autoría y originalidad), sino que es estructural, derivada de la distancia entre la lógica del incentivo creativo de los derechos de autor y la lógica de eficiencia transaccional que fundamenta a los contratos, a partir del reconocer esta tensión, puede darse paso a diseñar respuestas jurídicas adecuadas a la función económica de ambas instituciones.

5. Capítulo IV - Posibles alternativas de solución

A partir del análisis desarrollado a lo largo de los capítulos anteriores, resulta claro que la tensión entre el régimen de derecho de autor y la función económica del contrato, enmarcada por la incorporación de la inteligencia artificial en la producción contractual no puede resolverse mediante una única respuesta, debido a las diferentes implicaciones que esta puede tener. Por el contrario, se trata de un problema que exige explorar distintas alternativas, cada una de las cuales implica asumir una determinada forma de equilibrar la protección de la creación intelectual, la eficiencia del sistema contractual y la necesidad de adaptar el derecho a los cambios tecnológicos. En este contexto, se plantean algunas soluciones, cuya evaluación permitirá, posteriormente, adoptar una postura y respuesta al problema planteado.

5.1. Exclusión de los contratos del régimen de derechos de autor

Una primera alternativa consiste en excluir a los contratos del ámbito de aplicación del derechos de autor, a pesar de tratarse de una solución de cierta forma radical, esta postura parte de reconocer que, aunque los contratos pueden encajar formalmente como se establece en capítulos anteriores dentro de la categoría de obra literaria y eventualmente pueden ser protegidos por derechos de autor, su naturaleza obedece una esencialmente distinta, pues tiene una naturaleza funcional. A diferencia de las obras creativas tradicionales, el contrato no busca destacarse por su originalidad, sino por su capacidad de estructurar de manera clara y eficaz una relación jurídica. En este sentido, la práctica ha demostrado cómo los contratos se caracterizan precisamente por la estandarización y la repetición de cláusulas, lo que refuerza su carácter funcional.

Desde esta perspectiva económica, esta alternativa también encuentra sustento en la idea de que la protección autoral sólo resulta justificada cuando los beneficios que genera superan los costos sociales que implica. En el caso de los contratos, todo parece indicar que ocurre lo contrario, la exclusividad sobre las expresiones contractuales pueden obstaculizar su circulación y aumentar los costos de transacción, afectando la eficiencia que se busca en los contratos. Por ende, esta solución al ser aquella más radical tiene su ventaja en que elimina de raíz el riesgo de acumulación de derechos exclusivos sobre fórmulas contractuales, garantizando su libre utilización y evitando la tragedia de anticomunes. No obstante, su implementación no es viable, pues significa una modificación legislativa o, en su defecto una reinterpretación del sistema vigente. Además, podría resultar en una medida excesiva en aquellos casos excepcionales en los que un contrato sí refleja un nivel significativo de elaboración intelectual.

5.2. Creación de un régimen jurídico propio para contratos asistidos por IA

Una segunda alternativa consiste en diseñar un régimen jurídico específico para los contratos redactados con asistencia de inteligencia artificial. Esta propuesta parte de reconocer que los marcos tradicionales del derecho de autor no fueron concebidos

para responder a las dinámicas actuales de producción automatizada de contenido, lo que genera vacíos y tensiones como las que se han analizado, sino que fueron desarrollados en un contexto en el que la creación intelectual estaba necesariamente ligada a la intervención directa de una persona humana. En este contexto, los contratos generados o asistidos por inteligencia artificial presentan una naturaleza híbrida, en la que si bien pueden cumplir formalmente con requisitos como la originalidad, no necesariamente reflejan una creatividad humana en sentido estricto. Esta tensión evidencia las limitaciones del modelo autoral clásico para responder adecuadamente a este fenómeno, lo que justifica la necesidad de explorar soluciones regulatorias diferenciadas que permitan abordar sus particularidades sin forzar su encaje en categorías tradicionales.

Desde esta perspectiva, un régimen particular permitiría redefinir el alcance de la protección jurídica sobre este tipo de textos. A diferencia del modelo clásico basado en derechos exclusivos amplios y prolongados, este régimen podría contemplar formas de protección más limitadas, tanto en su contenido como en su duración, permitiendo la reutilización de cláusulas y estructuras contractuales cuando estas resulten necesarias para la práctica jurídica. Asimismo, podría incorporar criterios diferenciados para valorar el grado de intervención humana en la elaboración del contrato, superando la exigencia rígida de autoría plenamente humana y reconociendo distintos niveles de participación del operador jurídico en el uso de herramientas de inteligencia artificial, o incluso reconociendo que el concepto de autor es dinámico y responde al sistema jurídico e institucional que rodea. De igual forma, la consagración de excepciones amplias orientadas a garantizar la libre circulación del lenguaje jurídico permitiría evitar fenómenos como la tragedia de los anticomunes, preservando así la eficiencia del sistema contractual y reduciendo los costos de transacción.

No obstante, esta alternativa presenta desafíos, pues la creación de un régimen particular implicaría un aumento en la complejidad del sistema jurídico, al introducir una categoría adicional que debe articularse con los regímenes existentes de propiedad intelectual, lo que podría generar dificultades interpretativas y de aplicación. A ello se suma la problemática de delimitar con claridad cuándo un contrato ha sido efectivamente asistido por inteligencia artificial, en un contexto en el que estas herramientas se integran de manera progresiva en la práctica jurídica. Finalmente, su implementación dependerá, en gran medida, de desarrollos legislativos que pueden resultar lentos frente al ritmo de la innovación tecnológica. Con todo, pese a estas dificultades, esta alternativa ofrece un marco conceptual particularmente valioso, en la medida en que permite abordar el problema desde una perspectiva estructural, ajustando la respuesta jurídica a las características propias del fenómeno analizado.

Sin embargo, la introducción de normas que regulen de manera particular cada situación dentro del mundo jurídico puede resultar ineficiente, en la medida en que

conduce a una fragmentación excesiva del ordenamiento, incrementa la complejidad normativa y dificulta su aplicación práctica. En lugar de aportar claridad, este tipo de soluciones puede generar problemas de coherencia e interpretación, especialmente en contextos dinámicos como el de la inteligencia artificial, donde la evolución tecnológica supera con frecuencia la capacidad de respuesta del legislador.

5.3. Incorporación de un enfoque de uso justo (*fair use*) en el ámbito contractual

En el ordenamiento jurídico colombiano, la limitación al alcance del derecho de autor se ha estructurado a través de un sistema de excepciones y limitaciones, consagrados en la Ley 23 de 1982, la Decisión 351 de la Comunidad Andina y en la Ley 1915 de 2018. Este modelo responde a una lógica de tipicidad, en la cual únicamente se consideran permitidos aquellos usos expresamente previstos por el legislador. Si bien este enfoque ofrece un algo grado de seguridad jurídica, también presenta limitaciones importantes en contextos dinámicos como el de la inteligencia artificial, donde las nuevas formas de producción y uso de contenido no siempre encaja dentro de las categorías definidas. En este sentido, la rigidez del sistema puede dificultar la adaptación del derecho a realidades emergentes, lo que abre la posibilidad de explicar modelos más flexibles como el *fair use*, caracterizado por permitir una valoración caso por caso basada en criterios abiertos.

Una alternativa relevante consiste en incorporar un enfoque basado en la doctrina del *fair use* como mecanismo para flexibilizar la aplicación del régimen de derecho de autor en el ámbito contractual, especialmente frente a los contratos redactados con asistencia de inteligencia artificial. Esta propuesta parte de reconocer que el derecho de autor no es absoluto, sino que se encuentra limitado por consideraciones de interés general, en particular aquellas orientadas a garantizar el acceso al conocimiento y el equilibrio entre derechos. En este sentido, la profesora Herrera señaló que, “el derecho de autor (...) no es absoluto y se encuentra limitado por ciertos intereses y criterios de política pública. De la importancia de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, las cuales garantizar un balance constante entre derechos” (Herrera, 2021). Bajo esta lógica, el *fair use* permitiría analizar caso por caso si la utilización de cláusulas, estructuras o expresiones contractuales constituye una infracción o, por el contrario, un uso legítimo dentro del tráfico jurídico.

Este análisis caso por caso se estructura a partir de una serie de criterios que orientan la determinación del uso justo, los cuales permiten introducir una valoración flexible y contextualizada. En primer lugar, se evalúa el propósito y carácter del uso, lo que implica determinar si la utilización del contenido tiene una finalidad transformativa o responde a un interés funcional distinto al original; en el ámbito contractual, esto permitiría justificar la reutilización de cláusulas cuando estas se emplean para estructurar relaciones jurídicas, más que para reproducir una obra con fines expresivos. En segundo lugar, se analiza la naturaleza de la obra protegida,

criterio que resulta especialmente relevante en este contexto, pues los contratos, al ser textos de carácter funcional y no creativo en sentido estricto, deberían admitir un mayor grado de flexibilidad de su uso. En tercer lugar, se examina la cantidad y sustancialidad de la porción utilizada, lo que permite valorar si se ha tomado más de lo necesario para cumplir el propósito perseguido, evitando reproducciones excesivas o innecesarias. Finalmente, se considera el efecto del uso sobre el mercado potencial de la obra, criterios que resulta central desde una perspectiva económica, pues permite determinar si la utilización de expresiones contractuales afecta de manera significativa los incentivos o beneficios del titular, lo cual, en muchos casos, no ocurre tratándose de cláusulas estandarizadas.

Desde una perspectiva funcional y económica, la adopción de este enfoque resulta particularmente pertinente en el contexto de los contratos asistidos por inteligencia artificial, pues como ya se ha planteado, la producción masiva de contratos genera el riesgo de una sobreprotección de las expresiones jurídicas, lo que puede derivar en altos costos de transacción y en la restricción del uso eficiente del lenguaje contractual. Frente a este escenario, se ha identificado que el *fair use* como instrumento capaz de corregir estas distorsiones, pues “la teoría de los costos de transacción de Landes y Posner identifican al *fair use* como el instrumento que permite corregir los altos costos de transacción que impiden la eficiencia” (Herrera, 2021). Asimismo, se ha sostenido que esta figura puede responder a fallas del mercado derivadas de una protección excesiva, en la medida que es un intento de “abatir” las fallas del mercado monopolístico de la ley de derechos de autor. De esta manera, en el ámbito contractual, podría resultar en la posibilidad de reutilizar cláusulas o estructuras necesarias para la práctica jurídica sin incurrir automáticamente en alguna infracción de los derechos de autor.

No obstante, la adopción de un modelo basado en el *fair use* también presenta desafíos importantes, pues puede generar incertidumbre jurídica en la medida que depende de la valoración caso a caso. En efecto, se advierte que “existe una delgada línea entre la corrección de las fallas de mercado (...) y la inseguridad e incertidumbres jurídicas generadas a raíz de las fluctuaciones de las decisiones judiciales en esta materia” (Herrera, 2021). Además, se ha señalado que su aplicación puede carecer de uniformidad y generar incentivos negativos si no se fundamenta en criterios claros. En este sentido, aunque el *fair use* ofrece una herramienta valiosa para equilibrar la protección autoral y la eficiencia contractual, su implementación requiere un desarrollo normativo o jurisprudencial cuidadoso que permita delimitar su alcance y evitar efectos contrarios a la seguridad jurídica.

6. Conclusiones

A lo largo del trabajo todo lo analizado ha permitido establecer una perspectiva para abordar el problema de investigación identificado desde un inicio, llegando a una respuesta cohesiva argumentativa y fácticamente: no resulta eficiente la aplicación

del régimen de derecho de autor a los contratos redactados con asistencia de inteligencia artificial.

Como se ha expuesto, esta posición no descansa únicamente en las dificultades que presenta la IA al respecto del concepto de autoría u originalidad, sino en un hallazgo mas profundo identificado durante el trabajo, la incompatibilidad estructural entre la lógica sobre la que se construye el derecho de autor y la racionalidad económica que da el sentido a los contratos como institución jurídica. Identificar esa brecha es el aporte central del presente escrito.

El primer punto que se ha expuesto es, en apariencia, favorable a conceder la protección autoral, está es, que los contratos caen formalmente dentro de la categoría de obra literaria, el derecho de autor no demanda requisitos estéticos a las obras protegidas, no deben de responder a ningún criterio de valor artístico, sino que basta con que configuren una creación intelectual perceptible con un cierto grado de originalidad, por lo tanto, en el contexto de que los contratos son textos redactados mediante elecciones lingüísticas y estructurales que reflejan la creatividad al momento de su formulación, los mismos cumplen con el umbral necesario para recibir protección por derechos de autor, esta misma posición es sostenida por el ordenamiento colombiano por la ley 23 de 1982, en la que se sostiene una noción amplia de obra literaria, la cual no excluye escritos funcionales como los jurídicos.

Esta revisión de legislación actual, no resuelve el problema antes mencionado, sino que logra introducirlo, si bien los contratos pueden ser protegidos, la pregunta evalúa si deben de serlo, y bajo qué condiciones debería de darse dicha protección, de manera que sea compatible con las instituciones involucradas.

El segundo punto explorado revela el impacto de la incorporación de la inteligencia artificial generativa a la redacción contractual, exponiendo los conflictos de las definiciones antropocéntricas en la que se basa todo el sistema de protección autoral, definiendo en razón de esto criterios necesarios como los de autoría y originalidad, categorías las cuales la inteligencia artificial no puede satisfacer en razón de carecer de una dimensión subjetiva en el proceso de creación, lo cual, si bien representa una barrera que no se puede sortear en la adjudicación de autoría, no es el mismo caso para obras realizadas con mera asistencia y no total independencia de la inteligencia artificial, de este modo, el criterio de originalidad en su dimensión objetiva (una novedad formal), puede cumplirse masivamente y de manera casi automática, eliminando su función selectiva dentro del sistema.

Asimismo, se expuso el riesgo real de la sobreprotección, la cual lejos de incentivar la creación, puede paralizar la circulación eficiente de los contratos, fenómeno discutido a partir de la teoría que Michael Heller describió como la tragedia de los anticomunes, en el contexto del problema, si cada contrato generado con asistencia de IA puede ser protegido por derechos de autor, el ecosistema de textos jurídicos

se enfrenta a una realidad en la que derechos mutuamente excluyentes son asignados a expresiones funcionalmente idénticas; Dichos derechos recaen sobre las expresiones lingüísticas, de esta manera, cuando un redactor debe de estructurar una cláusula de limitación de responsabilidad, de cesión de derechos o cualquier otra, deberá de verificar que no se acerque sustancialmente a expresiones ya protegidas. El costo que representa dicha verificación es precisamente lo que el sistema contractual pretende eliminar.

Finalmente, se expuso como la incompatibilidad entre las instituciones de derechos de autor y de contratos no es meramente técnica, sino funcional y económica. Ambos funcionan bajo racionalidades distintas, establecidas en puntos directamente opuestos, una privilegia la singularidad al expresarse, para enriquecer el acervo cultural y científico, mientras que la otra, en contraste, no aspira a singularidad, su valor económico descansa en su capacidad de estandarizar, reutilizar y circular fórmulas ya probadas en producir determinados efectos jurídicos estimados como valiosos, de esta manera, reducen los costos de transacción y regulan las relaciones económicas en medio de condiciones de incertidumbre, el cumplimiento de esta función institucional depende de la libre circulación de las estructuras contractuales, asignar un régimen diseñado para proteger la originalidad expresiva a documentos cuyo valor reside en la estandarización y reiteración, implica una contradicción.

Habiendo reconocido las tensiones producidas por los instituciones evaluadas, se exploraron tres alternativas de solución, la primera, la exclusión total de los contratos del régimen de derechos de autor, si bien elimina el problema, resulta impráctico en el corto plazo, requeriría modificaciones legislativas que podrían dejar desprotegidos aquellos contratos que se reflejen un nivel relevante de elaboración intelectual, si bien la tensión entre ambas instituciones es inherente a ellas mismas, es la superproducción en el marco de la IA la que agrava este problema, la exclusión caprichosa presentaría una medida prematura, por otro lado, la creación de un régimen sui generis, permitirá la creación de una protección razonada con base en la intervención humana, sin embargo, enfrenta un problema de complejidad normativa que imposibilita su aplicación.

La alternativa más viable en el estado actual del ordenamiento es utilizar un enfoque flexible, que permita analizar la utilización de cláusulas y estructuras contractuales como de uso legítimo, sin que signifique una infracción autorial, esto requiere criterios interpretativos que puedan reproducirse para evitar una valoración excesivamente casuística.

El desafío que la IA plantea frente al régimen de derechos de autor excede a las valoraciones de conceptos de autoría u originalidad, no es un problema de definiciones ni de categorías jurídicas, es un problema de fines. El sistema de derechos de autor tiene como fin fomentar la creación y garantizar el acceso al conocimiento, por su parte, los contratos buscan organizar eficientemente las relaciones económicas y reducir la incertidumbre. Esta herramienta tecnológica

transforma simultáneamente la lógica de ambas instituciones, el derecho no debe de responder aplicando automáticamente soluciones diseñadas para un mundo diferente, tratar de manera acertada cada reto que surge del avance tecnológico y/o social requiere preguntarse de nuevo cual es el propósito de cada institución y desde ese punto construir las respuestas que el presente demanda.

7. Referencias

Antequera Parilli, R. (1995). *El derecho de autor y los derechos conexos en el marco de la propiedad intelectual: El desafío de las nuevas tecnologías. ¿Adaptación o cambio?* Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Benjamins, R., y Salazar, I. (2020). *The intelligence of artificial intelligence*. Fundación Telefónica.

Coase, R. H. (1988). *The firm, the market and the law*. University of Chicago Press.

Cooter, R., y Ulen, T. (2003). *Law and economics*. Addison Wesley.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). *Sentencia C-155 de 1995*.

Constitución Política de Colombia. (1991).

Congreso de la República de Colombia. (1982). *Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor*.

Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 44 de 1993*.

Comunidad Andina. (1993). *Decisión 351 sobre derecho de autor y derechos conexos*.

Da Silva, G. F., y Siqueira, H. (2024). A construção da concepção contemporânea de autor. <https://doi.org/10.7769/gesec.v15i6.3859>

Evangelio Llorca, R. (2024). Resultados generados con intervención de sistemas de inteligencia artificial y su protección (o no) por la propiedad intelectual. *Cuadernos de Derecho Privado*, 4(10), 99–152. <https://doi.org/10.62158/cdp.69>

Foucault, M. (1998). ¿Qué es un autor? *Littoral*, (25/26).

Geiregat, S. (2024). Prueba de originalidad en obras creadas en tiempos de IA generativa: el papel de las instrucciones (prompts) en el derecho de autor y el destino del autor “de vieja escuela”. *Revista Científica de Estudios Sociales*, 3(5), 167–192. <https://doi.org/10.62407/rces.v3i5.141>

Ginsburg, J. C. (2003). The concept of authorship in comparative copyright law. *DePaul Law Review*.

Heller, M. (1998). The tragedy of the anticommons: Property in the transition from Marx to markets. *Harvard Law Review*, 111(3), 621–688.

Herrera Sierra, L. F. (2021). *El fair use: ¿La solución justa a las fallas del mercado derivadas de la protección jurídica del software?* Revista No. 373, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 131–157.

Kant, I. (1911). *Critique of Judgment* (1790).

Landes, W. M., y Posner, R. A. (2003). *The economic structure of intellectual property law*. Harvard University Press.

Misseri, L. E. (2023). Authorship and generative artificial intelligence: Philosophical assumptions of the function of the author. *Isonomia*, (59). <https://doi.org/10.5347/isonomia.59/2023.692>

Manuel Muñoz Vela, J. (s. f.). *Inteligencia artificial generativa: desafíos para la propiedad intelectual*.

North, D. (1990). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1996). *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*.

Polanyi, K. (1944). *The great transformation: The political and economic origins of our time*. Beacon Press.

Presuel, R. C. (2024). Statistical mimics: Authorship and generative artificial intelligence. A comparative vision between American and European Union copyright laws. *Inteligencia Artificial*, 27(73), 14–37. <https://doi.org/10.4114/intartif.vol27iss73pp14-37>

Rengifo, E. (2003). *Propiedad Intelectual, el moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Savonius-Wroth, S. J. (2014). Two treatises of government. En *The Bloomsbury Companion to Locke*. <https://doi.org/10.4324/9781003147664-4>

Searle, J. R. (1980). Minds, brains, and programs. *Behavioral and Brain Sciences*, 3(3). <https://doi.org/10.1017/S0140525X00005756>

Souza, A. V. de, Moura e Souza, É. A., Silva Cruz, T. C., & Andrade, R. L. P. de. (2024). Direito autoral e inteligência artificial (IA): o paradigma da intelectualidade humana e a personalidade jurídica eletrônica em debate. *Revista Foco*, 17(9), e6223. <https://doi.org/10.54751/revistafoco.v17n9-131>

Timm, L. B. (2010). The social function of contracts in market economic systems. *Revista Virtual Vía Inveniendi et Iudicandi*, 5(2). <http://viei.usta.edu.co/>

Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. (1886). Convenio de Berna.

Williamson, O. (1985). *The economic institutions of capitalism*. Free Press.