

PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET: EL DERECHO A ESTABLECER ENLACES EN LA W.W.W.

Por Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ
Becario del Programa F.P.I. de la C.A.M.
Universidad Autónoma de Madrid
ignacio.garrote@uam.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. CLASES DE ENLACES. 1. LOS ENLACES HREF. 2. MARCOS; III. LOS PROBLEMAS DE CREAR ENLACES A LA LUZ DEL DERECHO DE AUTOR EN ESTADOS UNIDOS. 1. ENLACES HREF. a) *Enlaces normales*. b) *Enlaces ensamblados*. 2. MARCOS; IV. POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS PARA EL PROBLEMA DE LA CREACIÓN DE ENLACES EN LA WORLD WIDE WEB. 1. ENLACES HREF. a) *Enlaces normales*. i) *Licencia implícita*. ii) *Uso lícito (fair use)*. iii) *La Digital Millenium Copyright Act*. iv) *La Propuesta de Directiva sobre Derecho de Autor en la Sociedad de la Información y el caso español*. b) *Enlaces ensamblados*. 2. MARCOS; V. EL FUTURO DE LOS ENLACES EN INTERNET.

I. INTRODUCCIÓN

La *World Wide Web*¹ (o simplemente la Red²), la aplicación más conocida de Internet,³ tuvo su eclosión tras la invención por parte de Tim BERNERS-LEE en 1989⁴ de un método para conectar los documentos que se publican en la Red que se caracteriza por ser sencillo, dinámico y comprensible para el usuario⁵. Como modelo de funcionamiento de redes digitales, Internet se caracteriza porque puede compartir diferentes tipos de recursos, y además, como cada ordenador es independiente, la aparición o desaparición de alguno de ellos no afecta en absoluto al conjunto de la red⁶. De esta manera, la red Internet se configura como un procedimiento normalizado de intercambio de información

¹ «Telaraña mundial». El autor agradece al Profesor Dr. D. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, al Profesor Dr. D. Rafael Sánchez Arísti y al Profesor Dr. D. Germán Bercovitz Álvarez, su ayuda para la realización de este artículo así como sus comentarios a las versiones previas del mismo.

² Cuando no se indique lo contrario, las traducciones son exclusivamente del autor, que asume cualquier error o imperfección que haya en las mismas.

³ Internet es la evolución del proyecto ARPANET del Pentágono de finales de los años sesenta. En realidad, es una red de redes, y permite a los ordenadores conectarse de una manera descentralizada, evitando de esta manera el riesgo de que un ordenador central sea destruido o pirateado. Vid. O'ROURKE, M., *Fencing cyberspace: drawing borders in a virtual world*, *Minnesota Law Review*, núm. 82, 1998, pg. 631.

⁴ Vid. BEAL, K., *The potential liability of linking on the Internet: an examination of possible legal solutions*, *Brigham Young University Law Review*, 1998 pg. 704.

⁵ Vid. STUCKEY, K., *Internet and online law*, Law Journal Seminars-Press ed., Nueva York, 1998, pg. 6-57.

⁶ COBO, P., *Internet: introducción*, documento utilizado en las aulas de informática de la Universidad Autónoma de Madrid, no publicado.

electrónica, a través del protocolo TCP/IP⁷, que es la clave para que todos los ordenadores usen el mismo «idioma» de comunicación entre ellos. Cuando se transmite cualquier tipo de información por la «red de redes» no se hace de una sola vez, sino que se divide en pequeños paquetes. Estos paquetes tienen un orden de salida determinado, y para alcanzar otro ordenador en algún punto de la Red tienen que pasar por muchas otras máquinas, llamadas *routers*, que están especialmente preparadas para ordenar y dirigir la información. Durante estos tránsitos intermedios pueden crearse cientos de copias de la información. Cuando ésta llega al ordenador de destino es compuesta de nuevo, permitiendo que sea comprensible para los seres humanos.

Aparte de la W.W.W., en Internet existen otras aplicaciones como son el correo electrónico; el protocolo FTP⁸, que permite la transferencia de archivos entre ordenadores localizados en sitios distantes; el servicio de *Gopher* (el antepasado de la W.W.W.) y los grupos de noticias. La característica especial de la W.W.W. es que contiene información. Los usuarios crean documentos en un lenguaje de programación especial⁹ que permite «publicar» las denominadas páginas *web* en la Red. Cuando una página es puesta en este escaparate virtual, todos los demás usuarios de Internet que posean un programa denominado «navegador»,¹⁰ que permite visualizar y almacenar los documentos, pueden acceder a él tecleando su URL¹¹ en un espacio o «barra de direcciones» que estos programas poseen a tal efecto. Cada documento tiene una URL única, de modo que es fácilmente localizable por los navegadores. Los denominados enlaces (*links*, en inglés) fueron concebidos originariamente para permitir a los investigadores localizar documentos en redes complejas de una manera más eficaz. Los enlaces son una poderosa herramienta para el funcionamiento de Internet, y en realidad han sido la razón principal de su éxito entre los usuarios, convirtiendo la W.W.W. en un medio para la libre distribución de información. Cuando el autor de una página *web*¹²(*webmaster*¹³) publica

⁷ *Transmission Control Protocol/Internet Protocol*.

⁸ *Files Transfer Protocol*. En servidores de universidades y empresas es posible encontrar archivos para ser copiados por esta vía. Los programas que se pueden conseguir no son de carácter comercial.

⁹ Lenguaje HTML, o *Hipertext Markup Language*. En la actualidad se están introduciendo nuevos lenguajes, como el denominado XML (*Extended Markup Language*) o el SMIL (*Synchronized Multimedia Integration Language*), que permiten solucionar algunas de las actuales deficiencias de la Red, en especial con la transmisión de aplicaciones multimedia.

¹⁰ Los más conocidos son *Internet Explorer* y *Netscape Navigator*, pero hay otros disponibles en el mercado, como el *Mosaic*.

¹¹ *Uniform Resource Locator*, la dirección que todos los documentos tienen en Internet. Tecleándola en la barra de direcciones el programa de ordenador que actúa como «navegador» nos lleva a la página en cuestión. Un ejemplo de URL es: <http://www.w3.org/DesignIssues/linkLaw.html>. Cuando cite estas URL pondré un símbolo (<) y otro (>) al principio y al final de la misma, para delimitarlas más claramente del texto contiguo, pero estos símbolos no forman parte de la dirección. Nótese el doble espacio que media entre los dos puntos y las barras verticales.

¹² Cada sitio *web* puede estar compuesto por una o más páginas *web*. En este trabajo se usan ambos conceptos de manera indistinta, salvo para el caso de los enlaces a páginas interiores, en los cuales es importante mantener esta distinción presente.

¹³ A lo largo del texto utilizaré esta palabra por ser la de uso más habitual entre los operadores en la realidad. «Webmaestro» es otra opción, que en mi opinión tiene el defecto de ser un barbarismo por que utilizar la palabra en su lengua original.

una de sus creaciones en la Red, en la inmensa mayoría de los casos incluye en ella enlaces, que son palabras, gráficos, fotografías o imágenes que si nos situamos encima de ellas con el ratón y presionamos el botón del mismo (activamos el enlace) nos dirigen automáticamente a otro sitio *web* de la red, con una nueva dirección. La importancia de los enlaces es que permiten ir de un documento a otro sin conocer su dirección exacta en la red, y sin tener que teclearla en la barra de direcciones. Con esto se evita el tener que apuntar y memorizar todas las direcciones que queremos visitar, dando una fluidez enorme a la búsqueda de materiales en redes digitales.

Hay algunas otras precisiones terminológicas que debemos tener en cuenta. En primer lugar, el *webmaster* es el creador del enlace, y puede actuar a título particular o por encargo de una empresa, pero no tiene necesariamente que activarlo él, sino que en la mayoría de los casos lo harán las personas que visitan la página por él creada. La página a la que se establece el enlace se denomina página enlazada (*linked site*), y al *webmaster* se le considera proveedor del enlace. El usuario es la persona que visita la página navegando por Internet, y realmente utiliza y se beneficia del enlace. Durante los primeros años de Internet, cuando investigadores y universitarios eran sus principales usuarios, su utilidad y necesidad nunca se pusieron en duda. Esto comenzó a cambiar cuando un número cada vez mayor de compañías empezó a vender productos y a proveer servicios utilizando el nuevo medio¹⁴. Algunos casos relevantes¹⁵, en su mayoría surgidos en los Estados Unidos, cuestionan en la actualidad la idea generalmente aceptada entre los usuarios de Internet de que establecer enlaces está permitido sin ninguna limitación. La doctrina norteamericana se ha planteado si es necesaria una autorización previa cuando están involucrados intereses comerciales¹⁶, y si es posible acudir al derecho de autor para impedir y eliminar enlaces no deseados. El problema puede plantearse en términos similares en nuestro país y de ahí deriva la utilidad del análisis del derecho comparado en esta parcela. Las repercusiones prácticas de este aparentemente intrascendente asunto son grandes, ya que la necesidad de un permiso para enlazar, o la creación de un «derecho de enlace» supondrían un menor número de éstos, y una mayor dificultad para navegar por Internet, especialmente para los usuarios menos duchos. Para algunas empresas, los enlaces son en realidad la base de su negocio, y el coste transaccional de gestionar los permisos puede ser enorme, incluso contando con *software* apropiado. Todo ello po-

¹⁴ El propio Tim BERNERS-LEE ha mostrado su preocupación recientemente, señalando que ha habido algunas «extrañas opiniones» recientemente que podrían dañar seriamente la *Web*, en: *The implications of links-Axioms of web architecture*, disponible en <<http://www.w3.org/DesignIssues/linkLaw.html>> (última visita el 19/10/1998).

¹⁵ *Vid.* *Shetland Times, Ltd. v. Jonathan Wills and Zetnews Ltd.*, Court of Session, Edinburgh (24 Oct. de 1996) y *TicketMaster, Inc. v. Microsoft Corp.*, Ca No 97-3055 DDP (C.D. CA 1997). Más recientemente, el fotógrafo Gary Bernstein demandó a Penney Inc., porque el sitio *web* de dicha compañía era uno de los tres enlaces que conducía a una reproducción no autorizada de una de sus fotografías de Elizabeth Taylor, *Vid.*, *Suit Claims Web linking a Violation*, disponible en <<http://www.abcnews.com/sections/tech/DaylyNews/websuit98092.html>> (última visita el 21/9/1998).

¹⁶ *Vid.* JACKSON, M., *Linking copyright to home pages*, *Federal Communications Law Journal*, núm. 49, 1997, pg. 733.

dría redundar en una mayor dificultad para el tráfico de información y servicios por Internet, con sus correspondientes ramificaciones en el desarrollo de la llamada Sociedad de la Información.

La posibilidad de establecer o denegar el establecimiento de enlaces en páginas *web* involucra tanto al derecho de autor como al derecho de marcas, al derecho de competencia desleal, y a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En este artículo me ocuparé sólo de los problemas que la creación de un enlace presenta desde el punto de vista del derecho de autor¹⁷, partiendo de la base de que estamos hablando de los casos en los cuales las páginas *web* enlazadas están protegidas como una creación intelectual de su *webmaster*. Como principio metodológico, no voy a ocuparme de los problemas de ley aplicable, que son complejos en el ámbito en el que nos movemos, sino sólo del régimen jurídico concreto en cada ordenamiento¹⁸. El estudio jurídico se ha centrado en el Derecho de los Estados Unidos, que es donde existe una mayor preocupación doctrinal por este problema. Sin embargo, he introducido cuando me ha sido posible por existir equivalencias, menciones al Derecho Comunitario¹⁹ y al ordenamiento español como meros comentarios al hilo de la discusión principal²⁰. Tras un primer epígrafe de aclaraciones conceptuales acerca de los tipos de enlaces, necesarias debido al maremagno de términos y anglicismos que debemos manejar, se analizarán los problemas que los enlaces plantean desde el punto de vista del derecho de autor, a través del estudio de casos relevantes surgidos en el derecho comparado. Posteriormente se ensayarán una serie de posibles soluciones, legales o jurisprudenciales, que podrían darse a estos problemas desde el derecho de autor, para acabar con algunas reflexiones finales sobre el emergente derecho en Internet, también llamado «Derecho del ciberespacio», que tanta atención está suscitando en nuestro país y entre los juristas de nuestro entorno.

II. CLASES DE ENLACES

Uno de los principales problemas que se nos presentan cuando analizamos el derecho a establecer enlaces es la confusión de categorías. Prácticamente cada autor maneja su propia definición y clasificación. Como colofón a este panorama confuso se halla el proceso conocido como «enmarcado» (*framing*). Trataré el asunto tomando en consideración las diversas clasificaciones sur-

¹⁷ Para una discusión de los problemas que plantea al derecho de marcas la *World Wide Web*, Vid. KUESTER, J. y NIEVES, P., Hyperlinks, frames and meta-tags: an intellectual property analysis, *IDEA: Journal of Law and Technology*, núm. 38, 1998, pgs. 247-252.

¹⁸ Para consultar algunos de los problemas jurídicos planteados por las cuestiones de ley aplicable, véase, SCHONNING, P., Applicable law in transfrontier on-line transmissions, *R.I.D.A.*, núm. 170, 1996, pgs. 21 a 53.

¹⁹ En concreto a la Propuesta de Directiva de armonización sobre determinados aspectos del derecho de autor y derecho afines en la Sociedad de la Información, en adelante Propuesta de Directiva sobre Derecho de Autor.

²⁰ El autor no tiene noticia, hasta la fecha, de ningún caso resuelto por ningún juez o tribunal español en el que se viera implicado el derecho de enlace.

gidas en los Estados Unidos, y agrupando aquéllas que usan el mismo criterio para agrupar los enlaces, aunque difieran los nombres con los que se refirieran a ellos. La *summa divisio* es la que separa los enlaces HREF de los «marcos»²¹.

1. LOS ENLACES HREF

Los enlaces HREF²² simplemente ponen en contacto al usuario con una URL, y muestran el contenido de la página enlazada en la pantalla de su ordenador. Merece la pena subrayar que este proceso electrónico simplemente «trae» una imagen, texto, sonido, vídeo o una combinación de todos ellos desde la página *web* enlazada a la pantalla de la persona que activa el hipervínculo²³. La URL y la totalidad del contenido de la página enlazada se muestran en la pantalla del usuario, con lo que éste es consciente de que está visitando una nueva página *web*, distinta de aquélla en la que se encontraba el enlace. Este proceso es también conocido como «enlace directo»²⁴ (*direct link*), «enlace de página»²⁵ (*site link*), «hipervínculo»²⁶ (*hyperlink*) o «enlace de hipertexto»²⁷ (*hypertext link*).

A este respecto, es importante hacer notar que existen varios tipos de enlaces HREF, y aunque los autores no se ponen de acuerdo sobre si deben ser considerados como una categoría independiente o no, yo los voy a tratar como subcategorías de enlaces HREF, siguiendo la opinión de uno de los fundadores de la W.W.W.²⁸. En primer lugar nos encontramos el «enlace normal», en oposición al «enlace ensamblado». El enlace normal simplemente da instrucciones al navegador para traer otro documento de la red, que reemplaza al original en

²¹ Vid. O'ROURKE, M., *opus cit.*, pg. 631.

²² *Hypertext Reference Link*, esta es la denominación usada por O'ROURKE, M., *opus cit.*, pg. 631, y también ECHEROU, I., *Linking to trouble: legal liability emanating from hyperlinks on the world wide web*, NO. 2 *Journal Proprietary Rights*, núm.10, 1998, pg. 2, y JACKSON, M., *opus cit.*, pg. 737.

²³ O'ROURKE describe el proceso técnico como sigue: «Cuando un usuario hace clic en el sitio marcado como enlace, su máquina envía una petición al servidor en el que reside la página. Ese ordenador envía una copia al del usuario, donde será vista en pantalla y quizá grabada en un ordenador. El original sigue estando en el servidor del autor de la página enlazada.» Vid., O'ROURKE, M., *opus cit.*, pg. 631.

²⁴ Vid. KO, J., *Para-sites, the case for hyperlinking as a copyright infringement*, *Loyola of L.A. Entertainment Law Journal*, núm. 18, 1998, pg. 382 y también EFROSS, W., *Withdrawal of the reference: rights, rules, and remedies for unwelcomed web-linking*, *Southern California Law Review*, 1998, núm. 49, pg. 655.

²⁵ Vid. PHILIPS, D. y BLUMENFELD, E. *Seams in a Seamless web*, *Practising Law Institute, Patents, Copyrights, Trademarks an Literary Property Course Handbook Series*, núm. 1010, Sep. 1997, pg. 637.

²⁶ Vid. KUESTER, J. y NIEVES, P., *opus cit.*, pg. 246, y también FULTON, K., *Article: the use of disclaimers & the Internet's world wide web*, *Media Law & Policy*, núm. 6, 1997, pg. 3.

²⁷ Vid. BEAL, K., *opus cit.*, pg. 710 y también BALLON, I., *Linking, framing, an other hot topics in Internet law and litigation*, *Practising Law Institute, Patents, Copyrights, Trademarks an Literary Property Course Handbook Series.*, 1998, núm. 520, pg. 250.

²⁸ Vid. BERNERS-LEE, T., *opus cit.*, pg. 1.

la pantalla del usuario²⁹. A este tipo de enlaces también se les llama enlaces HREF en general, y son vistos por el usuario como una vía de conexión entre dos documentos³⁰.

Algunas de las características principales de los enlaces normales son:

- Habitualmente están resaltados o subrayados en azul o blanco, de manera que sea fácil identificarlos como enlaces y distinguirlos de otros elementos del sitio *web*.
- No crean una «copia extra de la página», aparte de la almacenada en la memoria RAM³¹ del ordenador del usuario, que permite al navegador visualizar las páginas *web*. El enlace HREF es simplemente un atajo, que hace posible evitar teclear la URL.
- Los enlaces HREF son formas de acceder más rápidamente a otros documentos que ya están disponibles en la red, y no tienen un sentido propio³².
- Pueden establecerse sin el conocimiento o el consentimiento del propietario de los derechos de autor sobre un sitio *web*³³. Es un proceso muy sencillo que puede realizarse automáticamente por los navegadores comerciales más comunes.

El enlace ensamblado, también llamado por otros «enlace en línea» (*Inline link*) o «enlace IMG-enlace de imagen»³⁴ (*IMG link* o *image link*) es un proceso electrónico que se activa automáticamente cuando la página *web* que lo contiene es cargada. Los creadores de páginas *web* (*webmasters*) usan este tipo de enlaces para «llamar» a una imagen gráfica, texto, vídeo o sonidos que en realidad son partes integrantes de otro sitio *web*, pero que aparecen en la pantalla como «ensamblados» o insertados en el sitio *web* donde reside el enlace IMG. Aunque el archivo «llamado» aparentemente está incluido en el primer sitio *web*, en realidad está almacenado en otra página, en otro lugar de la red, y probablemente su propiedad intelectual pertenece a una persona distinta a aquélla que establece el enlace ensamblado. Las partes remotas se incluyen por referencia³⁵, y sin que tenga que hacerse una copia local en el ordenador del creador del enlace, aparte de la ya mencionada RAM.

²⁹ Vid. ECHEROU, I., *opus cit.*, pg. 2.

³⁰ Vid. BERNERS-LEE, T., *opus cit.*, pg. 1.

³¹ RAM es el acrónimo de *Random Access Memory*, uno de los tipos de memoria que tienen los ordenadores. Cuando se visualiza una página *web*, el ordenador del usuario almacena una copia RAM de la misma en la memoria local.

³² Vid. BERNERS-LEE, T., *opus cit.*, pg. 1.

³³ Vid. JACKSON, M., *opus cit.*, pg. 738.

³⁴ Vid. BEAL, K., *opus cit.*, pg. 714

³⁵ Vid. BERNERS-LEE, T., *opus cit.*, pg. 2

2. MARCOS

En enero de 1996, la compañía Netscape Communications Corp. Introdujo en su navegador «Navigator 2» un comando en lenguaje HTML que permitía al usuario visualizar la pantalla dividida en varias ventanas más pequeñas o marcos³⁶. Cada ventana se ve en una parte separada de la pantalla, y funciona independientemente para mostrar una determinada página *web*. Esto permite al internauta maximizar las posibilidades de su ordenador cuando navega por la red, haciendo la tarea más eficiente³⁷. El usuario ve el contenido de una página *web* (que en muchos casos contiene obras susceptibles de ser protegidas por el derecho de autor) enmarcado por otra distinta de la original, con la URL de esta última escrita en la barra de direcciones. El enmarcado permite al creador de una página *web* original incorporar contenidos de otras páginas manteniendo su propia publicidad y logotipo en pantalla³⁸. El usuario puede aún contemplar entero el contenido de la página enmarcada moviendo la barra lateral de un lado a otro, pero su origen no es claro para él, ya que la URL del sitio enmarcado no aparece en la barra de direcciones.

II. LOS PROBLEMAS DE CREAR ENLACES A LA LUZ DEL DERECHO DE AUTOR EN ESTADOS UNIDOS

Para entender mejor los problemas que la creación de enlaces presentan voy a analizar con un mayor detenimiento cómo ha sido su tratamiento en los Estados Unidos, que es el país más avanzado en la actualidad en esta materia. Los problemas jurídicos allí planteados, y parcialmente solucionados, pueden servir de guía para construir una posible respuesta adaptada a nuestro ordenamiento. En este epígrafe me serviré de la distinción trazada entre los diferentes tipos de enlaces, a efectos de su análisis, ya que cada uno de ellos plantea también problemas diferentes.

1. ENLACES HREF

a) *Enlaces normales*

¿Cuál es el problema que plantean estos enlaces de desde el punto de vista del derecho de autor? A primera vista, ninguno de los derechos exclusivos del titular se ve involucrado cuando se crea un enlace desde una página *web* a otro documento ya publicado en la red por el propietario de los derechos exclusivos sobre el mismo. La creación del enlace normal no supone —es importante insistir en ello— una copia de la página enlazada (aparte de la copia RAM

³⁶ Vid. HARNICK, A., Framing, the Internet equivalent of pirating? *The New York Law Journal*, 4 y 11 de abril de 1997, disponible en <<http://W.W.W.ljx.com/Intenet/0411frame.html>> (última visita el 11/12/1998).

³⁷ Vid. KUESTER, J., y NIEVES, P., *opus cit.*, pg. 245

³⁸ Vid. BEAL, K., *opus cit.* pg. 716.

necesaria para visualizar cualquier documento en la pantalla de un ordenador), ni transmite el contenido del sitio *web* enlazado a la memoria del ordenador del usuario³⁹. En los Estados Unidos el derecho del *copyright* puede entrar en juego en este tipo de situaciones por la vía de las reproducciones temporales. Como ya hemos dicho, un enlace normal es simplemente una manera de acceder a la URL de un sitio *web* sin tener que teclearla completa. Basta activar el enlace para que el navegador nos muestre la página enlazada. Una URL es el equivalente electrónico a las direcciones⁴⁰ que aparecían en el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*⁴¹, y tienen el tratamiento de hechos no protegidos por el derecho norteamericano de *copyright*. Por ello, el creador de un enlace normal no puede pretender que dicho enlace se considere individualmente como una obra protegida por el *copyright*. Sin embargo, una página *web* que consistiera en una lista de enlaces podría ser considerada una colección (*compilation*) objeto de protección si la selección y presentación de los enlaces son lo suficientemente originales de acuerdo con la doctrina Feist que establece un estándar mínimo de originalidad.

La ley norteamericana de 1976 hace explícito que un aspecto importante de una reproducción es su durabilidad, al establecer, que una obra «queda fijada bajo una forma de expresión tangible cuanto el autor o el que ha sido autorizado a hacerlo(...) obtiene un resultado lo bastante estable o permanente como para permitirle percibirla, reproducirla o comunicarla en cualquier forma durante un espacio de tiempo que vaya más allá de un tiempo provisional». El problema fundamental en este punto es si una copia RAM es una «copia» en el sentido que a este término otorga la *Copyright Act* norteamericana, tras su reforma de 1994⁴². La respuesta fue afirmativa por parte de la Corte de Apelación del Noveno Circuito (*Ninth Circuit*) en el caso *MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*⁴³, en un caso sobre programas de ordenador. Según este razonamiento, el comportamiento de establecer un enlace, globalmente considerado, podría llevar a apreciar que ha habido una infracción del derecho de reproducción (*reproduction right*), al crearse una copia (temporal, pero copia) en el ordenador de la persona que activa un enlace a otra página. Si esto es así, el titular o cesionario del derecho de autor de la página enlazada podría impedir la creación de enlaces a su página, alegando que se está infringiendo su derecho exclusivo de reproducción.

Para entender el fondo de la cuestión debemos antes analizar de una manera muy resumida, el problema de las reproducciones temporales y copias RAM en las redes digitales en general⁴⁴, pues ello nos permitirá entender el contex-

³⁹ *Vid.* STUCKEY K., *opus cit.*, pg. 6-58.

⁴⁰ *Vid.* KO, J., *opus cit.*, pg. 381.

⁴¹ 449 U.S. 340, pg. 347, (1991)

⁴² *Vid.* GENDRAU, Y., *Le droit de reproduction et l'internet, R.I.D.A.* núm. 178, 1998, pg. 12.

⁴³ 991 F.2d , pgs. 518-519 (9th Cir.) (1993), *certionari* desestimado, 114 S. Ct. 671 (1994).

⁴⁴ Para una visión panorámica del derecho de reproducción en el contexto de Internet, véase GENDRAU, Y., *opus cit.*, pgs. 3 a 81.

to y las ramificaciones del problema que los enlaces normales plantean al derecho de autor⁴⁵. Si consideramos que una copia en la memoria RAM de un ordenador cae dentro del ámbito objetivo del derecho de reproducción (es una «copia» en sentido legal en términos del derecho norteamericano), es necesario el consentimiento del titular de dicho derecho para su realización, y por tanto para activar un enlace, visionar una página *web*, o crear una copia RAM de un programa de ordenador, que es donde se planteó por primera vez esta cuestión.

En la esfera internacional, la cuestión está todavía pendiente de resolverse. Aunque algunos autores entienden que las copias temporales están contempladas en el artículo 9 párrafo primero del Convenio de Berna⁴⁶, la falta de consenso entre la doctrina internacional en este punto es evidente, y por ello el Proyecto de Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor⁴⁷ contenía un artículo 7 que habría incluido las reproducciones temporales como actos sujetos a la autorización del propietario del derecho de reproducción, de haberse respetado el texto originalmente propuesto⁴⁸. Tras numerosos y tensos días de discusiones y presiones por parte de profesores universitarios, investigadores y compañías de telecomunicaciones, el propuesto artículo 7 fue votado y rechazado por los delegados de la Conferencia Diplomática, desapareciendo del texto final del Tratado⁴⁹. Sin embargo, en las últimas horas de la Conferencia, se votó una declaración interpretativa en relación con el alcance del artículo 1(4) del Tratado⁵⁰, estableciendo que: «[E]l derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna»⁵¹. El valor jurídico de dicha declaración concertada es incierto⁵², y parte de la doctrina tiene serias dudas acerca de que pueda ser la respuesta

⁴⁵ La comunidad de *webmasters* ha tomado mayoritariamente la postura de que establecer un enlace no significa crear una copia de la página *web* enlazada. Vid. GOMEZ F., *Washington Post v. Total News, Inc.*, *Berkeley Tech. Law Journal*, núm. 13, 1998, pg. 27.

⁴⁶ «Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma».

⁴⁷ Documento de la OMPI CRNR/DC/4: Propuesta básica de las disposiciones sustantivas del tratado sobre ciertas cuestiones relativa a la protección de las obras literarias y artísticas para la consideración por la Conferencia Diplomática, 30 Agosto de 1996.

⁴⁸ Vid. FICSOR, M., *Copyright for the digital era: The WIPO «Internet» treaties*, *Columbia-Villanova Journal of Law & Arts*, núm. 21, 1997, pg. 204. Ficsor se refiere a este proceso, de una manera irónica, como «Seven-up, seven-down».

⁴⁹ Vid. SHEINBLATT, J., *The WIPO copyright treaty*, *Berkeley Technology Law Journal*, núm. 13, 1998, pg. 541.

⁵⁰ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, adoptado por la Conferencia Diplomática en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996.

⁵¹ Documento de la OMPI CRNR/DC/96. Declaraciones concertadas relativas al tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, 23 de diciembre de 1996.

⁵² Vid. SHEINBLATT, J., *opus cit.*, pg. 541.

definitiva para este problema en la comunidad internacional⁵³. Estas declaraciones tienen un papel especial cuando se trata de interpretar preceptos ambiguos contenidos en los tratados internacionales, de acuerdo con la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, ya que nos encontramos ante un posible supuesto de interpretación auténtica. Sin embargo, durante la Conferencia de Ginebra algunos delegados opinaron que no satisfacía los requisitos para considerarla como un instrumento válido a la hora de interpretar el tratado⁵⁴.

En los Estados Unidos, el caso MAI, antes citado y *Religious Technology Center v. Netcom On-Line*⁵⁵ (caso Netcom II) parecen indicar que las copias temporales efectuadas en la memoria RAM son copias suficientemente fijadas en el sentido de la *Copyright Act* de 1976. El Libro Blanco⁵⁶ (*White Paper*) publicado por la Administración Clinton toma la misma postura con respecto a las copias temporales, debiendo por tanto estar sujetas al control y autorización por parte del propietario de los derechos patrimoniales sobre la obra así reproducida. Otros casos recientes, como *Marobie-FK, Inc v. National Association of Fire Equipment Distributors*⁵⁷, han seguido las sentencias de MAI y Netcom II, y ello permite decir que, al menos para la jurisprudencia, el establecer enlaces implica hacer «copias». En contra de esta línea jurisprudencial, la mayoría de la doctrina opina que las reproducciones temporales no deberían ser consideradas copias en sentido legal⁵⁸, pues ello otorgaría al propietario de los derechos de propiedad intelectual un control sin precedentes sobre la obra, existiendo un riesgo de que la libertad de expresión e información en el contexto digital pueda verse obstaculizada, en especial en situaciones monopolísticas o de oligopolio, en las cuales una empresa dominante puede ejercer un férreo control sobre el material distribuido por las redes digitales. Como argumento subsidiario se menciona que se alteraría además el equilibrio conseguido en la *Copyright Act*, por un mero proceso técnico, cual es el de las copias RAM, sin

⁵³ Vid. SAMUELSON,P., The U.S. digital agenda at WIPO, *Virginia Journal of International Law*, núm. 37, 1997, pg. 391.

⁵⁴ Vid. SAMUELSON,P., *opus cit.*, pg. 391.

⁵⁵ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc*, 907 F. Supp. 1361, (N.D.Cal 1995). Aunque en este caso el tribunal consideró que una reproducción que se mantuvo durante once días en un servidor es lo bastante duradera como para constituir una reproducción en sentido legal, se niega a admitir que las múltiples reproducciones que se efectúan cuando se transmite una obra por Internet hagan responsables de ellas a los proveedores de servicios en línea.

⁵⁶ Documento presentado por la Information Infrastructure Task Force, Working Group on Intellectual Property Rights (Bruce A. LEHMAN, Presidente), *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, pg. 65-66. (Sep. de 1995). Se señala que el derecho de reproducción también se halla involucrado cuando una obra se introduce en un ordenador mediante disquete, disco, CD-ROM u otra forma de almacenaje por algo más que un brevísimo periodo de tiempo, cuando se «escanean» obras impresas, cuando una obra es digitalizada y cuando un archivo digital es transmitido de un ordenador a otro a través de una red digital (según el resumen de LASTER, D., *Intellectual Property for the Internet*, Lewis C. Lee and Journal Scott Davison ed., Nueva York, 1997, pg.13).

⁵⁷ 983 F.Supp. 1167 (N.D. I11. 1997).

⁵⁸ Vid. HOREN T., *Long term solutions for copyright and multimedia products*, pg. 3, disponible en <<http://www2.echo.lu/legal/en/ipr/horen/hoerlic2.html>> (última visita el 10/8/1998).

que el legislador haya tomado una decisión explícita en ese sentido⁵⁹. De hecho, si llevamos la doctrina MAI al extremo, actos como la navegación por Internet son *prima facie* actos ilícitos desde el punto de vista del derecho de autor, que necesitan caer dentro de alguna excepción para tolerarse. Otro sector de la doctrina⁶⁰ y los grupos de propietarios de los derechos de autor están de acuerdo con lo sostenido por el tribunal en MAI, y son de la opinión de que los derechos de explotación patrimoniales son infringidos cuando se realiza una mera copia temporal o incidental⁶¹. En el derecho norteamericano, incluso si alguno de los derechos exclusivos entra en juego, hay que distinguir entre el «infractor directo» (*direct infringer*) y el «infractor subsidiario» (*contributory infringer*). En el escenario en el que estamos trabajando, el usuario que activa el enlace es el que realmente está haciendo la copia RAM, y por tanto él es el *direct infringer*. El creador del enlace, insertado en una página *web*, sería considerado *contributory infringer*. Naturalmente, puede darse el caso de que ambos papeles coincidan en una misma persona. La distinción tiene importantes consecuencias prácticas, ya que si el usuario que activa efectivamente el enlace no es considerado infractor (por ejemplo, porque no consideremos suficiente una copia RAM, o porque pueda acogerse a alguna excepción) el creador del sitio *web* en el que se halla situado el enlace no será considerado *contributory infringer*, ya que la existencia de éste depende de que exista la figura del *direct infringer*⁶².

En el ámbito de la Unión Europea, las copias temporales se han tenido en cuenta en la Propuesta de Directiva sobre Derecho de Autor en la Sociedad de la Información⁶³. En ella se reconoce que no existe uniformidad en lo que las legislaciones nacionales reconocen como actos de reproducción. Mientras algunos estados miembros utilizan una definición amplia de lo que es un acto de reproducción protegido, incluyendo las reproducciones de carga o descarga por teleproceso, otros se siguen centrando en la reproducción material.⁶⁴ La Comisión de la Unión Europea ha venido manteniendo de manera reiterada

⁵⁹ Vid. NIMMER, R., *Information Law*, Warren, Gorham and Lamont ed., 1997, pg. 4-29. Este autor señala que en el ciberespacio la mera lectura de una obra significa copiarla desde un punto de vista mecánico, señalando que la historia legislativa de la *Copyright Act* indica que la mera aparición de una obra en pantalla por un periodo de tiempo transitorio no implica una copia de la obra.

⁶⁰ Vid. STUCKEY, K., *opus cit.* pg. 6-58.

⁶¹ Vid. TROTTER HARDY, I., Computer RAM copies: a hit or a myth? Historical perspectives on caching as a microcosm of current copyrights concerns, *Dayton Law Review*, núm 32, 1997, pg. 428. TROTTER HARDY defiende que el concepto de copia en derecho norteamericano es relativo, y ha variado en la Historia. También Vid. KO, J., *opus cit.*, pg. 385 y ROSE, L., *Netlaw*, Osborne McGraw ed. 1995, pg. 86.

⁶² Vid. O'ROURKE, M., *opus cit.*, pg. 655.

⁶³ Bruselas, 12/10/1997, Com (97) 678 final, 97/0359. Mediante la Directiva se pretende, entre otros objetivos, trasponer las obligaciones contraídas por la UE como firmante del Tratado sobre Derecho de Autor de la OMPI. Recientemente, el 8 de febrero de 1999 las enmiendas presentadas en el Parlamento Europeo por el ponente, el eurodiputado socialista italiano Roberto Barzani, fueron votadas. El resultado fue su aprobación por una por aplastante mayoría (437 votos a favor, 47 en contra y 51 abstenciones). Entre otros asuntos importantes, se enmienda la Propuesta de la Comisión en materia de copia privada.

⁶⁴ Memoria de la propuesta, Bruselas, 12/10/1997, Com (97) 678 final, 97/0359, pg. 13.

una interpretación extensiva del artículo 9, párrafo 1.º del Convenio de Berna, en el sentido de que todo acto de reproducción, en cualquier forma o manera, directa o indirectamente, debe considerarse sujeto al permiso del titular del derecho de reproducción⁶⁵. En la Memoria que acompaña la propuesta se aclara explícitamente que las copias temporales invisibles en la memoria de trabajo de un ordenador (copias RAM) deben quedar englobadas en la definición de acto de reproducción. La Propuesta de Directiva, consecuentemente, sostiene que las copias temporales deben estar cubiertas por el derecho de reproducción, como regla general⁶⁶, lo cual implica que el activar un enlace puede constituir una infracción del derecho de reproducción. Existe una excepción, obligatoria para todos los Estados Miembros, en el caso de las copias efímeras en el artículo 5 apartado 1. El legislador se refiere a la multitud de copias intermedias que se producen en los ordenadores que forman parte de la cadena de transmisión de la información por una red digital. En algunos casos, y dependiendo de la ruta seguida, pueden darse cientos de estas copias, sin significación económica alguna. La excepción aclara que actos como «navegar» por Internet no son considerados como actos de infracción de derechos. Como más adelante se verá, dicha excepción puede servir de apoyo para considerar la creación de enlaces normales como un acto permitido en la Directiva propuesta⁶⁷.

En el derecho español, el hecho de acceder a una obra en línea, por ejemplo mediante la activación de enlaces, sin una ulterior grabación en soporte magnético o papel puede involucrar diversos derechos patrimoniales; pero en el ámbito en el que nos movemos tan sólo vamos a considerar el juego del derecho de reproducción, a efectos puramente comparativos⁶⁸. Nuestra ley ha adoptado un concepto de reproducción amplio, en la línea del derecho de autor ale-

⁶⁵ DESURMONT afirma que las copias temporales deben sin duda considerarse sujetas al derecho de reproducción. Vid. DESURMONT, T., *Naturaleza jurídica de la transmisión digital, R.I.D.A.*, núm. 170, 1996, pag. 80. (Traducción de Martínez- Arretz).

⁶⁶ Vid. Art. 2.

⁶⁷ Esta es la interpretación de GENDRAU, que entiende que la intención de los redactores de la Directiva «Internet» es que los actos intermedios no se encuentren cubiertos por el derecho de autor. Vid. GENDRAU, Y., *opus cit.*, pg. 18.

⁶⁸ El derecho de distribución parece que no juega en el caso de los enlaces, ya que el concepto de distribución tradicionalmente se vincula a la existencia de copias materiales. Además, como señala ESTEVE, no parece que case bien en estos casos la aplicación de los conceptos de alquiler y préstamo por falta de un objeto tangible al que referirlos, vid, ESTEVE., M^a Asunción, *La obra multimedia en la legislación española*, Aranzadi, 1997, pg. 107. A este respecto es relevante señalar que también en el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI se limitan estos derechos a las copias físicas. Respecto del derecho de comunicación pública, el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI lo recoge en el artículo 8, y lo amplía a los supuestos de transmisiones interactivas a la carta en el contexto de Internet. En nuestro ordenamiento, la amplitud de la definición del artículo 20, párrafo primero del TRLPI, y, sobre todo, lo dispuesto en el artículo 20. 2.i) respecto al acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas en una base de datos (el subrayado es mío) hacen concluir a ESTEVE que el caso de transmisión digital de obras a través de redes es un acto de comunicación pública. Vid ESTEVE., M^a Asunción, *opus cit.*, pg. 115. También se pronuncia en este sentido DESURMONT, T., *Naturaleza jurídica de la transmisión digital, opus cit.*, pg. 56. Sin embargo, el Legal Advisory Board, grupo de expertos que asesora a la Comisión de la Unión Europea ya ha hecho notar que el mero navegar por Internet (por medio de enlaces, muy habitualmente) es un acto meramente privado, que queda fuera del control de los titulares de las obras.

mán⁶⁹. En nuestro país, hay acuerdo en la doctrina en que el hecho de digitalizar una obra que previamente existía en soporte analógico constituye un acto de reproducción que debe incluirse dentro del ámbito del derecho exclusivo del autor⁷⁰. También parece claro que el hecho de grabar una obra en el disquete o en el disco duro del ordenador es un acto de reproducción que exige el permiso del titular de la obra⁷¹. Nada se dice en cambio en nuestra ley de las reproducciones temporales en memoria RAM. Parece que la definición que hace el artículo 18 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual⁷² (TRLPI) del término reproducción, permite entender que una copia temporal es suficiente para permitir «la fijación de una la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias» (en nuestro caso la memoria RAM de un ordenador permite ambas actividades perfectamente). Comentando dicho artículo señala RIVERO que nuestra ley, siguiendo la estela de las leyes francesa y alemana, y a diferencia de la italiana, recoge un concepto amplio de reproducción, como fijación de la obra por cualquier procedimiento que permita su comunicación al público⁷³. El artículo 36, párrafo 3 del TRLPI se refiere a las llamadas «grabaciones efímeras» para permitir a las entidades de radiodifusión registrar por sus propios medios sus difusiones inalámbricas, al objeto de realizar, por una sola vez, la comunicación pública autorizada. *Sensu contrario*, parece que las demás grabaciones efímeras no están permitidas sin tener el permiso del titular o cesionario del derecho en cuestión. Con estos datos a la vista, podría afirmarse que, al menos *prima facie*, una copia RAM es, en nuestro derecho actual, un acto de reproducción. Con ello, el problema de la creación de enlaces se plantea en los mismos términos que los casos antes comentados de Estados Unidos y de la Unión Europea. El titular del derecho de reproducción podría evitar que se establecieran enlaces normales a sus páginas *web*, alegando que se está infringiendo su derecho de reproducción por la creación de una copia RAM de las mismas.

En la jurisprudencia comparada el caso no tiene, hasta la fecha, una solución definitiva. Sin embargo, ya existen algunos litigios en los que el objeto de la

Vid. *Scope of economic rights*, disponible en

<http://www.echo.lu/legal/en/ipr/reply/scope.html#HD_NM_2> (última visita el 2/3/1999).

⁶⁹ En Alemania no existe acuerdo en la doctrina sobre si las reproducciones temporales (*vorübergehende Kopien*) se encuentran dentro de el ámbito objetivo del § 16 de la UrhG. En contra de considerar las copias temporales como reproducciones se sitúa HOREN, T., GRUR, 1988, pg. 345, y a favor BECHTOLD, S., *Multimedia und das Urheberrecht*, disponible en <<http://www.jura.uni-tuebingen.de/~s-bes1/sem97/>> (última visita el 18/2/1999).

⁷⁰ Vid. BERCOVITZ, A., Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas; en el libro *El derecho de propiedad intelectual y nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, 1996, pg. 97. No es este el lugar adecuado para atacar el problema del alcance de la digitalización en los diferentes derechos patrimoniales exclusivos, cuestión que supera con mucho el objeto de este artículo. Baste señalar que actos como digitalizar una obra, almacenarla en una base de datos o grabarla en un disco duro o disquete son actos que necesitan el consentimiento del titular del derecho de reproducción.

⁷¹ Vid. ESTEVE, M^a. A., *opus cit.*, pg. 104.

⁷² Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOE n.º 97, de 22 de abril de 1996.

⁷³ Vid. RIVERO, F., Comentario al artículo 18, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ, R., Coordinador, Tecnos, 2ª ed, Madrid, 1997, pg. 315.

disputa era el establecimiento de enlaces normales.⁷⁴ En el caso escocés *Shetland Times v. Jonathan Wills y Zetnews*, el *Shetland News*, un periódico, publicó un sitio *web* que incluía los títulos de las noticias publicadas por su competidor, el *Shetland Times*. Activando los enlaces, los lectores tenían acceso al artículo entero, ya que eran dirigidos al sitio *web* del *Shetland Times*. Aunque normalmente los propietarios de los sitios *web* dan la bienvenida a tales prácticas, y están de acuerdo si se establecen enlaces a su páginas *web* (la exposición al público es lo más importante en la red) en el caso concreto el *Shetland Times* reclamó el *copyright* que de acuerdo a la ley escocesa poseía sobre los títulos de las noticias, alegando además que la práctica de su competidor podía confundir a los lectores, haciéndoles creer que los artículos eran parte del *News*, cuando en realidad lo eran del *Times*. El juez escocés, Lord Hamilton, otorgó un *interim interdic* basándose en una ley escocesa sobre transmisiones por cable, medida cautelar que suspendió temporalmente esta práctica. Finalmente, las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial, con lo con lo que el fondo del asunto no fue resuelto.

b) Enlaces ensamblados

Este tipo de enlaces tienen una función muy específica en la Red. Se usan para «traer» imágenes que están situadas en otra parte del sitio *web*, o en un sitio *web* perteneciente a otra persona. La imagen traída por el enlace ensamblado es percibida por el usuario como un todo con la página en la que está inserta, pero desde un punto de vista técnico, no se realiza ningún tipo de copia en el sitio *web* que establece el enlace⁷⁵. Sin embargo, y desde el punto de vista del *copyright* norteamericano, existen consideraciones especiales aplicables a este tipo de enlaces, ya que pueden consistir en imágenes u otro tipo de obras protegidas que son mostradas en un contexto diferente al previsto por el creador del sitio *web* de origen y como parte de una página *web* diferente. En este sentido, esta clase de enlaces está cercana a lo ilegal. Incluso si no se violase el derecho de reproducción (*reproduction right*), se estaría violando el derecho de exhibición pública⁷⁶ (*public display right*) al mostrar la imagen en un sitio «abierto al público»⁷⁷. El primer problema en este sentido se suscitó en 1996. Un aficionado de Dilbert, famoso personaje de dibujos animados, integró mediante un enlace ensamblado las tiras cómicas publicadas en las páginas *web* de United Media en su página personal, denominada «Página de un *fan* de Dilbert». United Media envió un requerimiento al creador del enlace, ya que no deseaba que las tiras cómicas se vieran en otro sitio *web* que no fuera el suyo, por temor a perder ingresos publicitarios o que el personaje fuera desfi-

⁷⁴ Otros casos similares, aunque algunos de ellos involucran principalmente al derecho de marcas y no son por tanto objeto de estudio aquí, están disponibles en <<http://www.jura.uni-tuebingen.de/~s-bes1/lcp.html#cases>> (última visita el 12/2/1999)

⁷⁵ Vid. ECHEROU, I., *opus cit.*, pg. 2.

⁷⁶ Vid. JACKSON, M., *opus cit.*, pg. 752.

⁷⁷ 17 U.S.C. 101 (1994).

gurado por los usuarios. El creador del enlace ensamblado lo retiró al recibir la notificación de la empresa⁷⁸.

En la Propuesta de Directiva sobre Derecho de Autor en la Sociedad de la Información y en el ordenamiento español, que como hemos visto tienen posturas coincidentes en este ámbito, el mismo razonamiento hecho sobre las copias RAM en el seno de la discusión sobre los enlaces normales es válido para los enlaces ensamblados, *respecto del usuario*. Por lo tanto, y con independencia de que los derechos morales del creador de la imagen puedan verse afectados, si se da el caso, la práctica de un enlace ensamblado supondría en principio un acto de reproducción desde el punto de vista el artículo 2 de la Propuesta de Directiva y el artículo 18 del TRLPI. Esto significa que los creadores de enlaces en línea, que habitualmente incluyen en ellos obras plásticas protegidas, necesitan el permiso de su titular o cesionario, lo que supone alterar la percepción que hasta este momento se tenía en la Red de dichos enlaces. En el siguiente epígrafe se verá si es posible que juegue alguno de los límites del derecho de autor para alcanzar una solución jurídica al problema así planteado.

2. MARCOS

En los Estados Unidos, el «enmarcado» claramente no implica el derecho de reproducción con respecto del proveedor del enlace, ya que ninguna parte del sitio enlazado es reproducida por dicho proveedor, debido al proceso técnico utilizado. El creador del enlace nunca copia el contenido de la página enlazada, y por tanto no podemos considerar que exista un *direct infringer*. Sin embargo, el usuario vuelve a crear una copia RAM en su ordenador cuando activa el enlace y puede argumentarse que se ha creado una obra derivada (*derivative work*), debido a que el proceso de enmarcado permite observar la obra original de una manera completamente distinta a como fue exhibida en la página *web* de origen.

Existen cuatro casos relevantes en este área. En *Mirage Editions, Inc, v. Alburquerque A.R.T. Co.*⁷⁹, el demandado fue encontrado responsable cuando revendió unas obras fotográficas, que previamente había comprado, montadas en unos marcos de su propiedad. Los autores del más importante tratado norteamericano⁸⁰ sobre derecho de autor han criticado *Mirage*, y en un caso con hechos similares, *Lee v. A.R.T.*⁸¹, la Corte de Apelación del Séptimo Circuito (*Seventh Circuit*) sostuvo que la compra y posterior reventa, montadas en marcos de cerámica, de unas postales, no constituía la creación de una obra derivada en el sentido de la *Copyright Act*. El Séptimo Circuito resalta en *Lee* que el test de *Mirage*

⁷⁸ Una completa descripción del caso, con gráficos y copia del requerimiento recibido se encuentra en la página *web* del desconsolado *fan* Dan Wallach disponible en <<http://www.cs.rice.edu/~dwallach/dilbert/>> (última visita el 13/2/1999).

⁷⁹ 856 F.2d 1341 (9th Cir.1988).

⁸⁰ Vid. NIMMER, M., y NIMMER, D., *Nimmer on Copyright*, pgs. 3-12 y 3-13.

⁸¹ 964 2d 965 (7th Cir.1992).

implica que cualquier alteración de la obra, aunque sea mínima, requiere el permiso de su autor, y de esta manera introduce, por la puerta de atrás, una versión extraordinariamente laxa (para los países de tradición jurídica anglosajona) del derecho moral de autor. Es importante en este momento recordar que la *Visual Artist Rights Act* norteamericana excluye de su ámbito de protección las «publicaciones electrónicas o similares», y sólo es aplicable a bienes tangibles con un número limitado de copias físicas, tales como cuadros, grabados, etc.⁸².

En *Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo, Inc.*⁸³, el Noveno Circuito mantuvo que las proyecciones en pantalla producidas por un dispositivo electrónico denominado Game Genie que alteraban la presentación en pantalla de los videojuegos Nintendo no constituían obras derivadas. En el reciente asunto *Micro Star v. Formgen Inc.*, el Noveno Circuito reitera que para que haya obra derivada ésta debe existir en una forma concreta y permanente⁸⁴. Con estos antecedentes a la vista, la cuestión de si el enmarcado vulnera los derechos de autor, y en concreto el derecho de transformación dista mucho de estar resuelta en los Estados Unidos existiendo posturas doctrinales divergentes.

El primer caso presentado ante los tribunales norteamericanos sobre la práctica del enmarcado tuvo en 1997 como demandantes a un grupo de medios de comunicación encabezados por The Washington Post. En el sitio *web* de Total News existían una serie de enlaces que permitían acceder a las páginas *web* de las más importantes medios de comunicación norteamericanos (la CNN, y el Washington Post entre otros), pero enmarcadas por la publicidad y el logotipo de Total News. Las empresas afectadas demandaron a Total News con argumentos de derecho de autor y de protección del derecho de marcas. Los demandantes alegaban la ilegalidad del uso de sus logotipos en los enlaces HREF, y el hecho de que sus sitios *web* estuvieran «enmarcados» con la publicidad de Total News, pues estimaban que en cada ocasión se estaba creando una obra derivada. El caso fue finalmente resuelto por un acuerdo extrajudicial, pero es claro en la actualidad, en el derecho norteamericano, que la práctica del enmarcado puede ser motivo para una demanda en sede de *Copyright law*. KUESTER señala que el hecho de que Total News continuara enmarcando los sitios *web* que pertenecían a empresas que no eran parte del acuerdo extrajudicial significa que Total News creía que no estaba haciendo nada ilegal o reprochable desde el punto de vista del derecho de autor. Más recientemente, en *Futurodontics, Inc. v. Applied Anagramics, Inc.*, la empresa Applied Anagramics presentaba en su sitio *web* la página de Futurodontics enmarcada. El juez de Distrito denegó un interdicto (*preliminary injunction*) que so-

⁸² *Vid.* 17 U.S.C.106A (b) (1994).

⁸³ 964 F 2d 965 (9th Cir. 1992).

⁸⁴ 154 F 3d 1107, pg. 1112 (9th Cir.1998). En este caso la empresa Micro Star copió una serie de archivos de Internet, creados y libremente ofrecidos a otros jugadores en la red por los usuarios del juego Duke Nukem 3D para añadir nuevos niveles al mismo. La empresa posteriormente copió esos archivos en un CD, y lo puso en el mercado. El Noveno Circuito señala, respecto al fondo del asunto, que los archivos estaban directamente tomados de la galería artística del juego original, con lo que es indudable que ha habido infracción del derecho de reproducción al imprimirlos en el soporte electromagnético del CD.

licitaba Futurodentics para detener provisionalmente esta práctica, con el argumento (citando Lewis Galoob) de que el demandante no había aportado una prueba suficiente que acreditara que el marco constituía una obra derivada.

En nuestro ordenamiento⁸⁵, la obra derivada o compuesta⁸⁶ aparece regulada, en cuanto a su objeto, en el artículo 11 del TRLPI, donde se nos presenta una lista abierta de supuestos que constituyen obras derivadas. R. BERCOVITZ señala que dentro de las obras derivadas predominan las que tienen una escasa aportación de originalidad, ya que basta que exista un cambio que incorpore un *quantum* original a la obra preexistente⁸⁷. Desde este punto de vista, podría considerarse que el enmarcado requiere el permiso del autor de la obra original (en nuestro caso el *webmaster*) o del correspondiente cesionario de los derechos de explotación. Por otra parte me parece que no es dudoso que el enmarcado puede suponer un atentado al derecho a la integridad de la obra protegida, consagrado en el artículo 14, apartado 4, del TRLPI (por ejemplo, en el caso de la página *web* dedicada a la devoción religiosa que es enmarcada con material pornográfico). Como señala P. CÁMARA, el criterio para delimitar cuáles son los intereses legítimos del autor es la afectación a la esencia de la obra⁸⁸. A este respecto, la lesión de la obra no tiene por qué suponer una alteración material de la misma, sino que basta que sea presentada en un contexto diferente que conlleve alterar su significado⁸⁹. Parece claro que, en el ejemplo antes citado, la esencia de la obra podría quedar sustancialmente afectada si otra persona visualizase el sitio *web* repleto de referencias sexuales explícitas.

III. POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS PARA EL PROBLEMA DE LA CREACIÓN DE ENLACES EN LA WORLD WIDE WEB

1. ENLACES HREF

a) Enlaces normales

En los Estados Unidos buena parte de la doctrina, en la línea del caso MAI, opina que las copias RAM caen dentro del ámbito del derecho de reproducción, sin que haya en la legislación norteamericana por el momento referen-

⁸⁵ Sólo se analiza en este epígrafe el derecho de transformación, ya que respecto del derecho de reproducción no hay ninguna especialidad que añadir a lo ya señalado previamente para el caso de los enlaces HREF.

⁸⁶ Rodrigo BERCOVITZ pone de manifiesto la inutilidad de diferenciar ambos conceptos, ya que el régimen jurídico para ambos es básicamente el mismo, siendo la obra compuesta un caso de obra derivada. BERCOVITZ, R., Comentario al artículo 11, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ, R., Coordinador; *opus. cit.*, pg. 197.

⁸⁷ Vid. BERCOVITZ, R., Comentario al artículo 11, en *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ, R., Coordinador; *opus. cit.*, pg. 199.

⁸⁸ Vid. CÁMARA, P., *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, editorial Comares, Granada, 1998, pg. 275.

⁸⁹ Vid. CÁMARA, P., *opus.cit.*, pg. 282

cias a las copias efímeras. Existe por tanto la necesidad de encontrar una excepción o limitación que posibilite la práctica de enlaces normales en Internet, tales como una licencia implícita o la cláusula general denominada uso lícito (*fair use*). Otros, como ya he dicho, opinan que no es necesario acudir a la vía de las excepciones, ya que sustraen todas las copias RAM del ámbito del derecho de autor. Esta postura quizá tenga su origen en el intento de evitar acudir al *fair use*, que es una doctrina flexible, pero también poco favorecedora de la seguridad jurídica, ya que los diversos Tribunales de Apelación no aplican el test contenido en la *Copyright Act* de una manera uniforme. Se quiere evitar que una cuestión tan vital para el desarrollo de Internet se ventile por la vía del *fair use*, que hace en la práctica impredecible saber qué conducta va a ser sancionada y cuál no, y por eso los esfuerzos teóricos se dirigen a excluir las copias temporales (o al menos las derivadas de los enlaces) del ámbito del derecho de reproducción. En la siguiente sección se tratará el estudio, a grandes rasgos, de las excepciones que una parte de la doctrina ha intentado hallar para admitir la creación libre de enlaces en Internet.

i) *Licencia implícita*

La cultura tradicional de la red, sus usos⁹⁰, permiten a los creadores de páginas *web* establecer enlaces de cualquier tipo desde sus páginas libremente, y sin tener que pedir permiso para hacerlo⁹¹. Con el auge de compañías que utilizan los sitios *web* como portales para la venta de bienes y la prestación de servicios, la situación ha cambiado radicalmente. Algunos consideran que el establecer un enlace es una invitación a copiar la página enlazada, o que el documento enlazado tiene algún tipo de relación con el que provee el enlace. Esto, en opinión de uno de los fundadores de la Red, es una seria confusión.⁹²

La teoría más extendida entre la doctrina norteamericana⁹³ es la de que el autor de un sitio *web* está en realidad dando una licencia implícita para establecer enlaces a su página por el mero hecho de publicar un documento en la Red⁹⁴. El autor sabe que Internet se navega mediante enlaces, que son de lejos el medio más habitual para acceder a un documento que se encuentra en la W.W.W.⁹⁵. Si existe una licencia para enlazar, el usuario no es *direct infringer*,

⁹⁰ La llamada entre los usuarios de la red *Netiquette*. Es un conjunto de pautas de comportamiento considerado cortés en Internet. Un ejemplo sería no enviar correo electrónico sin pedir previamente permiso, o tratar con el debido respeto a los interlocutores que participan en un *chat*. La *Netiquette* ha sido mayoritariamente respetada por los internautas, con las inevitables excepciones.

⁹¹ Vid. DELTA G., y MATSUURA, J., *Law of the Internet*, Aspen Law and Business ed., 1998, pg. 5-34.

⁹² Vid. BERNERS-LEE, T., *Links and Law*, disponible en <<http://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html>> (última visita el 19/10/1998).

⁹³ Vid. O'ROURKE, M., *opus cit.*, pg. 658.

⁹⁴ Vid. BEAL, K., *opus cit.*, pg. 708.

⁹⁵ Vid. QUICK R., «Framing» muddies Issue Of Content Ownership: Technology Lets Sites Alter Presentation of Others' Web Pages», *Wall St. Journal*, 30 enero 1997, pg. B8.

y el creador del enlace no puede ser *contributory infringer*. Sin embargo, esta solución no está exenta de objeciones, como paso seguidamente a exponer.

Primero, no está claro que la licencia implícita pueda jugar cuando el enlace se haga a una de las páginas internas del sitio *web* (enlace profundo o *deep linking*), rodeando de esta manera la página principal o «portal», con la consecuente pérdida de exposición publicitaria. Es razonable pensar que el autor de un sitio *web* otorga una licencia para verlo (la única razón para crear un sitio *web* es precisamente ésa, que sea visto por el público), pero de la manera y con la disposición interna que el creador del sitio lo diseñó. KO afirma que si un enlace normal realiza la conexión a otra página que no sea la página principal el proveedor del enlace ha excedido su licencia⁹⁶. En contra, O'ROURKE considera que la licencia implícita juega incluso cuando se crea un enlace a una página interior⁹⁷, ya que es común en la Red hacerlo, y el *webmaster* sabe esto cuando publica una página. De esta manera tiene que esperar y tolerar estos enlaces, y preverlos a la hora de diseñar el sitio en cuestión, por ejemplo mediante la inclusión de páginas dinámicas⁹⁸. En segundo lugar, el uso de contratos sobre enlaces (*web linking agreements*), que explícitamente disponen que es necesario el permiso del autor de una determinada página *web* para establecer un enlace, excluye el juego de la licencia implícita⁹⁹. Tales acuerdos son cada día más comunes, pero incluso sus defensores reconocen que la necesidad de un contrato para establecer un enlace normal parece ser contradictoria con la *ethos* de Internet. Los contratos sobre enlaces serían más adecuados para los enlaces ensamblados y especialmente para los marcos, como una medida de protección tomada por el operador comercial de un sitio *web* que desea tener la seguridad de que no va a encarar ninguna responsabilidad por derechos de autor respecto de los enlaces que su página contiene. En tercer lugar, algunos autores de páginas *web* han comenzado a denegar esta supuesta licencia implícita, mediante la inclusión de «condiciones de uso» (*terms of use*). Estas condiciones, sin embargo, a menudo están colocadas en lugares de difícil acceso, y pueden ser consideradas cláusulas «ocultas» (*inconspicuous*) o sorpresivas en términos de derecho norteamericano, siendo en tal caso ineficaces¹⁰⁰. En cuarto lugar, la doctrina de la licencia implícita es en derecho norteamericano una figura del derecho de obligaciones, esencialmente una doctrina de *estoppel* que juega entre partes, y esto no casa bien cuando hay partes sin relación previa alguna, jurídica o *de facto*, como ocurre frecuentemente en el *Copyright law*. Por último, obviamente, en el caso de materiales protegidos por el derecho de autor que hayan sido publicados en la Red sin el consentimiento del autor o cesionario de los derechos de explotación patrimoniales, está claro que la licencia implícita no funciona, ya que ésta se basa en la premisa de que el autor otorga su permiso para que sus obras sean accedidas por todos en Internet.

⁹⁶ Vid. KO, J., *opus cit.*, pg. 387.

⁹⁷ Vid. O'ROURKE, M., *opus cit.*, pg. 660.

⁹⁸ Las páginas dinámicas se muestran en pantalla de acuerdo a un orden predeterminado.

⁹⁹ Para una tener una visión panorámica de los acuerdos sobre enlaces en la W.W.W., Vid.: PHILLIPS, D., y BLUMENFELD, E., *opus cit.*, pgs. 631-659.

¹⁰⁰ Vid. EFFROSS, W., *opus cit.*, pg. 677.

ii) *Uso lícito (fair use)*

Esta excepción aparece como la más común en los casos en los que no es posible el juego de la licencia implícita, y se deben tener en cuenta los cuatro factores que la *Copyright Act* señala en su §107¹⁰¹, respecto siempre del usuario que accede al sitio *web* activando un enlace *HREF* normal. Dichos factores son, de manera muy resumida, en primer lugar, el carácter del uso de la obra, considerando especialmente si es comercial o con propósitos educativos; en segundo lugar, la naturaleza de la obra protegida, siendo más difícil apreciar uso lícito cuanto mayor dosis de ficción contenga; el tercer factor es la cantidad de obra copiada, y su carácter esencial, en relación con el total de la misma; finalmente, se ha de considerar el efecto del uso ilícito de la obra, su mercado potencial¹⁰². En el caso de enlaces normales, si el usuario está navegando por Internet, el carácter del uso es no comercial y de buena fe¹⁰³. El factor decisivo para la jurisprudencia norteamericana usualmente es el cuarto, el efecto del enlace en el mercado potencial de la obra protegida. En el contexto de Internet, el enlace no sólo no restringe sino que expande, de hecho, el mercado potencial del sitio enlazado, ya que un número mayor de personas pueden fácilmente localizar y acceder a dicho sitio¹⁰⁴. Incluso si admitimos que al acceder a un sitio *web* mediante un enlace normal se crea una copia íntegra de la obra enlazada (bien que temporal), se puede concluir que en la mayoría de los casos la excepción de *fair use* va a poder aplicarse.

iii) *La Digital Millenium Copyright Act*

El panorama en el derecho norteamericano respecto del derecho de autor en las redes digitales se ha visto radicalmente alterado por la reciente Digital Millenium Copyright Act (DMCA) de 1998¹⁰⁵. Dicha norma ha tenido una azarosa trayectoria legislativa, y entre otras cosas, por medio de su Título I, implementa en el derecho interno de los Estados Unidos las obligaciones contraídas a raíz del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI de 1996. En ella se contienen cinco condiciones o «puertos seguros» que eximen de responsabilidad a los proveedores de servicios en línea (PSL) cuando cubren las dos actividades más comunes en los PSL, es decir, el almacenamiento de páginas *web* o habitaciones de *chat*¹⁰⁶, y el dirigir a sus usuarios a materiales en línea, a tra-

¹⁰¹ 17 U.S.C. 107 (1994).

¹⁰² Las cuatro excepciones son: «(1) *The purpose and character of the use, including whether such use is for a commercial nature or is for nonprofit educational purposes*; (2) *the nature of the copyrighted work*; (3) *the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole*; and (4) *the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work*», en 17 U.S.C. 107 (1994).

¹⁰³ *Vid.* KO, J., *opus cit.*, pg. 387.

¹⁰⁴ *Vid.* O'ROURKE, M., *opus cit.*, pg. 661.

¹⁰⁵ 17 U.S.C. 512 (c) (d) (1998).

¹⁰⁶ Mediante el *chat* (charlar, en inglés) varias personas conectadas a la red pueden intercambiar mensajes en tiempo real, de manera que todos los participantes ven los mensajes de los demás y se establece una conversación en un espacio virtual denominado habitación de charlas (*chat room*).

vés, por ejemplo de buscadores, listas de páginas *web* recomendadas o enlaces normales. Las exenciones de responsabilidad se aplican con independencia de cualquier otra existente en el *Copyright law* u otro sector del ordenamiento. Dichas condiciones son: primera, que el proveedor no sepa que el material está infringiendo el derecho de autor ; segunda, que el proveedor no conozca ninguna información que haga evidente que el material infringe el derecho de propiedad intelectual ; tercera; que si el proveedor tiene constancia de que el material es ilegal, por cualquier medio, actúe expeditivamente para eliminar o bloquear el acceso a dicho material; cuarta, que el PSL no obtenga ningún beneficio económico directamente derivado del material pirata, (por ejemplo una cantidad que cada usuario paga para acceder a él) mientras retiene la capacidad de controlarlo ; quinta y última, que el proveedor cumpla con el sistema de notificaciones previsto en la DMCA. La regla general es, por tanto, que los PSL son responsables por las infracciones de derecho de autor que sus usuarios cometan, y sólo si se reúnen las cinco condiciones legales van a quedar eximidos. El análisis ha de hacerse para el caso concreto. De esta manera, y a pesar de que en la práctica la excepción posiblemente cubra más casos que la regla, para el legislador norteamericano parece que el establecer enlaces no va a permitirse libremente en Internet. La existencia de excepciones significa, *sensu contrario*, que si un PSL establece un enlace y no cumple con alguna de ellas, va a ser considerado responsable por infracción de derechos de autor, aceptando implícitamente la teoría de que las copias RAM son «copias» en el sentido de la *Copyright Act*¹⁰⁷, porque de otra manera el proveedor del enlace nunca podría ser *contributory liable*. Un dato importante a tener en cuenta es que la definición de PSL es extremadamente amplia, con lo que en la práctica muchas compañías que realmente no están en el negocio van a poder beneficiarse de las exenciones¹⁰⁸.

iv) *La Propuesta de Directiva sobre Derecho de Autor en la Sociedad de la Información y el caso español*

Como ya se ha dicho¹⁰⁹, la Unión Europea ha mantenido la postura de que las copias temporales, que no sean las copias efímeras que se hacen en el proceso de transmisión de un documento por una red digital, como Internet, deben ser consideradas como dentro del ámbito de protección del derecho de reproducción, y por tanto requieren el permiso del titular del derecho¹¹⁰. Dicha solución proviene, y es por tanto consistente, con el acervo comunitario, ya que resulta

¹⁰⁷ Recientemente, un juzgado de California ha vuelto a aplicar la doctrina de MAI en *Beckman Instruments, Inc., v. Cincom Sytems, Inc*, en un caso de copia de *software* en memoria RAM., no publicado, disponible en la base de datos de West Law, con referencia 1998 WL 783774.

¹⁰⁸ En el Informe que acompaña a la norma (*House Judiciary Committe Report*) se señala que la definición incluye servicios como proveer acceso a Internet, correo electrónico, servicios de *chat* y alojamiento de páginas *web*. Muchas universidades y particulares llevan a cabo en la actualidad estas actividades.

¹⁰⁹ *Vid. infra*, Parte II.

¹¹⁰ *Vid.* Art. 2. de la Propuesta de Directiva sobre armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información.

de una combinación del artículo 4 de la Directiva sobre protección jurídica de programas de ordenador, el artículo 7 de la Directiva sobre derecho de alquiler y préstamo, y el artículo 5(a) de la Directiva sobre bases de datos. Silke VON LEWISNKSY opina que el interés de los usuarios, y del público en general debe tenerse en cuenta por la vía de las excepciones y limitaciones de los derechos exclusivos, con el objetivo de hallar un equilibrio entre los intereses de los autores y titulares de derechos vecinos y el interés público en una máxima difusión de la información¹¹¹.

En España, la situación es análoga a la que nos encontramos en el marco de la Propuesta de Directiva sobre Derechos de Autor a la Sociedad de la Información. Los enlaces normales parece que son *prima facie* un caso de reproducción de una obra protegida¹¹² y por tanto es necesario encontrar una excepción que permita realizar este tipo de enlaces si se quiere obviar una autorización o licencia. En mi opinión, no es deseable que el derecho de autor actúe como límite para la creación de enlaces *normales*. Dichos enlaces son un medio eficaz de colocar la información a disposición del público en general, y facilitan la libre difusión de información en Internet sin un control (o censura) centralizado. El autor no se ve perjudicado en sus expectativas económicas por este tipo de enlaces, y, a mayor abundamiento, goza del abanico de facultades del derecho moral para defenderse en el caso concreto en que éste se vea afectado. Por añadidura, el derecho de la competencia y el de marcas dan adecuada respuesta para las escasas situaciones en las que la creación de un enlace normal conlleve un perjuicio económico para la página enlazada (por ejemplo porque el consumidor asocie de alguna manera que ambas páginas tienen algún tipo de relación, cuando en realidad no es así). Por consiguiente, creo que el tratamiento correcto de las copias RAM creadas a partir de enlaces normales es considerarlos como meros actos técnicos sin un significado económico independiente, que deben caer fuera del alcance del derecho de autor.

Un posible punto de partida en nuestro ordenamiento para encontrar argumentos con los que defender esta postura sería acudir al concepto de grabación efímera o técnica. El convenio de Berna, en el párrafo tercero del artículo 11 bis, reconoce el derecho de las legislaciones de los países de la Unión a establecer el régimen jurídico de las grabaciones efímeras dictadas por los organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones¹¹³.

¹¹¹ Vid. VON LEWINSKY, S., A Successful Step towards Copyright and Related Rights in the Information Age, the New E.C. Proposal for a Harmonization Directive, *European Intellectual Property Review.*, núm. 20, abril 1998, pg. 136.

¹¹² Véase la discusión en el epígrafe II.

¹¹³ El Convenio vincula para su conservación en archivos oficiales al hecho de que tengan un excepcional carácter de documentación. El legislador español no menciona que sea necesario la concurrencia de este interés documental para permitir la conservación de dichas grabaciones, y la doctrina está dividida en este punto. Véase el resumen de algunas posturas doctrinales en PÉREZ DE ONTIVEROS, C., Comentario al art. 36, en la obra colectiva *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, BERCOVITZ, R., Coordinador, *opus. cit.*, pg. 639. Muestra su postura favorable a la posición del legislador español DE ANGEL YÁGÜEZ, y en contra DÍAZ ALABART y PÉREZ DE ONTIVEROS, por estimar que la conservación de tales grabaciones puede facilitar la defraudación de

Nuestro ordenamiento las denomina grabaciones «técnicas», y las regula en el artículo 36, apartado tercero del TRLPI. Lo relevante a mi entender es que la *ratio* de la norma es impedir que los procesos técnicos automáticos que permiten «por una sola vez» y de una manera automática una grabación se vean necesitados del consentimiento de los autores, cuando tales procesos no tienen un significado económico independiente y no existen razones serias para pensar que se puedan ver vulnerados los derechos de los autores. La misma razón es la que subyace en el caso de los enlaces normales en Internet. Sin embargo, esto supondría hacer una interpretación analógica de una excepción, y a menos que nuestro legislador decida actuar al respecto, no parece posible por esta vía encontrar una solución al problema en nuestro ordenamiento. Otra opción puede apoyarse en el consentimiento implícito del autor¹¹⁴. Para la realización del objetivo económico perseguido por un autor que decide crear una página *web* en Internet es absolutamente imprescindible la creación de copias RAM en los ordenadores de los usuarios finales que navegan por la Red¹¹⁵. Por ello, si una persona accede a su página tecleando la dirección URL en la barra de direcciones del programa que hace las veces de navegador, decimos que la copia RAM creada no está sujeta a una autorización extra por parte del autor o cesionario de los derechos patrimoniales. Lo contrario sería llegar a la absurda conclusión de que un autor debería autorizar la «visita» a su página en cada caso para que la misma fuera legítima, con lo que acabaríamos por convertir el mero acto de navegar por Internet en un acto ilícito¹¹⁶. La copia RAM en el ordenador de un usuario que accede a la página mediante enlaces está tan autorizada como la del que accede tecleando la dirección. No estaría de más, sin embargo, un reconocimiento explícito en esta línea al hilo del propuesto por la Unión Europea, para evitar que se planteen en nuestro país dudas al respecto como ya ha ocurrido en los Estados Unidos.

b) Enlaces ensamblados

En Estados Unidos, en el caso de los enlaces ensamblados o enlaces IMG, si admitimos que una copia RAM en la memoria de un ordenador es una copia en el sentido de la *Copyright Act*, es muy dudoso que el demandado pueda alegar con éxito que existe una licencia implícita para el uso de una obra prote-

las prerrogativas morales de los autores. GENDRAU señala que la misma razón que subyace en el artículo 11 bis de la Convención de Berna sobre grabaciones efímeras es aplicable en el contexto digital en GENDRAU, Y., *opus cit.*, pg. 44.

¹¹⁴ Parece muy forzado hablar de licencia implícita, en el sentido de la doctrina norteamericana, en nuestro ordenamiento. Sin embargo, los argumentos por ella señalados son de plena vigencia también en nuestro país. *Vid.*, por todos, O'ROURKE, M., *opus cit.*, pg. 660.

¹¹⁵ Otra cosa muy diferente es la creación de copias permanentes en el disco duro, en CD-ROM, en disquete o en papel a través de la impresora. Dichas copias tendrán el régimen que les corresponda de acuerdo con el tipo de obra copiado, ya que nadie discute que caigan dentro del ámbito del derecho de reproducción.

¹¹⁶ Esto era lo que ocurría en el mencionado *White Paper*, si se seguía el razonamiento en él contenido hasta sus últimas consecuencias. La doctrina de Estados Unidos ha señalado que la doctrina MAI llevada al contexto de Internet acaba con la Red.

gida dentro de otro sitio *web* sin el consentimiento del autor. Esto conduciría en la práctica a privar a los autores de todos sus derechos en forma electrónica, mediante la inclusión de imágenes, textos, videos, o sonidos formando parte de páginas *web* en forma de *collage*¹¹⁷. La doctrina ha señalado que ésta no es una conclusión razonable ni admisible desde el punto de vista del derecho de autor¹¹⁸, como acertadamente señala Walter EFFROSS, pues la posible existencia de una licencia implícita no puede interpretarse de una manera tan extensiva. Respecto del uso correcto (*fair use*) el análisis de los cuatro factores debe hacerse caso por caso, pero podemos llegar a la conclusión de que a menos que el *fair use* o cualquier otra excepción sea aplicable, el establecer un enlace IMG significa que existe responsabilidad por infracción del *copyright* como *direct infringer*¹¹⁹. Es interesante reseñar la postura de una parte de la doctrina norteamericana, encabezada por John Perry BARLOW¹²⁰, que defiende que cuando las obras pasan a ser un contenido más dentro de las redes digitales, no deben protegerse mediante derechos de autor, sino por otras vías alternativas. Este movimiento, con conexiones filosóficas e ideológicas libertarias, utiliza el eslogan «la información quiere ser libre» en el contexto de las redes digitales, y añaden que los autores, (en especial los creadores de programas de ordenador) deben obtener el beneficio económico de sus creaciones mediante servicios de valor añadido a sus clientes, que han accedido en principio a la obra gratuitamente. Tales servicios serían las actualizaciones periódicas en línea (incluso a diario, como ocurre actualmente con algunos programas antivirus), el servicio técnico y de información y apoyo, aparte de la publicidad.

2. MARCOS

En Estados Unidos, la existencia de una licencia implícita para el enmarcado electrónico es también difícil de defender, ya que esta técnica es relativamente nueva dentro de la red, y los *webmasters* no tenían necesariamente que tenerla en cuenta cuando diseñaron sus páginas *web*. Por otra parte, la jurisprudencia norteamericana ha señalado que la licencia para crear una obra derivada sólo puede otorgarse por el autor de una manera explícita¹²¹. De hecho, siguiendo a KO, si consideramos el enmarcado fuera del contexto de Internet, y lo trasladamos al mundo de papel de la «Galaxia Gutenberg», es un caso bastante claro de infracción de derechos¹²². El uso honesto (*fair use*) puede ser una excepción válida, que se debe tener en cuen-

¹¹⁷ Vid. PHILLIPS, D. y BLUMENFELD, E., *opus cit.*, pg. 639.

¹¹⁸ Vid. EFFROSS, W., *opus cit.*, pg. 677.

¹¹⁹ Si el proveedor del enlace ensamblado no es un particular sino un PSL, quedará exento de esa responsabilidad si cumple las cinco condiciones del «puerto seguro».

¹²⁰ Vid. PERRY BARLOW, J., Everything you know about intellectual property is wrong, *Revista Wired*, núm. de mayo de 1994, disponible en <<http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.htm>>. John PERRY BARLOW es letrista del grupo musical *Grateful Dead*, y presidente de la *Electronic Frontier Foundation*

¹²¹ 693 F 2d. 625.

¹²² Vid. KO, J., *opus cit.*, pg. 388.

ta respecto del usuario. El primer factor juega a favor del usuario, ya que el propósito de activar el enlace no es mercantil o comercial. El usuario simplemente está visitando el sitio *web*. De la misma manera, el cuarto factor, que a menudo se ha considerado el decisivo por la jurisprudencia, juega también a favor del usuario porque una mayor exposición en la red aumenta el mercado potencial del autor de la página. El tercer factor puede estar también a favor del usuario como en la situación del caso Total News, en el que el material enmarcado eran noticias de prensa y lo mismo ocurre con la cantidad de la obra efectivamente enmarcada. La excepción para los PSL de la Digital Millenium Copyright Act no puede jugar aquí, ya que el enmarcado involucra al derecho de transformación, y la exención de responsabilidad debe entenderse dirigida a cosas en los que la provisión de acceso a un sitio *web* no altera su apariencia, sino que afecta solamente al derecho de reproducción.

En nuestro ordenamiento, ya hemos visto que parece posible defender que la técnica del enmarcado supone la creación de una obra derivada¹²³. Si aceptamos esto, se necesita el consentimiento del titular del derecho de transformación para la creación de un enlace de este tipo, y, faltando aquél, nos encontramos en principio ante un caso de infracción de derechos a no ser que juegue alguno de los límites a los derechos patrimoniales exclusivos.

IV. EL FUTURO DE LOS ENLACES EN INTERNET

En el momento en el que nos encontramos, no está claro cuál será el futuro, si es que hay alguno, del derecho de enlace en la Red. En mi opinión, es muy posible que aparezca el denominado fenómeno de «zonificación»¹²⁴. Internet evolucionará en áreas abiertas y cerradas, distinción que se hará basándose en un mecanismo más o menos flexible de precios y distinguiendo entre zonas comerciales o no. Si se quiere considerar cuál es el régimen adecuado para el derecho de enlace en Internet, estas distinciones deben tenerse en cuenta. El profesor Ejan MACKAAY señala que el ámbito de los derechos patrimoniales es esencialmente abierto, no son *numerus clausus*, y pueden operar sin estar formalmente reconocidos por el derecho positivo¹²⁵. Usando su terminología, de indudables resonancias roussonianas, los titulares de derechos exclusivos de autor ya han comenzado a elevar sus cercados tecnológicos y legales para evitar que otros establezcan enlaces no deseados a sus páginas *web*. Maureen O'ROURKE observa que las soluciones tecnológicas y un sistema de contratos y licencias puede ser en la práctica la solución para los conflictos que el establecimiento de enlaces produce¹²⁶.

¹²³ Vid. *Infra*, epígrafe II.

¹²⁴ Vid. O'ROURKE, M., *opus cit.*, pg. 701.

¹²⁵ Vid. MACKAAY, E., The Economics of Emergent Property Rights on the Internet, en *The future of copyright in a digital environment*, P. Bernt Hugenholtz, ed, La Haya, 1996, pg. 21.

¹²⁶ Vid. O'ROURKE, M., *opus cit.*, pg. 702.

Las soluciones tecnológicas pueden ser las siguientes. El *webmaster* puede requerir una contraseña para acceder a su sitio *web*, o bien construir páginas dinámicas, que sólo aparecen en pantalla cuando el usuario usa un cierto programa guía que le conduce por el sitio *web*. Aunque esto puede ser relativamente eficiente para los sitios no comerciales, es dudoso que lo sea para los eminentemente comerciales, debido a consideraciones de *marketing*. Por otra parte, existen programas de ordenador en el mercado que detectan los enlaces no queridos y los deniegan, y es posible configurar las páginas *web* de este modo. Hay otros que «disuelven» los marcos, evitando de esta manera alteraciones en el modo de presentación de las páginas *web* y permitiendo al usuario ver la totalidad de la página enmarcada. Quizá sea ésta la solución más realista, en cuanto combina la máxima exposición con el rechazo de enlaces no deseados.

Sin embargo, si una máquina o programa de ordenador puede hacer algo, otra puede deshacerlo, convirtiendo la protección del derecho de autor en una carrera de herramientas tecnológicas. Por eso han surgido las voces que solicitan una solución jurídica del problema. Debemos señalar aquí una vez más la Digital Millenium Copyright Act norteamericana, que modifica la *Copyright Act* respecto a las medidas tecnológicas de protección. En mi opinión, un comando en HTML (el lenguaje de programación más usado en la actualidad para la creación de páginas *web*) que ordene rechazar enlaces no deseados entra de lleno en la definición de medida tecnológica que se da en la recién creada §1201 (2) (B) de la *Copyright Act*¹²⁷. La desactivación de tal medida podría ser considerada un acto de burla de la protección tecnológica. En la Unión Europea, la Propuesta de Directiva sobre Derecho de Autor contiene un artículo sobre protección de medidas tecnológicas (artículo 6). En él se define medida tecnológica como «todo dispositivo producto o componente incorporado a un proceso, dispositivo o producto, destinado a prevenir o impedir la violación de los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor establecidos por la ley, o el derecho *sui generis* previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo». Parece que el citado comando HTML puede ser un «dispositivo» destinado a la protección del derecho de autor, y en ese sentido puede entenderse que cae dentro de la definición propuesta.

Lo que sí es claro es que las soluciones puramente jurídicas deben establecer una regla por defecto que aclare si está permitido establecer enlaces a otras páginas si no existen «Condiciones de uso», contratos de enlace o cualquier otra relación contractual que exprese cuál es la voluntad del creador de la página *web*. La doctrina mayoritaria norteamericana acude a argumentos relacionados con la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos para defender que no es necesario el permiso explícito de los creadores de páginas *web* para establecer un enlace a dicha página. Sin embargo, se añade, se le debe permitir al autor de una página *web* forzar la retirada del enlace, previa noti-

¹²⁷ La medida tecnológica es aquella que: «*effectively controls access to a work., in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work*»

ficación al proveedor y en un tiempo razonable, si no es bienvenido en el caso concreto. No es ésta la solución escogida por el legislador en la tan citada DMCA. La asunción implícita de que las copias RAM están sujetas al derecho de autor es criticable, ya que *webmasters* que actúan a título particular que han venido hasta ahora libremente creando enlaces pueden ser considerados por analogía con los PSL como responsables por infracción de derechos de autor, cuando las excepciones de uso correcto y licencia implícita no puedan funcionar. TROTTER HARDY considera que, de momento, los litigios en el ciberespacio deben solucionarse por vía jurisprudencial, ya que no sabemos cuál va a ser la evolución futura de Internet y las demás redes digitales. En ese sentido, la Digital Millenium Copyright Act estadounidense parece ser un prematuro y desafortunado paso hacia la regulación jurídica del ciberespacio.

Es muy posible que en los años venideros nos encontremos con numerosos conflictos sobre el derecho de enlace. La solución a la que se llegue puede ser decisiva para el futuro desarrollo de Internet como un «nuevo mercado para las ideas», como una vez la definió la Corte Suprema de los Estados Unidos¹²⁸. Las empresas están tratando de tomar posiciones en el nuevo entorno, alterando de forma radical las costumbres y *modus operandi* de la Red, que estaban marcados por los usos educativos y de investigación de sus orígenes. La evolución de Internet en el futuro es una incógnita, y nadie es capaz de prever a día de hoy el alcance real de su difusión. Posiblemente dependerá de las iniciativas sobre firma digital, encriptación y comercio electrónico seguro. Si los consumidores confían en Internet como un medio fiable para efectuar transacciones comerciales, seguramente se consolide como canal de intercambio masivo de bienes y servicios. Mientras tanto, nuevos problemas exigen nuevas soluciones, como ha sido en el Derecho desde los tiempos de Roma. Es previsible que en nuestro país surjan en un futuro muy próximo conflictos similares a los aquí referidos, y la experiencia en otros ordenamientos puede servir al jurista y al legislador como valiosa información a la hora de afrontarlos.

¹²⁸ Reno v. ACLU, 117 Supreme Court 2329 (1997).