



**Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías**

***LINKING* Y DERECHOS DE AUTOR: OTRO RETO PARA
EL EQUILIBRIO ENTRE DERECHOS EXCLUSIVOS Y
EXCEPCIONES. UNA VISIÓN DESDE
EL DERECHO ESPAÑOL**

JUAN FRANCISCO ORTEGA DÍAZ

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho - GECTI

Revista N.º 5, Enero - Junio de 2011. ISSN 1909-7786

***Linking* y derechos de autor: otro reto para el equilibrio entre derechos exclusivos y excepciones. Una visión desde el derecho español**

Juan Francisco Ortega Díaz

RESUMEN

En el presente trabajo se procede a examinar, desde la perspectiva del derecho de autor, el fenómeno de enlazar contenidos protegidos en Internet.

PALABRAS CLAVE: propiedad intelectual, derechos de autor, enlaces, framing, P2P

ABSTRACT

This essay is focused in the study of the different kinds of links and, from an author right law perspective, the current legal problems that, linking protected works in Internet, produced according to the intellectual property legal system.

KEYWORDS: intellectual property, author rights, linking, framing, P2P

SUMARIO

Introducción - II. ENLACES Y EXCEPCIONES: ANÁLISIS JURÍDICO DE CADA SUPUESTO - A. *Enlaces de superficie (surface links)* - B. *Enlaces profundos (deep links)* - C. *Enlaces ensamblados (inlining o embedded links)* - D. *Marcos (frames)* - E. *P2P links* - III. CONCLUSIONES -

Introducción

El desarrollo tecnológico, y de manera muy especial, la convergencia de la tecnología digital, la informática y las telecomunicaciones, ha hecho posible la posibilidad de establecer una comunicación global, de carácter instantáneo, a escala planetaria. Esta comunicación permitió, no sólo una comunicación verbal por medio de los sistemas de telefonía, sino el intercambio de documentos electrónicos almacenados en servidores de información accesibles al público. En un principio, este logro, articulado por medio de la interconexión de redes telemáticas –siendo Internet su ejemplo paradigmático– poseía un carácter especializado y restringido propio de los ámbitos militares –como Arpanet– o académicos –tal como fue la propia Internet en sus orígenes–. No obstante, este carácter restringido pronto fue superado. Ello se debió al desarrollo del software que, a este momento, articulaba la red. Así, a principios de los 90, la mejora de instrumentos de comunicación en red se convirtió en una necesidad ineludible y en una exigencia fundamental fruto de la necesidad de maximizar los beneficios que esta intercomunicación podía aportar. La transmisión de ficheros y el correo electrónico no eran suficientes.

En un intento de dar solución a esta realidad limitante, un grupo de investigadores del Laboratorio Europeo de Física de Partículas en Ginebra (CERN) ideó un sistema de interconexión de documentos electrónicos de manera que éstos pudieran ser localizados, compartidos y visualizados en red de forma rápida y sencilla. Para ello, un joven informático del CERN, llamado Tim Ber-

ners Lee, creó un sistema de “hipertexto”¹ que no sólo permitía enlazar documentos por medio de una red telemática sino que posibilitaba su acceso de forma conjunta a varios usuarios. El CERN no tardó en aprobar la iniciativa y apoyar financieramente un proyecto que, en principio, facilitaría la comunicación de los físicos de la institución. De esta manera, a principios de 1990, Berners Lee y Cailliau, otro joven informático del centro, comenzaron a escribir el nuevo sistema de hipertexto, una tarea que distaba de ser sencilla. El sistema de hipertexto perseguía que los documentos digitales que se publicaran en la red fueran accesibles desde cualquier tipo de ordenador. La web, la *world wide web*, había nacido y el enlace de documentos se configuraba como algo consustancial a ésta.

Esta realidad, en la que enlazar documentos con fines académicos y hacerlos accesibles al público, era el fin perseguido, ha generado, con el paso del tiempo, un intento de extrapolar práctica a cualquier tipo de contenidos culturales publicados en Internet. Así, es una idea generalizada en la red la creencia de que, en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia, un diseñador de páginas web puede insertar un enlace con la página que desee. Así, cualquier restricción o atribución de responsabilidad a lo que se ha dado en llamar el principio de “*free link*”, o libre enlace, es considerado por muchos usuarios como una violación de sus derechos a

1 Un sistema de hipertexto es, con carácter general, una sistema de interconexión de documentos electrónicos. Con el triunfo de Internet, los enlaces insertados en las páginas web comenzaron a ser definidos bajo esta nomenclatura, quedando en el olvido el significado original que su creador le otorgara a mediados de la década de los sesenta. Nelson, T. “A file structure for the complex, the changing and the indeterminate”. ACM. 1965.

usar y expresarse libremente en la red. Los enlaces -se argumenta- son el medio natural por el que funciona la *www* y el establecimiento de restricciones que impidan su uso constituiría un ataque a su funcionamiento². Es ésta una afirmación absoluta que no compartimos. Es cierto que los enlaces son un instrumento imprescindible para el desarrollo de la red, pero también lo es el hecho de que, en ocasiones, éstos son capaces de generar daños: violación de propiedad intelectual en sentido estricto (derechos de autor y derechos conexos o afines), infracción del derecho de marcas, vulneración de la libre competencia e intromisión en el derecho al honor o privacidad de las personas o, incluso, comportamientos ubicados dentro del ámbito penal³. Por ello, resulta evidente que el supuesto principio

de libertad de *link* quiebra ante hechos como los señalados, merecedores de una plena reprobación jurídica y generadores de una indudable responsabilidad extracontractual o, incluso, de sanciones administrativas o penales. Justamente, al primero de estos supuestos dedicaremos nuestra atención en las siguientes páginas. En este sentido, tal como vimos en la introducción de este trabajo, varios son los tipos de *links* existentes y la problemática que conlleva su implantación varía de unos a otros. A medida que el uso comercial de la red se va extendiendo y los intereses económicos van ganando importancia, los derechos patrimoniales en el ámbito de los derechos de autor y derechos conexos van adquiriendo protagonismo.

No obstante, estos derechos patrimoniales no poseen un carácter absoluto y están limitados por las correspondientes excepciones previstas en el TRLPI⁴ español. En la práctica, y más concretamente en el campo de los enlaces, el acomodo entre el ejercicio de estos derechos y el respeto a sus límites crean fricciones que despiertan nuestro interés. Al encaje de estas excepciones y a alguna otra problemática de interés en esta materia nos enfrentamos en las siguientes líneas.

2 Esta idea ha sido seguida por parte de la jurisprudencia alemana. Así, el Landgericht Verden argumentó, en el caso *weyhe-online.de*, que es precisamente la libertad de *link* la que permite la existencia de la *WWW* y rechazó de plano la petición de la empresa demandante de prohibir un enlace, por causas de marketing, desde la *web* de una empresa competidora a su "website". V. 7/12/1998, 10 0 117/90 (www.online-recht.de). En los Estados Unidos: Superior Court of California, County of Santa Clara, 21 January 2000, DVD Copy Control Association Inc. V. A.T.Mc Lauglin; US District Court, Central District of California, 16 December 1999, L.A. Kelly v. Arriba Soft. Corp. (www.lexis.com). Idéntica posición manifiesta Tim Berners Lee, el creador de la *www*, al señalar: "The ability to refer to a document (or a person or anything else) is in general a fundamental right of free speech to the same extent that speech is free. Making the reference with a hypertext *link* is more efficient but changes nothing else. When the "speech" itself is illegal, whether or not it contains hypertext *links*, then its illegality should not be affected by the fact that it is in electronic form. Users and information providers and lawyers have to share this convention. If they do not, people will be frightened to make *links* for fear of legal implications. I received an e-mail message asking for "permission" to *link* to our site. I refused as I insisted that permission was nor needed". V. BERNERS LEE, T. "Links and Law: Myths". (www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html).

3 Tal como señala García Vidal, A.: "Son muchos los delitos que pueden cometerse por medio [...] de una página *web*. Piénsese, por ejemplo, en la difusión y exhibición de material pornográfico a menores (art. 186 del Código Penal de 1985, (en adelante CP), en la difusión de mensajes injuriosos o calumniosos (art. 211 del CP), en la realización de estafas (Art.248 del CP) o de publicidad engañosa (Art.282 del CP) o en la lesión de un derecho de propiedad industrial o intelectual (Arts. 270 a 273 del CP)" V. García Vidal, A. "La responsabilidad por los contenidos ilícitos de páginas *web* ajenas con las que se establece un *link*". DN. núm. 127. Abril. 2001. pp. 16-25, en especial, p. 22.

4 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. (Ley de Derechos de autor española)

II. ENLACES Y EXCEPCIONES: ANÁLISIS JURÍDICO DE CADA SUPUESTO

A. Enlaces de superficie (*surface links*)

Un enlace de superficie es aquel que vincula directamente una página web a la página inicial de otro “website”. En nuestra opinión, desde el punto de vista del derecho comunitario y del español, la creación de un enlace a la página inicial de un “website”, y aún su utilización, no vulnera ningún derecho de propiedad intelectual en sentido estricto⁵. Esta misma idea, en

el ámbito europeo, se desprende de la DDASI (directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información) al establecer su artículo 5.1 la excepción al derecho de reproducción cuando éste sea transitorio u accesorio y forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico; proceso tecnológico del cual los enlaces directos forman parte por antonomasia.

Al margen de la no vulneración del derecho de reproducción, estos enlaces tampoco vulneran el derecho de comunicación pública. Desde la perspectiva del derecho comunitario y español, el creador del enlace no comunica al público, simplemente indica dónde se produce esa co-

5 Pero sí podrían vulnerar derechos en el ámbito de la propiedad intelectual en sentido amplio (propiedad industrial, derecho de marcas) y en el ámbito del derecho de la competencia. Tres serían los supuestos básicos. A) El uso como *link* de una marca registrada. Podría llegar a suponer la violación del derecho de uso exclusivo del titular de la marca (art. 34.1 de la Ley de Marcas) y, en ocasiones, la creación de un riesgo de asociación en el tráfico (art. 6 de la Ley de Competencia Desleal). En la jurisprudencia norteamericana, múltiples han sido los casos que en esta materia han llegado a los tribunales. No obstante, especialmente significativo ha sido el proceso judicial “Playboy Enterprises, Inc. v. Universal Tel-A-Talk Inc” (Su localización es posible en la base de datos de jurisprudencia norteamericana Lexis. 1998. U.S Dist. Lexis 17282. E.D. Pa. 1998). La empresa demandada, que desarrolla la actividad de lo que, eufemísticamente, se conoce como entretenimiento para adultos, incluyó, sin autorización, un enlace a la famosa revista para hombres “Playboy”, utilizando el elemento gráfico de la marca y el nombre comercial de ésta. Así, únicamente, era necesario pulsar sobre ellos para ser enlazado a su “website”. “Playboy” demandó a Universal Tel-A-Talk Inc. por violación de los derechos de uso exclusivo de su marca y demostró que el uso de ésta, por la demandada, invitaba a los usuarios a relacionar los dos “websites”, situación que le resultaba especialmente dañosa al perjudicar la imagen de la marca “Playboy” y generar una disminución de su capacidad distintiva. Ante estos argumentos, el Tribunal decidió ordenar el cese del uso ilegítimo de la marca y la supresión de los links objeto de litigio. En España, en la única sentencia de estas características, el Juzgado de lo Penal núm. 23 de Madrid se ha pronunciado al respecto, en Sentencia de 29 de enero de 2001. (ARP 2001\10) Aún dictada en el ámbito penal, una breve referencia a aquello que nos resulta útil parece conveniente. En este supuesto, el “Chase Manhattan Bank” se querrela, entre otras acusaciones, por violación de marca a un individuo que, dedicándose a la comercialización de determinados productos financieros, utiliza como links en su página web el elemento gráfico y denominativo de la marca del citado banco. De esta manera, el querrellado conseguía simular una falsa relación jurídica y comercial con el “Chase Manhattan Bank”, haciendo creer a los consumidores, contratantes de sus servicios, que estaban amparados por esta entidad bancaria. La sentencia condena al demandado y reconoce la vulneración del derecho de marca. B) Un enlace de superficie a otra página web en la que el creador del link adoptara una medida tecnológica que impidiera la visualización del nombre de dominio de la web enlazada. En este supuesto, se hace crear

al usuario que aún permanece en la web de origen, pues el nombre de dominio que observa en el URL pertenece a la página desde la que fue enlazada. Se produce así un acto claro de confusión (art. 34 de la Ley de Marcas y art. 6 de la Ley de Competencia Desleal). C) Un enlace de superficie a otra página web de temática similar. Puede ocurrir que el titular de una página web cree un enlace a otra web de contenido temático similar, aunque diferenciado, aparentando en el tráfico que ambas web mantienen algún tipo de relación, apariencia que perjudica a esta última. Se produce, de esta manera, un acto de asociación, contrario a las normas en materia de marcas y en materia de competencia, que debe ser reprimido. Baste señalar, por último, que, doctrinal y jurisprudencialmente, el llamado riesgo de asociación viene siendo incluido, mayoritariamente, dentro del riesgo de confusión. Así, se entiende que el riesgo de confusión, en sentido estricto, es la probabilidad que tiene el consumidor de elegir productos distinguidos por una marca creyendo que es otra. Por el contrario, el riesgo de confusión en sentido amplio, en el que se incluye el riesgo de asociación, viene definido por la probabilidad de errar que tiene el consumidor al atribuir, basándose en el parecido de las marcas, relaciones jurídicas o comerciales a las empresas titulares de las mismas, a pesar de no confundir el origen de los productos distinguidos por los signos. Pues bien, baste aclarar que, normativamente, esta inclusión del riesgo de asociación, dentro del más amplio riesgo de confusión, se ha producido con claridad, tanto en el art. 5.b) de la Directiva, como en el Art.34.2.b) de la Ley de Marcas. Cfr. Van Bunnens Aspects actuels du droit des marques dans le Marché commun. Centre Interuniversitaire de Droit Comparé (C.I.D.C) Bruxelles.1967.Pág.442; Fernández Novoa, C. “El riesgo de asociación”. ADI. 1997. p. 23-38, en especial, pág. 29; Caso “Sabel BV v. Puma AG”, Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de noviembre de 1997. Recopilación de la recopilación de la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas. 1997. pp. I-6214 y siguientes; Caso “Canon”. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 29 de septiembre de 1998. Item. 1998. 1998. pp. I-5535.

municación, es decir, dónde se encuentra la *web* cuyo titular ejercita este derecho exclusivo. Con todo, no es extraño el leer que el creador de un enlace de superficie realiza un acto de comunicación pública⁶. El origen, a mi juicio, radica en una confusión de conceptos. Como se ha mencionado con anterioridad, esta posibilidad es defendible en el ámbito del derecho norteamericano, donde los derechos equivalentes al aquí tratado –*display right* y *broadcasting right*– tienen una amplitud muy superior a nuestro derecho de comunicación pública.

Al analizar los enlaces directos es manifiesto el hecho de que éstos no alteran en modo alguno ni la presentación ni el orden de visualización de la página ni producen ningún perjuicio a su titular. Por ello, a mi juicio y con carácter general, no cabe atribuir responsabilidad alguna a los creadores de éstos⁷.

No obstante, se ha cuestionado que el creador del enlace de superficie incurra en responsabilidad si establece un enlace en contra de la voluntad del titular de la *web* enlazada. La co-

municación de esta voluntad de no ser enlazado puede ser de dos tipos: A) Expresa: Insertando en la página *web* una advertencia prohibiendo su enlace mediante el empleo de “condiciones de uso” o la celebración de “contratos de enlace”. B) Tecnológica: Insertando algún tipo de medida tecnológica en el diseño del “*website*” que imposibilite el funcionamiento del enlace⁸.

Respecto a la primera, cabe preguntarse hasta qué punto el titular de una página *web* tiene capacidad para prohibir la creación de un enlace de superficie a su página *web*. El origen de la fuerza legal de su autorización o no provendría de la defensa de sus derechos exclusivos. No obstante, como se dijo, la creación de un enlace de superficie no implica el ejercicio del derecho de reproducción ni de comunicación al público. Por ello, entendemos que el titular de los derechos exclusivos de una *web* no tendrá amparo legal, al menos el proveniente del derecho de propiedad intelectual en sentido estricto para prohibir la creación de un enlace de este tipo. Así, bajo esta perspectiva, muy difícilmente podrá atribuírsele responsabilidad al creador de un enlace de superficie.

La segunda posibilidad es que, *de facto*, el titular de una página *web* inserte alguna medida tecnológica que impida o controle el acceso a ésta. Así, pudiera ocurrir que el titular estableciera una medida tecnológica que únicamente permitiera visualizar la página *web* a un reducido número de usuarios, autorizando únicamente a éstos la reproducción de éste y ejercitando

6 V.Wassom B. “Copyright implications of unconventional *linking* on the World Wide Web: Framing, deep *linking* an inlining”. Case W. Res. vol. 49. 1998. pp. 254-256.

7 Esta es la línea que ha adoptado, en el derecho norteamericano, la Digital Millenium Copyright Act, de 28 de octubre de 1998, en su apartado §512 (a) y (c). Por éstos, los creadores de un *link* no serán responsables siempre que cumplan las cinco condiciones establecidas en el mencionado precepto: 1º Desconocimiento de que en la página enlazada existen documentos que violan el derecho de autor. 2º Carencia de información alguna que haga evidente su ilegalidad. 3º En caso de tener constancia de que en la página enlazada existen obras que vulneren los derechos de autor, de forma rápida y diligente eliminación del enlace o bloqueo del acceso a la misma. 4º Abstención de beneficiarse económicamente de las obras que vulneran los derechos de autor mientras tiene la capacidad de controlarlo. 5º Cumplimiento del conjunto de notificaciones previstas en la norma. De incumplirse alguno de estos requisitos, el creador del *link* deberá responder como coinfractor de los derechos violados. V. (<http://www.loc.gov/copyright/legislation/hr2281.pdf>), p. 22.

8 Fulton, K. “The use of disclaimers and the Internet’s World Wide Web” Media L. & Pol’y. vol. 6. núm. 1. 1997. pp. 1-11.

para ellos en exclusiva su derecho de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición. El resto de los usuarios, al activar el enlace, serían conducidos hasta la *web* pero no obtendrían su visualización (medida tecnológica antienlace).

No obstante, en la realidad esto no suele suceder. Téngase en cuenta que, para que esto se produzca, el supuesto de hecho debería estar protagonizado por una sola página *web*, pues recuérdese que los enlaces directos son aquellos que se realizan a la página *web*, si fuera sólo una, o a la página inicial en caso de tratarse de un “*website*”. Lo habitual, por tanto, ya que son éstos los que suelen contener la información con una posible relevancia económica, es que los enlaces directos se dirijan contra la página inicial de un “*website*”. Así, en la práctica totalidad de los supuestos, los titulares de éstos permiten el acceso indiscriminado a su página de inicio, pues en ella suele estar contenida la publicidad así como otros elementos cuya visualización por el mayor número de visitantes posible interesa al titular desde una perspectiva comercial. Ello, no obstante, no implica que el titular renuncie al uso de medidas tecnológicas. Así, será habitual que, una vez en la página inicial, el usuario se enfrente a una medida de control de acceso que tendrá que superar para obtener la información contenida en las páginas *web* interiores que conforman el “*website*”; información ésta de relevancia económica que debe ser objeto de protección por parte de los derechos patrimoniales exclusivos del titular del “*website*”.

En conclusión, entendemos que muy difícilmente podrá atribuirse responsabilidad, al amparo del derecho de autor y derechos conexos, al creador de un enlace de superficie, aun en el extraño supuesto de que éste se oponga a su creación. Debemos pensar que el enlazar a la página inicial de un “*website*” no produce un daño patrimonial. Por el contrario, en muchas ocasiones, el titular de éste obtiene un beneficio económico proveniente de la publicidad que suele colocarse en estas páginas. En cualquier caso, dicha conducta no parece sancionable a la luz del derecho de propiedad intelectual en sentido estricto.

B. Enlaces profundos (deep links)

Diferente situación es la protagonizada por los enlaces profundos, o *deep links*. Como sabemos, estos enlaces dirigen al usuario hacia una de las páginas interiores de un “*website*” ajeno, evitando su paso por la página principal. A nuestro juicio, desde la perspectiva del derecho comunitario y español, este tipo de enlaces es susceptible de producir una violación del derecho de comunicación pública del titular de la *web*. En este tipo de enlaces, entendemos que *a priori* la obra se visualiza sin la autorización del titular del derecho exclusivo y que el orden de visualización que su creador estableció no es respetado; orden de visualización que, a nuestro entender, está y debe estar comprendido dentro del derecho exclusivo de comunicación pública⁹. Por ello, muy difícilmente se puede adoptar una

9 Posición compartida por otros ordenamientos, como el norteamericano. A este respecto V. SELLER, B. P. “Condemned to repeat the past: the reemergence of misappropriation and other common law theories of protection for intellectual property”. 11 Harv. J. Law & Tec 401. 1998.

posición positiva respecto a este tipo de *links*. En primer lugar, porque, como señala Garrote Fernández-Díez, cuando “[...] el autor de un sitio web [...] pone una página en línea está dando su consentimiento para que sea vista, pero de la manera y en la disposición interna que el creador del sitio la diseñó”¹⁰, extremo que, al evitar la página inicial, este tipo de enlaces no cumple. En segundo lugar, porque es susceptible de producir un perjuicio económico al titular de la página, que puede ver mermados sus eventuales ingresos económicos por publicidad, al no ser visualizada la página de inicio que es habitualmente el lugar elegido para su inclusión.

En efecto, parece claro que los enlaces profundos pueden vulnerar el ya señalado derecho de comunicación pública (art. 20 TRLPI) así como el derecho de todo autor a la integridad de su obra (art. 14.4 TRLPI). Asimismo, cuando la información del sitio web se difunda mediante el empleo de una licencia en línea o unas “condiciones de uso” que prohíban la reproducción de las páginas interiores mediante enlaces profundos, también se produciría la violación del derecho de reproducción¹¹. No obstante, pueden no ser los únicos. Al crear una página web, un “website” puede establecer un enlace profundo que conduzca directamente a una o a varias creaciones intelectuales situadas en la página de un tercero, atribuyéndose falsamente éstas. Para ello, únicamente, necesitará su falsa autoría en

el texto o en la imagen que sirva de enlace. De esta manera, además de los derechos citados, se violaría el de paternidad, propio de todo creador (art. 14.3 TRLPI)¹².

Con todo, tampoco en el ámbito de los enlaces profundos debemos perder de vista el cuadro de los límites y excepciones a los derechos exclusivos. En este sentido, dos son los límites que pueden actuar como contrapeso en el juego de equilibrio con los derechos exclusivos: La cita ex. artículo 32 y el límite de los trabajos sobre temas de actualidad ex. artículo 33 TRLPI.

Podemos cuestionarnos si el creador de un enlace profundo puede quedar amparado por el límite de la cita. A pesar de lo casuístico del tema tratado, es una posibilidad que no podemos descartar. No obstante, parece preciso hacer

10 Garrote Fernández-Díez, I. El derecho de autor en Internet... óp. cit. p. 366.

11 A mi juicio, si el titular del “website” guarda silencio y no emplea medidas tecnológicas, no creo que se pueda defender la violación del derecho de reproducción en el caso de los enlaces profundos sino, de forma principal y entre otros, de una violación del derecho de comunicación pública.

12 La responsabilidad por los supuestos señalados se puso de manifiesto en el caso de “Shetland Times Ltd. v. Wills and Zetnews Ltd”. (<http://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/shetland.htm>) La sociedad “Zetnews”, que opera en el mercado periodístico bajo el nombre de “Shetland News”, creó un portal de noticias en el que incluía los titulares de “Shetland Times”, su principal competidor. Al visitar el portal, el usuario podía elegir uno de los titulares expuestos, siendo inmediatamente enlazado al “website” de “Shetland Times” donde se podía leer la noticia completa. Esta demandó a “Shetland News” argumentando que los enlaces violaban sus derechos de propiedad intelectual en sentido estricto al copiar sus titulares y al hacer creer a los internautas, mediante el empleo de *deep links*, que los artículos a los que conducían los enlaces habían sido escritos por periodistas de “Shetland News”, cuando, en realidad, habían sido escritos por los trabajadores de la empresa demandante. “Shetland Times” logró, como medida cautelar, la suspensión de los enlaces. Finalmente, el tribunal nunca llegó a pronunciarse porque el caso se solventó mediante acuerdo extraprocésal en el que el demandado asumió tres compromisos: 1º El enlace a cada artículo incluiría la leyenda “A Shetland Times Story”. 2º El elemento gráfico de la marca “Shetland Times” aparecería en un botón de enlace próximo a cada titular. 3º La leyenda y el botón serían enlaces directos a la página principal de “Shetland Times”. Y no es éste el único caso en Europa. En el Reino Unido: “Nothinghamshire County Council v. Gwatkin et al.” (www.users.globalnet.co.uk/~dlheb/legal1.htm); en Alemania: “Stepstone v. Ofir” Landgericht Köln. 28 O 692/00 (<http://www.jurpc.de/rechtspr/20010138.htm>); en Dinamarca: Court Decisión of April 20, 2001. En los *EE.UU.* también se han producido otros casos. Entre los más relevantes: “Ticketmaster v. Microsoft” (<http://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/ticketmaster.htm>). Para un análisis detallado de este relevante asunto V. Masur, J.M. “Links, Liability, and the Law: The Strange Case of Ticketmaster v. Microsoft” 23 Colum.-VLA J.L. & Arts 419. Spring, 2000.

alguna consideración al respecto. El artículo 32 TRLPI establece que “es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas [...]”. Por tanto, parece que el texto normativo establece como requisito constitutivo de la cita su carácter parcial. Al ejecutar un enlace profundo, lo habitual es que lo reproducido y comunicado no sea una parte de la obra contenida en la web enlazada, sino que lo que se reproduce sea el contenido completo de ésta, es decir, la obra que constituye el contenido de dicha web. Para expresarlo de una forma gráfica, si el creador de una web establece un enlace profundo con otra web que contiene un artículo científico, este enlace al ser ejecutado no reproducirá parte del artículo sino su totalidad. Podríamos argumentar, por tanto, que este carácter fragmentario no tiene lugar. Me parece, sin embargo, que con este razonamiento incurriríamos en una interpretación extremadamente rigurosa del precepto. Debemos tener en cuenta que, cuando el legislador redactó el artículo 32 TRLPI, los conceptos de redes telemáticas o sociedad de la información no estaban en su mente. Por ello, parece razonable reinterpretar el marco regulador de la cita de forma más flexible, conforme al contexto en el que se encuentra y a la realidad social del momento, tal como nos indica nuestro artículo 3.1 CC¹³.

Con todo, esta reinterpretación del precepto no siempre será necesaria y habrá que atender específicamente a cada caso. Debemos recordar

que existen ocasiones en las que la inclusión de obras completas está comprendida en la excepción de la cita. Así lo señala el propio artículo 32 cuando manifiesta que permite la inclusión, como cita, de “[...] obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo [...]”. Así, cuando la web enlazada mediante un enlace profundo contenga obras de este tipo, no parece necesario abogar la reinterpretación del precepto.

A tenor de lo dicho, entendemos que, siempre que se cumplan los requisitos legales establecidos en el artículo 32¹⁴, fundamentalmente la indicación de la fuente y el nombre del autor, pueden existir supuestos en los que la excepción de cita legitime un enlace profundo.

No obstante, la excepción de cita puede no ser la única que pudiera adquirir protagonismo. El límite sobre trabajos de actualidad ex artículo 33 podría operar en este sentido aunque, a mi juicio, con una mayor dificultad. Así, el titular de una web podría crear un enlace profundo con otra web y dar acceso a noticias o artículos que, *a priori*, estarían comprendidos dentro de la excepción si se cumplen los requisitos exigidos para la eficacia del límite, en este caso, citar la fuente y el autor del trabajo si éste aparece con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de los derechos. Y he aquí la dificultad. Debemos tener presente que

13 art. 3.1 Código Civil español: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.”

14 En este sentido, el art. 32 señala: “Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada”.

en el mercado de la información estos enlaces se realizan con “websites” profesionales que sirven información (periódicos digitales, servicios de información bursátil en línea, etc.). Todos estos servicios profesionales, destinados de forma directa o indirecta a un fin comercial, se reservan, prácticamente sin excepción, derechos en origen por medio de la cláusula oportuna en sus correspondientes “condiciones de uso”.

Finalmente, no podemos pasar por alto la cuestión relativa a las medidas tecnológicas. Ya, hoy, en el tráfico económico que ocurre en ese espacio de intercambio de bienes y servicios que llamamos ciberespacio, es habitual que los “websites” destinados a la explotación comercial, mediante la prestación de servicios en línea, protejan sus “websites” con medidas tecnológicas que impidan los enlaces profundos, evitando así la vulneración de los controles de acceso situados estratégicamente en la página inicial. En este sentido, cabe preguntarse si el creador de un *deep link* que garantice su éxito, mediante la inclusión de medidas vulneradoras de las medidas tecnológicas del “website” enlazado, sería o no responsable. La respuesta, a mi juicio, es y debe ser positiva. Desde que, hace algo más de un lustro, la OMPÍ manifestara la necesidad de proteger la vulneración de los derechos exclusivos, por medio del empleo de medidas técnicas destinadas a eludir los sistemas de protección¹⁵, distintos ordenamientos jurídicos, incluido el comunitario, han tomado conciencia de la necesidad de articular medidas jurídicas que regulen el fenómeno. Esta conciencia se ha

manifestado con claridad en el artículo 6.1 de la DDASI en el que se señala: “Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva¹⁶, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo”. Por ello, entiendo que el creador de un enlace profundo, garante de su éxito mediante el empleo de alguna medida técnica que vulnere las medidas tecnológicas del sitio web enlazado, podrá ser sancionado no sólo por la evidente infracción del derecho de comunicación pública, sino también por la violación del derecho de reproducción exclusivo de su titular. En efecto, debemos tener presente que ésta es una reproducción no autorizada y que, aun en el caso de estar amparada por incurrir en un límite legal, no legitimaría al creador del enlace a violar una medida tecnológica.

Por ello, el creador del enlace también es responsable de la vulneración de una medida tecnológica, ex artículo 8.1 de la Directiva citada, artículo que ordena a los Estados el establecimiento y el desarrollo de las mencionadas sanciones; desarrollo e incorporación que deberían

15 V. Tratados sobre Derecho de Autor (TODA) y sobre Intérpretes, Ejecutantes y Fonogramas (Toief) de la OMPÍ, en especial, los artículos 11 y 18 respectivamente. (www.wipo.org)

16 Véase que se exige el requisito de la “eficacia” de la medida tecnológica. Con ello, en palabras de la propia norma, deberá entenderse que “las medidas tecnológicas serán eficaces cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección”. Asimismo, se ha insinuado que este carácter de “eficacia” sólo alcanza a las “[...] medidas tecnológicas diseñadas específicamente para evitar (impedir o restringir) actos relativos a los derechos de propiedad intelectual sobre obras o prestaciones que no estén debidamente autorizados por los legítimos titulares. Así, quedarían excluidas de la protección otras medidas tecnológicas que no tengan por objetivo básico la protección de la propiedad intelectual o aquellas que no estén diseñadas específicamente con ese fin, protegiendo solamente de forma accidental las obras o prestaciones”. Carbajo Cascón, F. Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual. Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual. Colex. Madrid. p. 311.

haberse realizado con anterioridad al 22 de diciembre del 2002¹⁷.

C. Enlaces ensamblados (*inlining o embedded links*)

Si existe una clase de *links* en la que la infracción de los derechos de propiedad intelectual y derechos afines puede llegar a manifestarse con extrema claridad, ése es el supuesto de los enlaces ensamblados. Estos, recordemos, únicamente “capturan” una obra protegida desde otro sitio *web* sin contar, *a priori*, con el consentimiento del autor. Estos *links*, con carácter general, cuando carezcan de la autorización del titular de la obra ensamblada, constituyen sin duda un mecanismo de beneficio injustificado de una obra ajena. Así, en primer lugar, dentro del ámbito de los derechos de explotación, el uso de estos enlaces implica una infracción del derecho de reproducción, pues la página que contiene el enlace reproduce en ésta una obra (texto, fotografías, sonidos, etc.) que se configura como elemento de otra página *web*¹⁸. En segundo lugar, este enlace puede generar una vulneración del derecho exclusivo de comunicación pública del artículo 20.1 por comunicar, sin

autorización debida, parte de una obra ajena¹⁹.

Con todo, estos derechos no son los únicos susceptibles de ser violados. El uso de un enlace ensamblado supone, como se ha dicho quizá de forma reiterada, la reproducción de un elemento de otra página *web*. Así, la obtención y comunicación de este elemento, que constituye una parte de *web*, suponen un fraccionamiento de la obra ajena que puede constituir, salvo intervención de excepción o límite legal, una infracción del derecho moral a la integridad de la obra ex artículo 14.4 del TRLPI²⁰.

Estos actos, en caso de producirse, generarán responsabilidad para el creador del *link*, pudiendo solicitar el autor de la obra el cese del enlace y la indemnización correspondiente en base a los Arts. 138, 139 y 140 del TRLPI.

Con todo, esta solución no es única. Si la página *web* enlazada mediante uno de estos enlaces se configura como una base de datos, “web in-

17 Estas sanciones aún están pendientes de desarrollo y transposición en nuestro derecho interno. art. 8: “Los Estados miembros establecerán las sanciones y vías de recurso adecuadas en relación con la violación de los derechos y las obligaciones previstos en la presente Directiva y adoptarán cuantas disposiciones resulten necesarias para garantizar que se apliquen tales sanciones y vías de recurso. Las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

18 A este respecto, insistimos, a mayor efecto aclaratorio, que la violación del derecho de reproducción ocurre al reproducir el elemento capturado de otra *web*, siempre, claro está, que dicha “captura” no esté amparada en un límite o excepción legal. Asimismo, es preciso indicar que los enlaces ensamblados pueden capturar elementos de otra página *web* pero nunca una página *web* en su totalidad, supuesto para el cual se emplean los marcos o “frames”.

19 Entre la doctrina norteamericana V. Roarty, A. “Link liability: The argument for inline links and frames as infringements of the copyright display right”. December, 1999. 68 Fordham L. Rev. 1011; Entre nosotros: Garrote Fernández-Díez, I. El derecho de autor en Internet... óp. cit. p. 369; Bouza López, M. A. “La protección del sitio web”. Comercio electrónico. Gómez Segade, J.A (coord.). MP. Madrid-Barcelona. 2001. pp. 137-156, en especial, págs. 145-146.

20 El caso conocido como “The Dilbert Hack Page” escenifica como ninguno la problemática típica de estos enlaces. A Dan Wallach, un estudiante apasionado de los cómics de Dilbert, no le gustaba el “website” oficial del personaje y pensó que podría crear otro mejor. Así, creó una página personal, llamada “The Dilbert Hack Page”, e incluyó en la misma enlaces ensamblados que importaban desde el “website” oficial imágenes y viñetas. United Media, la empresa titular de los derechos del personaje, comunicó a Wallach que estaba violando sus derechos de autor y que debía retirar los enlaces o, en caso contrario, la empresa ejercitaría las acciones judiciales destinadas a proteger sus derechos exclusivos. De la lectura de la demanda se desprende que la empresa no reconocía, en este caso concreto estimo que con razón, ningún tipo de límite a sus derechos exclusivos. Wallach, el joven estudiante, decidió retirar los enlaces y la empresa renunció a sus acciones judiciales. (www.cs.rice.edu/~dwallach/dilbert)

tegrada”, cuya construcción ha implicado por tanto un esfuerzo económico e intelectual relevante, también se produciría una infracción del derecho *sui generis* del art. 133 del TRLPI²¹. Por el contrario, no ocurrirá así cuando la *web* se configure como una mera *interface* o puerta de acceso a una base de datos autónoma, supuesto habitual en las grandes comercios *on-line*, en cuyo caso la *web* y la base de datos tendrán una protección independiente, pudiendo vulnerar el enlace profundo dos grupos de derechos: el derecho de reproducción y comunicación pública sobre los datos concretos (siempre que éstos constituyan obras o prestaciones protegidas) extraídos de la base así como el derecho *sui generis* del artículo 133 del TRLPI. De esta manera, en el supuesto de estas “web clientes”, la vulneración de estos derechos afectaría a la base de datos a la que la *web* está conectada pero nunca a la *web* misma. Tengamos en cuenta que el contenido de la “*web cliente*”, paradójicamente, no es violado, pues ésta, en verdad, no contiene los datos, únicamente los captura desde la base de datos independiente y los comunica al público. Al establecer un enlace ensamblado, su creador lo que consigue es acceder por medio de la *web* enlazada a esa base de datos, capturar la información y hacerla pública desde su propia *web*.

No obstante, en el examen de todos estos de-

21 A este respecto, es destacable la matización realizada por Garrote Fernández-Díez, al señalar que, en un caso de estas características, no estaríamos ante un supuesto de extracción, (ya que para ello es necesario la transferencia de la información a otro soporte (Art.133.b), extremo que aquí no se produce), sino ante un supuesto de reutilización, recogido en el art. 133.c), “ya que se está “poniendo a disposición del público [...] mediante la transmisión en línea, ya que la obra se pone a disposición del público en Internet en un sitio web mediante la práctica del enlace ensamblado”. Garrote Fernández-Díez, I. El derecho de autor en Internet... óp. cit. p. 370.

rechos, que son susceptibles de ser violados, no podemos perder de vista el horizonte de los límites. Así, al extraer de una página *web* un determinado contenido mediante un enlace ensamblado, podría cuestionarse la licitud del acto en base al límite de la cita ex art. 32 del TRLPI. A nuestro juicio, este límite es especialmente importante en el ámbito de los enlaces ensamblados. Estos, con carácter general, capturan gráficos, imágenes o archivos sonoros y, por diversas cuestiones técnicas, raramente archivos de texto para los que es más sencillo el empleo de otro tipo de enlaces, en concreto, los enlaces profundos y los marcos. Así, pudiera ocurrir que el creador de un enlace ensamblado que capturara un elemento de otra página *web* pudiera verse amparado por el límite de cita siempre que se cumplieran los requisitos legales de dicha figura. Por ello, el creador del enlace ensamblado deberá indicar el autor y la fuente del elemento de la página que se ha capturado y, únicamente, quedará amparado por la excepción de cita en los supuestos en los que dicha captura se realice con fines docentes o de investigación.

Lo mismo que sucedía en relación a los enlaces profundos, también en los enlaces ensamblados puede ocurrir que algunas de sus actuaciones se encuentren amparadas por el límite de los trabajos de actualidad ex artículo 34 TRLPI. Así, puede suceder que el creador de una página *web* ensamble información de actualidad (los titulares de las noticias principales o las cotizaciones bursátiles diarias) capturándola de distintos proveedores de información *on-line*. A priori, como ya dijéramos al analizar este límite cuando estudiamos los enlaces profundos, este tipo de actua-

ción quedaría protegido siempre que el titular de la web que captura la información cite la fuente y el autor, si el trabajo aparece firmado, y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de los derechos. Este último requisito es el que prácticamente nunca se produce en el tráfico económico. Los “websites” que prestan servicios de información *on-line* son, salvo excepciones, empresas con ánimo de lucro que, en sus “condiciones de uso”, se reservan en origen todos los derechos. No obstante, ello no quiere decir que este tipo de enlaces no sea usado en el tráfico para estos fines. En este sentido, es habitual ver cómo famosos portales de Internet utilizan este sistema para ofrecer información a sus visitantes si bien, en la práctica, dicho comportamiento no queda amparado por el límite del art. 33 TRLPI, sino que es el resultado de un contrato de suministro de información entre las partes, autorizando el titular del “website” que contiene la información la captura de ésta a cambio de un precio.

D. Marcos (frames)

Como se ha señalado al examinar los tipos de *links*, el diseñador de una página web, mediante el uso de marcos, puede dividirla en varias ventanas, integrando en una de ellas una página web ajena. Al realizar esta integración, varios son los supuestos que, desde el punto de vista del derecho de autor, plantean interrogantes:

1. Obra derivada: Es habitual que, al realizar un “frame” o marco, la página enlazada varíe en su apariencia. Ello nos obliga a reflexionar sobre si esta variación posee una entidad suficiente para considerar que, mediante

esta técnica, lo que se está acometiendo es una obra derivada que debe estar sometida a la autorización del titular del derecho de transformación (art. 21 TRLPI). Algún autor²² destacado ha dado una respuesta positiva a esta pregunta, entendiendo que una página web constituye, en realidad, un programa informático dotado de un código de programación, que es modificado mediante el uso de un marco o “frame”. Así, esta modificación, que afecta a la estructura fundamental del objeto protegido, constituiría un verdadero acto de transformación. Es ésta una afirmación de la que nos permitimos discrepar. Una página web, más que un programa informático en sí, es una obra multimedia o, en muchos casos y como ya se señaló, una base de datos; en este sentido, su protección debe venir motivada no tanto por su código fuente como por su presentación visual, extremo que caracteriza y define a una página web. Por ello, no estimamos que el simple uso de un marco o “frame” constituya una modificación de tal entidad que produzca, en rigor, una obra derivada tal como establece el art. 21 del TRLPI. Así, al usar un “frame”, únicamente se produce una alteración visual en la presentación de la web, pero ésta permanece íntegra, ofreciendo al internauta la posibilidad de visualizarla y desplazarse por ella sin restricciones²³. Esta opinión parece ser la que ha prevalecido en el ordenamiento nor-

22 Garrote Fernández-Díez, I. El derecho de autor en Internet...óp. cit. p. 40.

23 Carbajo Cascón, F. Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual. óp. cit. pp. 178-179.

teamericano, cuya doctrina²⁴ y jurisprudencia²⁵ parecen apoyarla de forma mayoritaria.

2. Enlace no autorizado: Es habitual, en el uso de marcos o “frames”, el enlace sin autorización a páginas de terceros que contienen información protegida por derechos de autor. Cabe cuestionarse, por tanto, si este hecho

es susceptible de generar responsabilidad al creador del enlace. La respuesta, a nuestro juicio, debe ser afirmativa. Si la web y su contenido reciben la protección del derecho de autor y el titular de sus derechos exclusivos no concede su autorización, puede producirse una violación del derecho de comunicación pública del titular de la web enmarcada (art. 20 TRLPI).

Esta vulneración del derecho de comunicación pública, *ex art. 20 TRLPI*, será más evidente cuando el marco omite la dirección electrónica de la página enlazada, la identidad del autor o algún signo distintivo de su titular. Recordemos, una vez más, que este derecho patrimonial no comprende únicamente el derecho a la mera comunicación de la obra electrónica, en este caso un “website”, sino también la forma de su acceso y visualización; visualización que el creador del enlace puede alterar sustancialmente. No obstante, el diagnóstico de esta infracción no está libre de complejidades. El derecho de comunicación pública es un derecho patrimonial, un derecho de explotación. Cuando la página enlazada mediante marcos es un “website” comercial, es evidente que la alteración que sufre la visualización produce un perjuicio patrimonial a su titular, perjuicio que debe ser evitado por los derechos exclusivos del titular, derechos que gozan de tal naturaleza. No obstante, en el supuesto de los “websites” no comerciales puede aducirse que, en cuanto el enlace no produce un daño patrimonial, no tiene sentido pensar que un derecho patrimonial, como el derecho de comunicación pública, resulte afectado. No obstante, creo que desde un mero punto de vista normativo esta

24 Morris, R.P. “Be careful to whom you link: How the Internet practices of hyperlinking and framing pose new challenges to established trademark and copyright law”. 30 Rutgers L. J. 247. 1998; Jakab, P. “Internet Law Symposium: Symposium Speech: Framing Technology and Link Liability.” 19 Pace L. Rev. 23. 1998; Effross, W.A. “Withdrawal of the Reference: Rights, Rules, and Remedies for Unwelcomed Web-Linking” 49 S.C.L.Rev. 651. 1998; STOKER, M.A. “Framed Web Pages: Framing the Derivative Works Doctrine on the World Wide Web” 67 U. Cin. L. Rev. 1301. 1999; Chan, R. “Internet framing: Complement or hijack?” 143 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev 5. 1999; Quinn E.R. “Web surfing 101: the evolving law of hyperlink”.37 Barry L. Rev. 2. 2000; TSILAS, N.L. “Minimizing Potential Liability Associated With Linking and Framing on the World Wide Web”. CommLaw Conspectus. Nº8. 2000; Kiritsov, S. “Can Millions of Internet Users Be Breaking the Law Every Day?: An Intellectual Property analysis of Linking and Framing and the Need for Licensing”. 2000 Stan. Tech. L. Rev 1; Loren, L.P. “The changing nature of derivate works in the face of new technologies”. 4 J. Small & Emerging Bus. L 57. 2000; Rubin, A. “Are You Experienced? The Copyright Implications of Web Site Modification Technology”. 817 Calif. L. Rev. 89. 2001.

25 En el caso “Futurodotics, Inc v. Applied Anagramics, Inc”, el demandante solicitó la paralización de la técnica del enmarcado, argumentando que la visualización dentro del marco sufría una modificación tal como demostraba el hecho de que la misma fuera percibida de forma diferente por los usuarios y que, por tanto, al enlazar mediante “frames” se creaba una obra derivada. A pesar de los argumentos de la defensa, el juez, en el caso concreto, denegó la pretensión al entender que la situación que se producía no era asimilable con un supuesto de obra derivada, pues, según criterio jurisprudencial norteamericano, para que una obra obtenga la consideración de derivada es imprescindible que parte de una obra protegida por *copyright* sea “incorporada a otra de forma concreta o permanente”, situación ésta que el juzgador entendió con buen criterio a nuestro juicio, no se producía al enlazar una *web* mediante este tipo de enlaces. V. (<http://eon.law.harvard.edu/property/metatags/1998futu.html>). Para un comentario detallado desde la perspectiva del derecho norteamericano V. Brinson, J. D y Radcliffe M. F. Internet. Law and business handbook. 2000. p. 323-331. Un segundo caso de semejantes características fue el “Washington Post v Total News. Inc.”. Desde el portal de esta última empresa el internauta podía visitar otros medios de comunicación norteamericanos que aparecían enmarcados, permaneciendo fuera del marco el logotipo de Total News. El demandante defendió los mismos argumentos que en el caso anterior, pero nunca llegó a producirse una decisión judicial, pues las partes alcanzaron un acuerdo previo. V. (www.jmls.edu/cyber/cases/total1.html) Para un comentario detallado desde la perspectiva del derecho norteamericano V. “Article: I. Intellectual property: a. Copyright: 1. Preemption: a) Misappropriation: Washington Post v. Total News, Inc.” 13 Berkeley Tech. L.J 21. 1998. Entre nosotros: Massaguer, J. “Conflictos de marcas en Internet”. RGD. núm. 648. 1998. Págs.1107-1142.

posición no es sostenible. Los derechos de explotación, de clara naturaleza patrimonial, son aplicables a todas las creaciones protegidas por el derecho de autor y derechos afines, sin que la no obtención de un beneficio económico directo constituya una excepción legal.

Es indudable que los “frames”, salvo que cuenten con la autorización expresa de su titular, deben ser criticados. Ello es así porque, al margen de lo dicho respecto al derecho de comunicación pública, parece claro que estos supuestos incurren en la violación del derecho moral al respeto de la integridad de la obra (art. 14.4. TRLPI), derecho éste que afecta sin duda a todos “websites” en su calidad de creación intelectual, sin importar tampoco aquí su carácter comercial o no. En este sentido, cabe finalmente hacer referencia al contenido de este derecho, señalando, como ya hiciera la más moderna doctrina, que éste debe ser interpretado en sentido amplio, comprendiendo no sólo las alteraciones materiales de la obra, que como se ha dicho con anterioridad en el supuesto concreto no se produce, sino también su presentación en un contexto diferente que contribuya a alterar su significado²⁶, tal y como habitualmente ocurre con los “websites” enlazadas mediante marcos, o “frames”.

Con todo, podría suceder que el titular de una web enmarcara un texto contenido en una web diferente y, ante la detección de la correspondiente vulneración de derechos patrimoniales, se argumentara el límite ex art. 33.1 que opera frente a los derechos de reproducción, distribu-

ción y comunicación pública cuando éstos se refieren a “[...] trabajos y artículos sobre temas de actualidad [...]”. A pesar del examen casuístico que el supuesto requiere, en una descripción general abogamos por la posibilidad de aplicar esta excepción cuando el enmarcado operara sobre estos objetos, siempre que tres condiciones fueran cumplidas: A) Tener la posibilidad de conocer la página web objeto del enmarcado. B) Posibilidad de conocer por medio del enmarcado el nombre del autor o del titular de la prestación afín de la creación intelectual capturada. C) No haber hecho constar en la web enmarcada o en el contenido de ésta una reserva de derechos²⁷. En la práctica, como ya se advirtiera en una anterior ocasión, esta excepción no tiene una aplicabilidad excesiva debido a la habitual reserva que los titulares de los “websites” enlazados suelen efectuar en las “condiciones de uso” de éstos.

Especial atención merece este supuesto cuando la web enmarcada se configura como una base de datos, es decir, como una “web integrada”. Si la web es objeto, por parte de su titular, de una comunicación pública sin restricciones, enmarcar parte de su contenido plantea los problemas respecto a los derechos patrimoniales que ya se han expuesto. No obstante, cabe cuestionarse si este enmarcado puede vulnerar, no ya los derechos del contenido concreto que es enlazado, extremo éste que ya se ha visto, sino el derecho

26 Garrote Fernández-Díez, I. El derecho de autor en Internet... óp. cit. p. 377.

27 Estos tres requisitos se desprenden de la propia adaptación al caso concreto del art. 33 del TRLPI. Así, el precepto señala: “Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente [página web capturada] y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos”.

sui generis, ex art. 133 de la “web integrada”, la cual, no olvidemos, es una auténtica base de datos.

La solución no es unívoca y presenta dos posibles soluciones:

A. Puede ocurrir que una web realice un enmarcado respecto al contenido de otra que se configure como una “web integrada”. Si el enmarcado se realiza respecto a una serie de datos que constituyen una parte no sustancial, éste no violará el derecho *sui generis* que ampara a este tipo de webs. No obstante, pudiera ocurrir que el enmarcado capturara de forma repetida y sistemática una parte no sustancial de otra página web (piénsese, por ejemplo, en la enmarcación diaria de un conjunto de fotografías artísticas que son diariamente actualizadas). A nuestro juicio, este supuesto sí supondría una violación del derecho *sui generis* de la web enmarcada a tenor del artículo 133.2 del TRLPI.

B) Algo diferente ocurriría si la página web enmarcada no se configurara como una “web integrada” sino como una “web cliente”. En este supuesto, la web no sufriría ninguna violación, pues no es una *interface* y una base de datos al mismo tiempo, sino, únicamente, una puerta de acceso a una base de datos independiente a la que se conecta, siendo ésta última la que es susceptible de sufrir la violación de su derecho *sui generis*.

Finalmente, debemos cuestionarnos si en el ámbito de los marcos puede regir el límite de la cita ex artículo 32. TRLPI. A nuestro juicio, es una

opción que no podemos descartar. Nada parece impedir que, cumplidos los requisitos legales y reinterpretándolo como se indicó al examinar los enlaces profundos, este límite pueda desplegar sus efectos y amparar la comunicación pública efectuada por un tercero por medio de la creación de un “frame”.

E. P2P links

A la inversa de lo que sucede en la generalidad de los supuestos de enlaces, los “P2P links” son instrumentos ajenos al ámbito de la www. Estos, tal como su denominación indica, surgen en el ámbito de los sistemas de intercambio entre particulares (P2P o “Peer to Peer”). Estos sistemas, que, como es sabido, se materializan en programas de ordenador, permiten a los usuarios conectados interactuar entre sí e intercambiar archivos. Para ello, los usuarios emplean los instrumentos de búsqueda que contienen los programas “P2P”, obteniendo de esta manera los enlaces que les permiten, por medio de la conexión oportuna, acceder a éstos. La problemática básica, como es fácilmente deducible, consiste en que el contenido de estos archivos, habitualmente música y video aunque también es posible encontrar libros digitalizados y otras creaciones intelectuales, es susceptible de protección por medio del derecho de autor, realidad ésta que plantea algunas cuestiones a solventar.

Al examinar estos sistemas de comunicación, pocas dudas existen de que los usuarios realizan dos actos reservados en exclusiva para los titulares de los derechos patrimoniales: Reproducen obras y las difunden. Debemos tener presente que, para una fácil transmisión de

archivos en la red, es preciso comprimirlos por medio de tecnologías gratuitas y de libre uso, accesibles en la red²⁸. De esta manera, cuando un usuario desea difundir un archivo musical, deberá, inicialmente, comprimir el archivo al formato deseado, con lo que ya está efectuando una primera reproducción. Si, por el contrario, el mismo usuario desea obtener un archivo, como ya se ha dicho, lo obtendrá por medio del programa buscador del sistema que le suministrará el enlace oportuno, enlace que, al activarlo, realizará igualmente un acto de reproducción. Ambos actos se comprenden dentro del ámbito de los derechos exclusivos, existiendo *a priori* pocas dudas acerca de la capacidad de vulneración de los derechos patrimoniales por parte de estos enlaces²⁹.

28 Tres son los algoritmos de compresión más utilizados y más populares de la red. El MPEG-1 Audio Layer-3, conocido popularmente como MP3, es un algoritmo de compresión capaz de reducir doce veces el tamaño original de un archivo sonoro sin merma de su calidad auditiva, extremo éste que lo ha hecho popular en la red. También, la compresión de otros tipos de archivos es posible. Así, otros algoritmos de compresión como el MPEG (*Moving Picture Experts Group*), destinado a la compresión de video, o el JPEG, utilizado en la compresión de imágenes, son empleados en la red sin originar pérdida de calidad en las obras digitalizadas. V.(www.whatis.com)

29 Desde un punto de vista técnico-jurídico, la violación de los derechos exclusivos es, como se verá a continuación, indiscutible. Con todo, recordemos que el fundamento de los derechos exclusivos se encuentra en su naturaleza patrimonial. Los derechos exclusivos son aquellos que tienen relevancia económica. Los actos que se consideran vulneradores de estos derechos lo son porque, se entiende, causan un perjuicio económico a su titular. La grave dificultad consiste en determinar ese daño. Los defensores de los derechos exclusivos señalan que toda descarga (*download*) de una obra protegida de una red P2P implica un daño patrimonial al autor. Técnicamente, insistimos, no se pone en cuestión que ello implique una violación de sus derechos exclusivos. Ahora bien, la ecuación según la cual una obra descargada equivale a una obra no vendida —o un libro dado en préstamo en una librería pública equivale a un libro no vendido— merece ser cuestionada. Si bien es posible que, en un gran número de ocasiones, ello sea así, no es menos cierto que, en otro buen número de ellas, no lo será. En este sentido, y en referencia a las redes P2P, señala LESSIG que los usuarios de las redes P2P pueden agruparse en cuatro grupos diferenciados: "A) Hay quien usa estas redes como sustituto de la compra de contenidos [...] B) Hay quien usa estas redes para "probar" la música antes de comprarla. Así, un amigo le envía a otro un MP3 de un artista que no ha oído. El otro amigo entonces compra CDs de ese artista. Esto es un tipo de publicidad dirigida, con grandes probabilidades de éxito. Si el amigo que recomienda el álbum

No obstante, veamos que el derecho de reproducción no es el único derecho exclusivo que puede resultar infringido. El usuario, al permitir al sistema P2P el acceso a sus archivos, está difundiendo obras. A este respecto, se ha discutido si, en el marco de las redes P2P, el usuario realiza realmente un acto de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición, o un acto de distribución. La cuestión, a nuestro juicio, debe decantarse con claridad, tal como parece que hacen tanto el artículo 8 del Tratado de la OMPI de 1996 como el propio artículo 3.1 de la DDASI, por el primero de los derechos citados. Con carácter general, al hablar del derecho de comunicación pública en las transmisiones digitales, y, en particular, en los sistemas que examinamos, suele cuestionarse la concurrencia y calificarse de controvertido el concepto de "público"³⁰. Se argumenta, en verdad, que los archivos no se comunican a una pluralidad de personas sino que se transmiten a un solo usuario. Es ésta una opción demasiado restrictiva que no es compartida por la doctrina más cualifica-

no gana nada por una mala recomendación, entonces uno podría esperar que las recomendaciones serán verdaderamente buenas. El efecto neto de este intercambio podría incrementar las ventas de música. C) Hay quien usa las redes de intercambio para acceder a material con copyright que ya no está a la venta o que no habría comprado porque los costes de la transacción fuera de la Red son demasiado altos. Para muchos este uso de las redes de intercambio es uno de los más satisfactorios. Canciones que eran parte de nuestra infancia pero que se han esfumado del mercado reaparecen mágicamente en la red. Debido a que los contenidos no se venden, técnicamente se trata todavía de una violación del copyright, aunque debido a que los dueños del copyright ya no venden este contenido, el daño económico es cero [...] D) Finalmente, hay muchos que usan las redes de intercambio para acceder a contenidos que no tienen copyright o que el dueño del copyright quiere regalar." V. LESSIG, L. Por una cultura libre. Traficantes de Sueños. Madrid. 2005. p. 90.

30 González De Alaiza Cardona, J. J. "Napster: "Copias Robadas", responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet. PE. I. núm. 6. 2000. pp. 65-83.

da³¹. El concepto de “pluralidad de personas” debe interpretarse, en el caso que nos ocupa, en relación a la *potencialidad* de personas que tienen la posibilidad de acceder a la información, pues lo esencial es que el público pueda llegar a disfrutar de la información transmitida, cuestión ésta que nos lleva a afirmar el carácter de “público” del supuesto que nos ocupa.

En el derecho español, tal como nos señala la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley para la reforma del TRLPI, y más concretamente el nuevo artículo 20.2.i)³², la calificación de “comunicación pública” de un acto de difusión informativa viene determinada por la posibilidad de acceder a la obra. En otros términos, el carácter de “público” se identifica con el hecho de que un conjunto de personas pueda acceder a la obra, sea o no de forma simultánea. La simultaneidad es un requisito que en ningún precepto legal se exige³³.

En este sentido, tengamos en cuenta que los conceptos de comunicación pública y distribución discurren por vías paralelas diferenciadas,

debido principalmente al requisito de la “distribución de ejemplares”, exigido por la norma, ex artículo 19 TRLPI, para la identificación de la conducta con el derecho. Si bien la inexistencia de distribución de ejemplares en este tipo de transmisión pudiera parecer indudable, ello no ha sido óbice para que su inexistencia haya sido cuestionada. Así, se ha argumentado que la difusión de unos determinados archivos informáticos implica una distribución de ejemplares en la medida que el receptor puede plasmarlos en un soporte material para su ulterior distribución – *distribución inmaterial*³⁴-, posibilidad de la que puede servirse el usuario en este tipo de redes. No obstante, ni en el caso concreto de los sistemas de intercambio P2P ni en la comunicación en redes con carácter general este razonamiento parece aceptable. Una cuestión

31 Erdozain López, J. C. Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el derecho de autor. Aranzadi. 1997. p. 352; Garrote Fernández-Díez, I. El derecho de autor en Internet... óp. cit. pp. 256-260; Ter-racina, D. “Internet e la tutela penale del diritto de'autore”. Il diritto de autore. 1999. p. 548.

32 El mencionado texto preparatorio inserta una nueva redacción del art. 20.2., informándonos de: “[...]Especialmente, son actos de comunicación pública:[...] i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”.

33 Con todo, tengamos presente que, en los sistemas de intercambio P2P, la descarga de archivos simultánea es posible. Un archivo puede ser descargado desde el disco duro de un ordenador por distintos usuarios e, igualmente, un único usuario puede descargar el mismo archivo de forma simultánea desde distintos ordenadores, conducta ésta que presta mayor rapidez y seguridad a la descarga. V. (www.winmx.com; www.kazaa.com).

34 En el ámbito del derecho norteamericano, la propuesta de un concepto de distribución digital no es nueva. Así, ante la inexistencia de un concepto amplio de comunicación pública, el “*US White Paper of Intellectual Property and the National Information Infrastructure. Sep. 1995*” propuso la creación de un nuevo derecho de distribución digital que, finalmente, no fue adaptada por DMCA de 1998. Dicho estudio proponía, en definitiva, la modificación del §106.3 de la “*Copyright Act*” para permitir la inserción de la transmisión digital interactiva como una modalidad de distribución inmaterial, desligando así el concepto de distribución de la idea de reparto de ejemplares de carácter material. En este sentido, como bien señala Carbajo Cascon, cuando la explotación consistía únicamente en la visualización o audición en pantalla de la obra o prestación, se proponía la inclusión del acto de transmisión dentro del derecho de representación. (Carbajo Cascón, F. Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual. óp. cit. Pág.157). Con todo, esta solución no es novedosa en el derecho norteamericano. Un derecho de distribución inmaterial y un derecho de ejecución pública, se recoge en la “*Digital Performance Right in Sound Recording Act*”, norma aprobada en 1995, en relación al beneficio de estos derechos, por parte de los titulares de los fonogramas que son puestos a disposición del público en Internet. (Kenneth D. S. “Tapping to the beat of a digital drummer: Fine tuning U.S copyright law for music distribution”. 59 Alb. L. Rev. 789. 1995.; Lehman, B; Pike, A. Symposium beyond Napster: Debating the future of copyright on the Internet: Introductory remarks. Washington, D.C. Thursday, November 16, 2000. The American University Law Review 50, 355. Dec. 2000; Goldberg, H.P “A proposal for an international licensing body to combat file sharing and digital copyright infringement”. 8 B.U. J. Sci. & Tech. L 272. Winter, 2002.) No obstante, vemos cómo este derecho de distribución inmaterial, únicamente, tiene un carácter sectorial al no recoger dicho principio la DMCA de 1998, que optó por no establecer un derecho de distribución inmaterial con carácter general.

es el derecho de distribución y otra, el derecho de reproducción. En los sistemas P2P, el usuario que difunde los archivos realiza un acto de comunicación pública y el que los captura en su disco duro, un acto de reproducción. Si ulteriormente decide plasmar esos archivos en un soporte físico, por ejemplo en un CD, se estaría realizando un segundo acto de reproducción y no, como sorprendentemente parece que se ha planteado, convirtiendo el acto de puesta a disposición del usuario que difundió los archivos en un acto de distribución. Para mayor claridad expositiva, esta realidad se hace aún más evidente en la comunicación en red por medio de la www donde, cada vez más, la puesta a disposición de archivos implica la prestación de servicios protegidos y destinados únicamente a reproducción en memoria RAM (consulta de bases de datos, servicios de vídeo, etc.), en los que la plasmación ulterior resulta limitada o prohibida por la intervención de medidas tecnológicas de protección. En definitiva, el usuario que difunde información realiza un acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, rechazando de plano el derecho de distribución y tratando las copias materiales que surjan como consecuencia de la comunicación pública de las obras en Internet bajo la óptica del derecho de reproducción³⁵. Aclarada, por tanto, la no intervención del derecho de distribución en el aspecto que nos ocupa y sí, como es habitual, la intervención del derecho de comunicación pública y del derecho de reproducción, cabe cuestionarse si la actividad

de intercambio de archivos informáticos de los sistemas P2P, que contienen obras protegidas por el derecho de autor y derechos conexos, puede beneficiarse de alguna limitación de los derechos exclusivos. Planteada la cuestión, la figura de la copia privada ex artículo 31.2 se nos presenta de forma inmediata. Como ya observamos al examinar las medidas tecnológicas, la excepción de la copia privada surge por dos razones de índole práctica: A) La, en principio, inocuidad de la copia de las obras para uso privado y de las prestaciones plasmadas en formatos analógicos. B) La imposibilidad material, por parte de los titulares de los derechos exclusivos, de controlar el uso de la obra o su prestación en el ámbito doméstico o privado (lo que se conoce como *imperfección del mercado*)³⁶, no siendo, como ha señalado algún autor, conveniente que se prohíba aquello que no es posible controlar³⁷. No obstante, esta presunta inocuidad también ha quedado definitivamente descartada debido, primero, a la popularización de los sistemas de reproducción fotomecánicos y, posteriormente, a la generalización de los mecanismos de reproducción asociados a la generalizada informatización doméstica. Por ello, dos son las opciones a las que debemos enfrentarnos: El reconocimiento de la copia privada o el control de los contenidos en la red por medio del desarrollo e inclusión de medidas tecnológicas. Si el control sobre los

35 Garrote Fernández-Díez, I. El derecho de autor en Internet... óp. cit. p. 256; CARBAJO CASCÓN, F. Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual. óp. cit. Págs.146-153.

36 Bercovitz, A. "La propiedad intelectual en las autopistas de la información". En Derecho de las Telecomunicaciones. Cremades, J. (Coord.). La Ley / Ministerio de Fomento. Madrid. 1997. pp. 904-905.

37 Casas Valles, R. "La fotocopia y su régimen jurídico". Aranzadi Civil. 1993. p. 1999. (BIB 1993\29).

derechos de propiedad intelectual es posible, el fundamento teórico en el que se fundamenta la excepción desaparece.

El legislador comunitario, y parece que también el español, ha mantenido a este respecto una posición intermedia³⁸. De esta forma, el artículo 5.1.b) de la DDASI, al tratar la excepción de la copia privada al derecho de reproducción, señala que ésta se producirá

[...] en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y *sin fines directa o indirectamente comerciales*, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, *teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas* contempladas en el artículo 6 [cursivas del autor].

Observemos que el legislador incluyó, como requisito de la copia privada, la falta de lucro directo o indirecto. A este respecto, pocas dudas presenta el hecho de que esta inclusión en el trámite legislativo fuera consecuencia del popular “caso *Naspter*³⁹”, el primero y más conocido de los sistemas de intercambio P2P, el cual, si bien no se lucraba por la actividad en sí, sí lo hacía de forma indirecta por medio de la publicidad insertada en el sistema, mecanismo éste

que a causa del elevado número de usuarios reportaba considerables beneficios económicos. Además, vemos claramente cómo el legislador deja abierta la puerta a la no apreciación de la copia privada, ya que si existen medidas tecnológicas no existe copia privada, pues, se entiende, los titulares tienen el control de sus derechos teniendo la posibilidad de hacer que sus obras on-line sean accesibles, mediante el cobro por éstas, por medio del sistema de licencias de uso correspondiente⁴⁰.

Inicialmente, y más allá de la discusión acerca de la licitud de la copia privada en función de que se obtenga de una copia lícita o ilícita, cuestión ésta que en ausencia de medidas tecnológicas carece de cualquier efectividad de índole práctica⁴¹, cabría considerar que en los sistemas de intercambio P2P, siempre que no exista ánimo lucrativo por parte del copista, no existiera en lo teórico problema alguno a la hora de apreciar la legitimidad de la copia privada. No obstante, a mi juicio, es ésta una conclusión a la que no debemos llegar. En este punto, parece imprescindible el detenerse a examinar, en lo que a la co-

38 Con la excepción, como es sabido, de los programas de ordenador (art. 99.a) TRLPI) y de las bases de datos (interpretación *mutatis mutandis* ex art. 6.2.a) de la Directiva, sobre la protección jurídica de las bases de datos, y del art. 34.2.a) TRLPI), creaciones sobre las cuales la copia privada no ha lugar.

39 Para un comentario detallado, desde la perspectiva del derecho norteamericano: Einhorn, M. A. “Copyright, prevention and rational governance: File-Sharing and Napster”. 24 Colum.-Vla J.L. & Arts 449. 2000; Gibbons, L. J. “Napster: The case for the need for a missing direct infringer. 9 Vill. Sports & Ent. L. Forum 57. 2002.

40 Para un examen exhaustivo de las licencias de uso en el derecho español. Carbajo Cascón, F. Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual. óp. cit. pp. 197-279; Aparicio Vaquero, J.P. “El intercambio de archivos en redes de pares a la luz del Derecho vigente”. RdNT. Nº8. 2005. pp. 55-73.

41 Parece claro que, en ausencia de medidas tecnológicas, es imposible determinar que un archivo descargado, a través de un sistema de intercambio P2P, tenga o no su origen en una copia lícita, es decir, si la obra digitalizada ha sido adquirida legalmente (un CD comprado en una tienda de discos) o no. No obstante, baste señalar que en Alemania la jurisprudencia se ha pronunciado en contra de la apreciación de la licitud en la copia privada proveniente de copias ilícitas, mientras que, por el contrario, su doctrina ha declarado que, en verdad, no es necesario que el copista sea propietario del original o del ejemplar empleado para realizar la copia. González de Alaiza Cardona, J. J. “Napster: “Copias Robadas”, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet. PE. I. núm. 6. 2000. pp. 65-83, en especial, p. 67.

pia privada se refiere, la tramitación de la DDASI y la intención del legislador. Originariamente, en la Propuesta Modificada de la DDASI, se decía que la copia privada debía estar destinada a un uso privado, *exclusivamente personal*. No obstante, la Posición Común hizo un cambio en sus planteamientos al exigir que su uso fuera exclusivamente personal, permitiendo, de esta manera, que la reproducción pudiera ser compartida por la esfera personal del copista, enviando la copia por correo electrónico⁴² o mediante cualquier otra forma de intercambio. Esta posibilidad, que la doctrina ha bautizado con el término de “*uso de amistad*”⁴³, produjo una reacción inmediata del Parlamento Europeo que, como consecuencia, introdujo en el artículo 5.2.b) la expresión actual en la que se autorizan las reproducciones *efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales*. Es evidente, por tanto, que la intención del legislador es declarar con rotundidad que estas reproducciones “*por encargo*” quedan excluidas de la copia privada⁴⁴. Todo ello ha sido así, al margen del hecho aceptado en el ámbito

de la propiedad intelectual en sentido estricto, de la aplicación restrictiva de las excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos, como la copia privada. En este sentido, es evidente que el reconocimiento de la copia privada en los sistemas de intercambio P2P no sería en absoluto excepcional. De forma paradójica, la excepción se convertiría en la generalidad. No obstante, aun aceptando la validez en este supuesto de la excepción de la copia privada, cabe cuestionarse si las reproducciones generalizadas basadas en esta excepción no atenderían contra el siempre presente límite de límites (*Three Steps Test*), es decir, contra la normal explotación de la obra.

Inicialmente, pudiera parecer exagerada la afirmación de que un solo usuario que pone a disposición del público un conjunto de obras digitalizadas pueda atender contra la normal explotación de la obra. Sin embargo, debemos tener en cuenta el funcionamiento de los sistemas de intercambio P2P. Cuando un usuario pone a disposición un archivo, existiendo sólo una copia de éste en el sistema, y otro lo descarga, este segundo usuario no sólo descarga el archivo sino que, además, lo pone a disposición. Ello hace que la disponibilidad de copias del archivo, y la posibilidad de acceso a él de una multitud de usuarios, pueda crecer de forma exponencial en pocas horas⁴⁵. El daño causado a la industria por el volumen de copias que se hacen, visto

42 Garrote Fernández-Díez, I. El derecho de autor en Internet... óp. cit. pp. 433-434.

43 Rodríguez Zapata, J. “Comentario al art. 25”. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. (Albadalejo, M y Díaz Alabart, S). Edersa. T.V. vol. 4ªA. Madrid. 1994, p. 458.

44 No deja de resultar curioso que, durante el proceso que la RIIA (*Recording Industry Association of America*) entabló contra el popular Napster, se argumentara, por parte de la acusación, el carácter lucrativo del popular sistema de intercambio en contra de la argumentación de la defensa que alegaba que era la prestación de un servicio de mera transmisión. Lo cierto es que el lucro indirecto, a través de la publicidad, sí fue apreciado, indicándose expresamente en la sentencia condenatoria. (A&M RECORDS, INC. V Napster. 284 F.3d 1091). En la actualidad, resulta sorprendente observar las políticas de inserción de publicidad en los dos sistemas de intercambio P2P más populares en la red. Así, mientras Kazaa (www.kazaa.com) inserta “*banners*” de forma sistemática, WinMX, (www.winmx.com), el segundo sistema más usado, lleva una política de exclusión de la misma.

45 Un ejemplo que escenifica esta realidad a la perfección fue protagonizada por la canción “*Apple Pie*” de la cantante norteamericana Madonna, la cual, dos semanas antes del lanzamiento de su CD al mercado por la industria, ya se encontraba disponible en la red en un gran número de ordenadores. Estando originariamente en un solo ordenador, debido a su carácter reservado, se calcula que en pocas horas cientos de copias se realizaron y, en pocos días, era fácilmente accesible a través de Napster. HARMON, A. “Potent software escalates music industry’s Jitters.” Time. Mar. 7. 2000. p. A.1.

desde un punto de vista cuantitativo, es evidente. Así, pocas dudas caben de que la normal explotación de la obra puede verse afectada.

Por tanto, podemos afirmar que el intercambio de los archivos que contienen obras protegidas por derechos de autor supone una violación del derecho de reproducción de sus titulares. Con todo, debemos ser conscientes de que el derecho de reproducción no es el único que vulneran los usuarios, también vulneran el derecho de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición⁴⁶. De esta manera, podemos concluir que los usuarios, en el marco de los sistemas de intercambio P2P, vulneran los dos derechos patrimoniales básicos que acabamos de mencionar: El derecho de reproducción y el de comunicación pública.

Surge aquí una interrogante imposible de eludir. Los usuarios reproducen y realizan actos de puesta a disposición gracias a un conjunto de sistemas de intercambio P2P. Cabe, consecuentemente, el cuestionarse si los titulares de estos sistemas técnicos que coadyuvan a la realización de estos actos son susceptibles de ser considerados infractores del derecho de autor. En principio, nada impide que así sea, existiendo, como es sabido, precedentes en derecho comparado⁴⁷. Ni la DDASI ni, tampoco, el TRLPI realizan acto alguno de exclusión en este sentido y no parece, como se ha visto, que dicho comporta-

miento pueda estar amparado, a priori, por ninguna excepción. Únicamente podría plantearse la cuestión recogida en el apartado “Respecto al artículo 8” perteneciente a las Declaraciones concertadas respecto al Tratado de la OMPI sobre derechos de autor de 1996, en el que se excluye del derecho de autor a los que presten instrumentos o infraestructuras al señalar: “[...] Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna”. No obstante, se desprende del tenor del texto que estos sistemas de intercambio no son instrumentos físicos, ni aun en una interpretación muy extensiva, al estar identificados dichos sistemas de intercambio como programas de ordenador⁴⁸. Pues

46 Dicha calificación es susceptible de desprenderse del actual art. 20 del TRLPI. No obstante, el Proyecto de Ley para la reforma del TRLPI lo aclara aún más al calificar como acto de comunicación pública en su nuevo art. 20.1.1): “La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”.

47 A&M Records, Inc. V Napster. 284 F.3d 1091.

48 Llegados a este punto, cabría examinar la conveniencia de declarar, a través de una norma positiva, la ilicitud de estos sistemas. De esta manera, podría argumentarse, se estaría protegiendo de una manera efectiva los derechos de propiedad intelectual al establecer una protección preventiva de los derechos exclusivos de los titulares. No sería una idea nueva. En otros sectores de nuestro ordenamiento ya se ha producido. Baste recordar que, en materia de marcas, el art. 34.f) recoge, al incluir dentro del “*ius prohibendi*” del titular del derecho de marca, esta posibilidad que es la de impedir a terceros poner el signo “[...] en envoltorios, embalajes, etiquetas u otros medios de identificación u ornamentación del producto o servicio, elaborarlos o prestarlos, o fabricar, confeccionar, ofrecer, comercializar, importar, exportar o almacenar cualquiera de esos medios incorporando el signo, si existe la posibilidad de que dichos medios puedan ser utilizados para realizar algún acto que conforme a las letras anteriores estaría prohibido”. Consecuentemente, vemos cómo la prohibición adquiere un carácter preventivo ya que, en estos usos, los terceros no emplean la marca con un fin distintivo sino que se prohíbe en prevención de un futuro y probable uso ilícito. (Para un examen detallado de la cuestión V. Galán Corona, E. “Algunas cuestiones en torno a la infracción indirecta de la marca”. Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia. Colección de trabajos en homenaje al Prof. Alberto Bercovitz. Grupo Español de la AIPPI. Barcelona. 2005. pp. 434-450). Con todo, esta opción no ha sido seguida exclusivamente en el derecho de marcas sino que, también, se halla presente en otros campos de la propiedad industrial. Este es el caso del art. 51 de la Ley de Patentes, que regula la llamada explotación indirecta de la patente, integrando en el “*ius prohibendi*” del titular el derecho a “[...] impedir que sin su consentimiento cualquier tercero entregue u ofrezca entregar medios para la puesta en práctica de la invención patentada a relativos a un elemento esencial de la misma a personas no habilitadas para explotarla, cuando el tercero sabe o las circunstancias hacen evidente que tales medios son aptos para la puesta en práctica de la invención y

bien, afirmando la posibilidad de represión de estos sistemas por el derecho de autor, debemos responder qué vulneración de derechos debe atribuírseles. Como se ha señalado, dos son los derechos exclusivos que están en cuestión: El derecho de reproducción y el derecho de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición. No parece convincente atribuir a estos sistemas de intercambio la realización de actos de reproducción. Los sistemas P2P no reproducen nada, única y exclusivamente son los usuarios quienes reproducen.⁴⁹ No obstante, los sistemas de intercambio P2P sí realizan actos de comunicación pública teniendo en és-

están destinados a ella". A mi juicio, adoptar esta vía en el ámbito de los sistemas P2P no sería la opción más adecuada. Debemos pensar que, en el ámbito de la propiedad industrial, y tomando de ejemplo la figura de las patentes, la protección preventiva de esta figura en nada afecta a los fundamentos que justifican su concesión (el beneficio social de la invención, la inversión económica en desarrollo tecnológico, etc.), esto es, el interés público no se ve lesionado. Además, el supuesto previsto en el art. 51 de la Ley de Patentes sólo puede tener una utilización ilícita. En el ámbito de la propiedad intelectual, la situación es radicalmente diferente. En primer lugar, los sistemas P2P pueden tener un uso lícito; de hecho, gran parte de los contenidos intercambiados no están protegidos por el derecho de autor o, bien, gozan de la autorización de los titulares de sus derechos exclusivos. Ello es así a pesar de que, de forma irreal, exista en algún sector de la doctrina norteamericana la idea de que la finalidad exclusiva de los sistemas P2P es la vulneración de los derechos de autor. (V. Jacover, A. "I Want My MP3! Creating a Legal and Practical Scheme to Combat Copyright Infringement on Peer-to-Peer Internet Applications" 90 Geo. L.J. 2207. Junio 2002.) En segundo lugar, la protección preventiva que llevaría a la prohibición de los sistemas P2P, al contrario que lo que ocurre en el ámbito de la propiedad industrial, sí puede afectar al interés público y, muy concretamente, a derechos constitucionales protegidos tales como el derecho a la libertad de expresión o a la difusión de la cultura. Esta idea es la que subyace en las sentencias judiciales que se han producido como resultado de demandas interpuestas contra los titulares de estos sistemas de intercambio. Así, se ha protegido el uso lícito de estos sistemas, declarando que la responsabilidad de los usos ilícitos no debe recaer sobre el titular del sistema sino sobre los particulares que los cometen. De no ser así, se añade, los derechos de difusión de la cultura y, en último término, la libertad de expresión pueden verse dañados. V. Sentencia, de 28 de marzo de 2002, de la Corte de Apelación (Gerechtshof) de Amsterdam. Caso Kazaa v. Buma/Stemra. (Doc. N.º. 1370/01SKG). Esta sentencia, favorable al sistema de intercambio Kazaa, fue confirmada por el Tribunal Supremo Holandés a finales del año 2003. En este sentido, V. GUIBAULT, L. "Netherlands: Peer to Peer Sharing and the Kazaa Case". CRI. 2002-2003. pp. 89-90.

tos un comportamiento activo. El usuario guarda los archivos en el disco duro de su ordenador, pero el sistema P2P es capaz de detectarlos, crear los enlaces y facilitarlos a los demás usuarios para hacerlos accesibles a éstos. No parece, por tanto, que, debido a su conducta activa, pueda negarse la vulneración por parte de dichos sistemas del derecho de comunicación pública ex artículo 20 TRLPI. En el único proceso en derecho comparado en el que estas cuestiones han sido valoradas, el conocido y ya citado proceso *Napster*, la jurisprudencia norteamericana optó por una vía muy similar en la que se reconocía expresamente la vulneración del derecho de comunicación pública. Así, al amparo de la teoría de la "*contributory infringement*", se declaró que el titular del sistema de intercambio P2P debía responder por la vulneración de los derechos de los titulares cuando, teniendo o habiendo podido tener conocimiento de una infracción de los derechos de autor, éste haya participado de forma activa en ésta, ya sea induciendo a ello o ya colaborando en su producción material. Con buen criterio, las infracciones deben referirse a la transgresión material del derecho, que, en el caso que nos ocupa, se produce de lleno con la vulneración del derecho de comunicación pública, pues en su vulneración el sistema P2P desempeña una conducta activa. Por ello, parece conveniente dejar de lado el derecho de reproducción, sin entrar a valorar si estos sistemas inducen o no a su vulneración, pues poco interés tiene entrar a valorar cuestiones de caracteres volitivos o psicológicos. Los que reproducen, insistimos, son los usuarios, no los sistemas de intercambio P2P.

49 Pérez de Ontiveros Baquero, C. "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual". Bercovitz, R (Coord.) 1997. Tecnos. p. 604; González de Alaiza Cardona, J. J. óp. cit. p. 67.

De esta manera, nos encontramos ante el siguiente escenario: De un lado, las partes vulneran el derecho de reproducción y el de comunicación pública y, de otro, el titular de los sistemas P2P, sólo el segundo de los derechos citados. Al contrastar la realidad jurídica con la realidad social, y la consiguiente búsqueda de soluciones que atañe a los juristas, es difícil dibujar un escenario más dramático para el derecho de autor. El diagnóstico de la vulneración de estos dos derechos exclusivos, si bien puede aclarar la realidad, apenas soluciona nada. La conducta represora habitual, una vez detectados los comportamientos antijurídicos, carece en estos supuestos de utilidad alguna. El nuevo diseño tecnológico de los sistemas de intercambio P2P, a diferencia de lo que sucedía en el diseño de Napster, no posee un servidor central donde converjan todos los usuarios. Los programadores aprendieron de la experiencia Napster y desarrollaron un sistema -red en la que el ordenador de cada usuario se configura como un servidor que proporciona y recibe información- posibilitando así la localización de los archivos. De esta manera, es posible paralizar un conjunto de ordenadores, pero es técnicamente imposible paralizar el conjunto del sistema P2P. Siendo imposible esta opción, la segunda posibilidad que se plantea es actuar contra los responsables de su creación. En numerosas ocasiones, éste será un intento infructuoso. De este modo, muchas veces, la identificación de sus creadores es imposible, pues los sistemas han sido desarrollados en acciones de código abierto en el que cientos de programadores han colaborado y mejorado el programa de forma anónima. Es cierto que existen sistemas de in-

tercambio cuyos autores son conocidos, pudiendo accionar legalmente contra ellos⁵⁰, pero aquí, ciertamente, no radica la solución al problema de la industria. Otros sistemas, incluso aquellos cuyos responsables sean identificados, seguirán efectuando intercambios con el consiguiente perjuicio patrimonial a la industria pues, al no existir un servidor central, su desactivación no es posible.

Ante esta situación, es imprescindible que el derecho de autor encuentre una salida a la controversia. La realidad a afrontar puede resumirse en el siguiente párrafo: Si no existen medidas tecnológicas adecuadas que garanticen el respeto de los derechos exclusivos, es imprescindible permanecer en el ámbito de la copia privada, aceptándolo como un mal menor.

Cierto es que, a nivel teórico, la copia privada no debería reconocerse en los sistemas de intercambio P2P por las razones ya expuestas. No obstante, la realidad nos muestra que los ficheros continúan intercambiándose y las medidas tecnológicas seguras y fiables no llegan a aparecer. Si no reconocemos la copia privada, como no existen medidas tecnológicas fiables y seguras que den a los titulares el control sobre sus obras, éstos no sólo no estarán en disposición de recibir el canon compensatorio sino que, además, tampoco podrán evitar la vulneración de los derechos exclusivos. La situación, en definitiva, no podría ser peor.

50 Este es el caso del popular sistema Kazaa (www.kazaa.com), perteneciente a la empresa norteamericana *Sharman Network* y cuya identidad así como la de sus directivos es accesible en su página web. www.kazaa.com/us/about/index.htm.

De esta manera, la solución debe encaminarse por la vía de la copia privada sometiendo a todos los deudores, en un sentido amplio, ex artículo 25 TRLPI, a un canon compensatorio. Por esto, la obligación del pago del canon sobre “los equipos, aparatos y materiales que permitan alguna de las modalidades de reproducción [...]” debe interpretarse en sentido amplio, es decir, en una cuantía que equilibre, por un parte, los intereses de los autores y, por otra, los de los fabricantes tanto de “*hardware*” como de “*software*”; un equilibrio que no debe conllevar una elevada subida de los productos informáticos que podría constituir un freno para el desarrollo de la sociedad de la información. Imponiendo el canon compensatorio a toda la industria tecnológica, el equilibrio sería posible. Con todo, sólo con el hecho de imaginar este escenario se vislumbran, entre los grupos de interés, unas luchas internas, que, sin embargo, siempre que no se prolonguen en el tiempo y colapsen el sistema, no tienen por qué ser necesariamente negativas.

En este escenario es donde, una vez más, volvemos a necesitar un regulación normativa que facilite el entramado organizativo, con una Comisión de Propiedad Intelectual, que incentive la toma de estos acuerdos. De no ser adoptados, sería esta Comisión quien decidiera. En este escenario, que esperamos se haga realidad en futuro no muy lejano, las entidades de gestión de los derechos deberán pactar con el resto de los grupos de interés el importe del canon así como la modalidad del pago, entre otros aspectos. De no producirse dicho acuerdo, será un órgano administrativo, la Comisión de Propiedad

Intelectual, quién deberá imponer a las partes el canon, una imposición que es previsible que suceda⁵¹.

Con la aceptación forzada de la copia privada en estos sistemas, superamos la legalidad de los actos de reproducción cometidos por los usuarios. Desafortunadamente, la problemática de los derechos exclusivos no ha finalizado aún, pues, recordemos, los usuarios en estos entornos no sólo reproducen sino que comunican públicamente. Y he aquí un problema de grave superación, pues con la ley actual, no parece que exista posibilidad alguna para superar este derecho exclusivo. La intervención legislativa, por tanto, parece ser la única salida para obtener la licitud de los actos de comunicación pública en los sistemas P2P, una vez que en éstos el sistema de copia privada ya examinado haya sido implantado, pues en ambos derechos, tanto en el de reproducción como en el de la comunicación pública, poco sentido tiene el prohibir algo que no se puede controlar⁵².

Con todo, cabe señalar que, implantándose el modelo de copia privada en los sistemas P2P y superándose la dificultad de la licitud de los actos de comunicación pública llevada a cabo por sus usuarios con la correspondiente intervención legislativa, estaríamos ante una solución, al menos en lo teórico, de carácter temporal.

51 Esta idea era la dirección emprendida por el art. 161.2 del Borrador del Anteproyecto de reforma del TRLPI (noviembre, 2002) en el que se señalaba: “Si no se llegara a acuerdo alguno en el plazo de tres meses desde el inicio de la negociación o desde su propuesta, cualquiera de las partes podrá pedir la determinación de la remuneración a la Comisión de Propiedad Intelectual, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2° del artículo 172 de esta ley”.

52 Casas Valles, R. óp. cit. (BIB 1993)29.

En el momento en el que la industria desarrolle las medidas tecnológicas oportunas que permitan a los autores un total control sobre sus obras⁵³, esta solución no sería aceptada, pues sería mucho más lucrativo renunciar al canon y pasar a un sistema de licencia de uso expreso e individualizado.

Desafortunadamente, el camino hacia el desarrollo de unas medidas tecnológicas efectivas y seguras se presume largo y difícil de recorrer, pero será, sobre todo, económicamente costoso para la industria. Ciertamente es que pasar al sistema de licencias y renunciar al canon es un fuerte aliciente para el desarrollo competitivo, pero tampoco es menos cierto que el juego de la creación de una medida tecnológica y el reto de su desactivación serán una realidad interminable que puede ser susceptible de provocar una relevante interrogante jurídica. Como hemos dicho, si existen medidas tecnológicas, no debe existir copia privada. De esta manera, el titular de unos derechos exclusivos que inserte medidas tecnológicas no debe tener derecho a la remuneración del canon. Pero, ¿qué sucede si poco tiempo después de su desarrollo e implantación en sus obras la medida tecnológica resulta violentada? La consecuencia natural, al comprobar su ineficiencia, es proceder a su retirada. No obstante, durante el periodo de su implantación, ¿tendrá derecho el titular de la medida tecnológica violada a beneficiarse del canon compensatorio de la copia privada? Dar una respuesta a esta interrogante no parece una cuestión sencilla. A mi juicio, esta cuestión

debe ser examinada desde la perspectiva del origen de los derechos exclusivos. Como sabemos, éstos, en realidad, son derechos económicos, derechos patrimoniales que, anteriormente, se corporalizaban en unas obras que estaban protegidas tanto *de iure* como *de facto*, al no existir mecanismos tecnológicos que su posibilitaran su reproducción masiva. Con la desmaterialización de los soportes de las obras y la imposibilidad de su control, surge la copia privada y el derecho de remuneración. Pues bien, una obra dotada con una medida tecnológica que es violada poco después de ser desarrollada, realmente, jamás ha estado protegida. Sólo ha existido una protección aparente, no real, y, por tanto, entiendo que su titular debe ser compensado con el canon remuneratorio⁵⁴. Pero, además, existe otra razón de carácter económico que se vincula con la propia esencia de los derechos patrimoniales del derecho de autor. La violación de la medida tecnológica supone también un quebranto económico para quien la ha desarrollado. De esta manera, de no producirse la remuneración por medio del canon compensatorio, el desarrollador que ha implantado las medidas tecnológicas en sus obras sufriría un doble perjuicio: Perdería la inversión destinada al desarrollo de la medida tecnológica y dejaría

53 Esteve Pardo, A. "Congreso ALAI sobre los límites al derecho de autor en el nuevo entorno digital". ADI. 1998. pp. 1229-1236.

54 Partimos siempre del supuesto de una vulneración de la medida tecnológica en un corto espacio de tiempo. Si el espacio de tiempo es más prolongado y, por supuesto, suficiente para que se produzca un desarrollo tecnológico que haga posible la vulneración de la medida tecnológica, la realidad difiere sustancialmente. En ese supuesto, el desarrollador de la medida tecnológica deberá reconocer su ineficiencia y, o bien sustituir la medida tecnológica por otra más eficaz o bien volver al sistema de la copia privada. No obstante, en este caso no parece razonable que, durante el tiempo relevante en el que la medida fue efectiva, se le abone el canon remuneratorio pues constituiría un acto de enriquecimiento injusto. Mientras la medida fue efectiva, el sistema de licencias también fue efectivo, obteniendo la satisfacción económica real que el mercado estaba dispuesto a satisfacer.

de ingresar el canon compensatorio por la vulneración de sus derechos exclusivos.

El dilema a dilucidar a continuación es, básicamente, si esto supondría un freno para el desarrollo de las medidas tecnológicas o si, por el contrario, el volumen de lucro potencial existente en la diferencia entre la cuantía percibida por el canon compensatorio y la susceptible de percepción por medio del sistema de licencias, fruto de la obtención de estas medidas, es suficiente para incentivar su desarrollo. Es ésta una cuestión que, únicamente, el mercado puede resolver. A mi juicio, siendo la prioridad absoluta el desarrollo de medidas tecnológicas, parece razonable remunerar a los titulares que dotaran a sus obras de estas medidas y que poco tiempo después fueran violadas o que, habiendo sido violadas pasado un tiempo significativo, anunciaran la vulnerabilidad de su medida, momento a partir del cual volverían a ser remunerados por medio del canon. En definitiva, la remuneración por medio del canon sería efectiva siempre que, habiendo puesto el titular las obras a disposición del público sin posibilidad de controlar su uso o únicamente aparentándolo con medidas tecnológicas que se revelaran ineficaces, éste hubiese sufrido un daño económico que debiera ser compensado.

III. CONCLUSIONES

Desde una perspectiva jurídica, los enlaces en Internet son susceptibles de generar controversias en el ámbito del derecho de autor y, simplemente, no parece aceptable la llamada cultura del *free linking* en un entorno de respeto al de-

recho de autor. Así, las creaciones intelectuales subidas a la red no están libres de derechos de autor. Quien sube (*upload*) creaciones intelectuales a la red de la que es titular está ejercitando sus derechos de autor –generalmente de manera gratuita– pero eso no significa que otros puedan hacerlo. En los supuestos en los que enlazar implique vulneración de derechos –como puede ocurrir en el caso de los enlaces profundos (*deep links*) o en el de los ensamblados (*Inlining*)– el titular de esos derechos podrá ejercitar las acciones legales oportunas para evitar la vulneración de sus derechos exclusivos, tal y como hemos visto, ha ocurrido en diversas ocasiones en ordenamientos tan dispares como el norteamericano o el alemán.

Por ello, si bien los enlaces son un instrumento esencial de la *www*, no puede hablarse de una libertad de enlazar contenidos protegidos como si, el acto de enlazar, se configurara *per se* como una excepción propia a los derechos de autor cuando, tal y como hemos examinado, algunos tipos de enlaces son susceptibles de violar derechos exclusivos.

Con todo, en la actualidad, estos problemas pueden y deben ser prevenidos. Así, resultaría conveniente que los titulares de sitios web incluyeran en las condiciones o términos de su uso, una política de enlaces en las que, autorizaran o prohibieran expresamente, aquellos tipos de enlaces que, como hemos visto, son susceptibles de generar una vulneración de sus derechos exclusivos.

No obstante, es evidente que las normas de derechos de autor no fueron creadas pensando

en los problemas que las nuevas tecnologías y en concreto, la redes telemáticas, plantean. Por ello es imprescindible que los países, tal como ha hecho con la normativa comunitaria la Unión Europea –y muchos de sus estados miembros con sus respectivas normas nacionales– o EEUU, adapten estas normas a la problemática que se plantea. Esta realidad es especialmente importante en Latinoamérica donde, generalmente, esta adaptación no se ha producido o se ha hecho de manera muy deficiente. En el caso colombiano, esta regulación aunque existente, no da respuesta a los problemas jurídicos de manera eficaz. A título de ejemplo, problemas

en materia de enlaces tales como la responsabilidad de los buscadores en Internet o en derechos de autor como la figura del *routing* –la mera reproducción técnica a efectos de transmisión en una red de una obra protegida– son cuestiones que no tienen una solución normativa⁵⁵. Y ello es así, a pesar de la reiterada petición de una intervención legislativa que adapte el derecho de autor al entorno virtual, esta realidad no se ha producido⁵⁶. Esperemos que en Latinoamérica en general, y en Colombia en particular, una regulación apropiada no tarde mucho tiempo en producirse.

55 Para un examen detallado de esta cuestión en el derecho español V. Ortega Díaz, J.F. “Los enlaces en Internet. Propiedad intelectual e industrial y Responsabilidad de los Prestadores” Thomsom Aranzadi. Pamplona. 2006.)

56 Pabón Cadavid, J. A. “Hipertexto, Links y derecho de autor”. El Derecho de Autor. Estudios. núm. 11. Junio 2006. Cecolda. Bogotá. pp. 31-44.