



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

INFORME y DICTAMEN

relativos a la puesta a disposición y comunicación al público en el entorno de Internet
– análisis de las técnicas de enlace usadas en Internet

APROBADOS DE FORMA UNÁNIME POR EL COMITÉ EJECUTIVO EL 16 DE
SEPTIEMBRE DE 2013

Resumen

El derecho exclusivo de «puesta a disposición» previsto en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) y en la legislación europea por la que se implementa dicho Tratado cubre el acto de *ofrecer* al público una obra para su difusión en flujo (*streaming*) o descarga individualizados; asimismo, cuando se produce, se encuentra igualmente cubierta la transmisión en sí de una obra al público, independientemente, en ambos casos, de los medios técnicos empleados para la puesta a disposición. Básicamente, lo que importa es que el acto (i) sea realizado por una persona, (ii) tenga directa o indirectamente el efecto inequívoco de dirigirse al público, con independencia de la herramienta empleada por dicha persona, y (iii) se refiera a obras o prestaciones protegidas por derechos de autor o derechos afines.

Estas premisas, aplicadas a los hiperenlaces, llevan a las siguientes conclusiones: (i) el derecho de puesta a disposición cubre los enlaces que permiten a los miembros del público acceder a obras o prestaciones protegidas determinadas; (ii) el derecho de puesta a disposición no cubre aquellos enlaces que simplemente *remiten* a una fuente desde la que es posible acceder a una obra.

Resulta indiferente que el enlace lleve al usuario a un determinado contenido situado en la página web de un tercero o que el sitio que establece el enlace conserve un marco en torno al contenido, de tal forma que el usuario no sea consciente de que está accediendo a contenidos ubicados en la web de un tercero.

También resulta indiferente, por lo que respecta al acto de ofrecer acceso, que la obra puesta a disposición a través del enlace sea, en sí misma, una obra infractora: es el propio *acto* de ofrecer lo que activa el derecho de puesta a disposición, y ese acto es el mismo cualquiera que sea la situación, en lo que atañe al derecho de autor, de la obra puesta a disposición.

Evidentemente, no se produce ninguna *infracción* del derecho de «puesta a disposición» cuando se respeta la decisión del titular de los derechos por lo que respecta a si se pone a disposición en Internet y en qué condiciones un contenido determinado. Por el contrario y en particular, esto significa que enlazar con un contenido específico infringe el derecho de «puesta a disposición» cuando (i) el contenido se ha puesto inicialmente a disposición sin el consentimiento del titular de los derechos, o (ii) se han eludido las medidas tecnológicas de protección o (iii) la disponibilidad del contenido, incluso si hubiera sido difundido inicialmente por Internet de forma consentida, colisiona de cualquier modo con la voluntad

declarada o claramente implícita del titular de los derechos.

Por lo tanto, los órganos judiciales no deberían establecer una *presunción general* de consentimiento del titular de los derechos para que se lleven a cabo *ulteriores comunicaciones* al público de un contenido inicialmente colgado en Internet con su consentimiento, dado que esto equivaldría a introducir una excepción o limitación al derecho, cuando, en realidad, las excepciones generales al ámbito de aplicación del derecho de «puesta a disposición» requieren la intervención del legislador. Esta conclusión no excluye que un tribunal pueda sentirse inclinado a inferir el consentimiento para la creación del enlace a la luz de las circunstancias concretas de cada caso.

Informe y dictamen

En su reunión de 9 de marzo de 2013, el Comité Ejecutivo de la Asociación Literaria y Artística Internacional (*International Literary and Artistic Association / Association Littéraire et Artistique Internationale*, ALAI), decidió constituir un grupo de estudio con el encargo de analizar las implicaciones del establecimiento de enlaces en relación con los derechos de comunicación al público y puesta a disposición del público reconocidos a los autores y titulares de derechos afines. Existen distintos tipos de enlaces o de formas de enlazar, aunque aquí nos centraremos básicamente en dos grandes categorías, los *enlaces de hipertexto* y los enlaces *ensamblados* o *automáticos* (o *inline links*), que engloban los llamados enlaces simples, los enlaces profundos, los marcos, etc.

El Comité Ejecutivo ha aprobado el siguiente texto, en el que se presentan los resultados del grupo de estudio. Para ello, en primer lugar, se analizan tres fenómenos distintos: (i) la comunicación al público, (ii) la puesta a disposición del público y (iii) la noción de público. A este análisis le sigue (iv) una declaración/conclusión centrada en los enlaces de hipertexto y los enlaces ensamblados o automáticos.

(i) Comunicación al público

Las legislaciones nacionales difieren en su definición tanto de los derechos patrimoniales de los autores como de los derechos afines. Algunas aplican nociones más amplias o más abstractas, por ejemplo, de «reproducción», «puesta a disposición» y «comunicación al público». Otras, por el contrario, ofrecen definiciones detalladas, propias de medios de difusión concretos, de diversos actos objeto de restricciones, como la radiodifusión, la representación o ejecución públicas; esto es, de actos que, de una u otra manera, ponen obras protegidas en conocimiento del público de una forma cubierta por los derechos exclusivos del autor. Asimismo, algunos países han pasado a usar con más amplitud definiciones propias de determinados tipos de medios, como la representación o la ejecución, atribuyéndoles así un campo de aplicación bastante más extenso que su significado semántico.

Las normas mínimas previstas por el Convenio de Berna (CB) se inclinan hacia el segundo enfoque y enumeran derechos diferenciados de *representación o ejecución*, *recitación*, *comunicación al público* y *radiodifusión*, incluida la redifusión y la distribución por cable.¹

¹ Véanse los artículos 11, 11*bis* y 11*ter* del Acta de París del CB. La regla del tratamiento nacional garantiza la extensión absoluta de estos derechos. Véanse los artículos 5(2) y 19.

El derecho específico de *comunicación al público de una obra* (según la formulación en español), precisado por el TODA/WCT en 1996, coincide con las garantías del CB y las generaliza.

El artículo 8 del TODA/WCT prevé que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar *cualquier comunicación al público* de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la *puesta a disposición del público* de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. La primera parte de esta formulación extiende a todas las categorías de obras la cobertura que el Acta de París del CB limita a determinadas categorías.² En la segunda parte de esta disposición, se reconoce un derecho a controlar las utilidades interactivas e individualizadas de las obras protegidas.³ El derecho de «puesta a disposición» cubre todas las formas de acceso bajo demanda, dé lugar o no dicho acceso a la conservación de una copia. Por lo tanto, poco importa que los miembros del público accedan a la obra a través de un «flujo» en tiempo real o a través de la transmisión a su ordenador u otro dispositivo de una copia digital que posteriormente «abrirán» para ver o escuchar la obra. Además, la «puesta a disposición» prevista en el artículo 8 del TODA/WCT no sólo cubre la transmisión en sí de la obra al público, sino sobre todo el acto de *ofrecer* al público la obra para su difusión en flujo o descarga individualizados, sin limitarse a la mera recepción de dicho flujo o descarga.

El artículo 8 del TODA/WCT debe abarcar por lo tanto cualquier acto por el que una obra pueda ser perceptible para un público⁴ por otros medios que la distribución o presentación de copias físicas; es decir, cualquier acto que no esté limitado a personas concretas pertenecientes a un grupo privado. Por otra parte, la formulación del artículo 8 del TODA/WCT es claramente independiente de cualquier medida técnica concreta o de cualquier procedimiento que permita llevar a cabo la comunicación.⁵ Hay que recordar, no obstante, que la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales destinadas a permitir o realizar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido en que la frase se emplea en el artículo 8 del TODA/WCT.⁶

Al igual que el TODA/WCT, la Directiva 2001/29/CE⁷ de la sociedad de la información considera el derecho de puesta a disposición del público como manifestación de un derecho de comunicación al público más general. El derecho de puesta a disposición se limita a transmisiones interactivas, de puesta a disposición bajo demanda. Este derecho se aplica

² Véase *von Lewinski*, *International Copyright Law and Policy*, Oxford 2008, p. 148 en 5.138, y p. 468 en 17.107.

³ Véase *Ricketson/Ginsburg*, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford 2006, 2.^a ed., p. 152 en 4.25; *Goldstein/Hugenholz*, *International Copyright. Principles, Law, and Practise*, 3.^a ed., Oxford 2013, p. 325.

⁴ Véase el punto (iii) infra en torno al concepto de «el público».

⁵ Cf. Actas de la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, Ginebra 1996, Vol. 1 (Ginebra: OMPI, 1999) 206 p. 12. Cf. también *Ficsor*, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford Press, 2002, apartado 2.02-2.11.

⁶ Véase la declaración concertada relativa al artículo 8 del TODA/WCT; *Ficsor*, *ibid.*, 2.31- 2.33. Cf. Directiva 2001/29/CE, Considerando (27).

⁷ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos conexos a los derechos de autor en la sociedad de la información.

cuando la obra se hace accesible al público, independientemente de que se acceda a ella realmente o no y de la frecuencia con que se haga. Entre los ejemplos se incluye la oferta para descarga o difusión en flujo de una obra desde una tienda en línea o un canal de televisión de pago a la carta; pero también la oferta (o intercambio) de archivos de música o vídeo a través de una red de intercambio de ficheros *peer-to-peer* (P2P). Así, el derecho de comunicación al público, según la Directiva 2001/29, incluye la puesta a disposición en línea, es decir, una actividad que supone una función activa por parte del comunicador pero también una actividad potencial por parte del consumidor.

Existen diferencias terminológicas evidentes entre los distintos tratados multinacionales en materia de derecho de autor y los otros instrumentos jurídicos internacionales o regionales en el ámbito de los derechos de autor y afines. No obstante, si observamos por ejemplo los artículos 11, 11*bis* y 11*ter* del Acta de París del CB, referentes a la radiodifusión y la retransmisión por cable, es preciso reconocer que han facilitado un marco adecuado para las utilidades efectuadas en el contexto de la mayoría de las tecnologías modernas. Lo que importa en el CB no es si la utilización constituye, por ejemplo, una representación o ejecución, sino si es *pública*, es decir, si la actividad que afecta a las obras protegidas se dirige a un público potencial. Esta cuestión se desarrollará más adelante en el punto (iii).

Asimismo, cabe observar que para que un acto esté comprendido, por ejemplo, en el ámbito del derecho de radiodifusión, basta con que se emitan señales que contengan la obra. Carece de relevancia el hecho de que estas se reciban o no. Por lo tanto, aunque ningún miembro del público vea o escuche el contenido de la señal, no dejará de ser un acto de radiodifusión, es decir un acto que, *per se*, se considera dirigido al público general.

El denominador común es que las utilidades de obras protegidas pueden estar sujetas al derecho de autor independientemente de la tecnología de los dispositivos empleados para permitir los actos de comunicación, puesta a disposición, representación, ejecución etc. Por principio, los diferentes derechos reconocidos a los autores son por tanto *tecnológicamente neutros*.⁸

(ii) Puesta a disposición del público

Como ya se ha indicado, se emplea terminología diferente en las legislaciones nacionales y tratados internacionales, en las directivas de la Unión Europea etc., para calificar las distintas formas de utilización de obras protegidas de manera relevante para el derecho de autor. Por lo que respecta a la puesta de obras a disposición del público, esta misma formulación se emplea en ocasiones en la legislación nacional para abarcar prácticamente todos los actos que permiten al público entrar en contacto con obras protegidas, independientemente de la forma en que se lleve a cabo y, por lo tanto, incluyendo los derechos de distribución y comunicación. Esta circunstancia vuelve a hacer hincapié en la neutralidad tecnológica de la utilización concreta contemplada por el derecho de autor. Al mismo tiempo, también significa que cuando se utilizan las expresiones «puesta a disposición del público», «comunicación al público», «radiodifusión» y «representación» o «ejecución», debe aclararse si se emplean en el sentido de la legislación nacional o de un instrumento internacional concreto.

⁸ Resulta evidente que el CB contempla derechos fragmentados, que en este sentido no son tecnológicamente neutros y no siempre es posible establecer con claridad si puede haber lagunas entre las distintas formas de hacer públicas las obras. La histórica acumulación, en el Convenio de Berna, de derechos (y excepciones) propios de determinadas tecnologías no debería ser un obstáculo para poder afirmar, en particular a la luz del TODA/WCT, que hoy por hoy los distintos derechos de los autores son tecnológicamente neutros.

Este enfoque pone de relieve un objetivo fundamental del derecho de autor moderno, que es hacerlo independiente de la dinámica de los cambios tecnológicos en un entorno de medios de difusión dinámico y en constante movimiento. Así, la definición de los derechos exclusivos otorgados por la ley pretende englobar de manera general cualquier tipo de utilización de obras de cierta importancia económica, garantizando al mismo tiempo un equilibrio mediante el reconocimiento de excepciones y limitaciones en beneficio de determinadas necesidades culturales y sociales significativas. De nuevo, la técnica de la neutralidad es bastante evidente por lo que respecta al derecho de reproducción definido por el CB y también, en virtud del TODA/WCT, por lo que respecta al derecho de comunicación al público.

A modo de ejemplo, la ley de derecho de autor sueca, de igual modo que las de otros países nórdicos, prevé un *derecho de puesta a disposición del público de carácter general*, que engloba la comunicación al público, la representación o ejecución públicas, la distribución y la presentación.

Asimismo, la ley de derecho de autor alemana incluye varias categorías definidas de conducta en el marco de un amplio derecho de *comunicación* al público (*Recht der öffentlichen Zugänglichmachung*) de una forma inmaterial: el derecho de recitación, representación, ejecución y presentación; el derecho de radiodifusión; el derecho de comunicación por medio de grabaciones de vídeo o audio; y el derecho de comunicación de emisiones radiodifundidas. Conviene señalar en particular que, aunque la tecnología de un tipo concreto de comunicación al público no se mencione expresamente en la ley, la amplia formulación del artículo 15 (2) de la ley alemana de derecho de autor contempla un derecho de comunicación al público «no definido».

Por su parte, la ley francesa sobre derechos de autor ofrece una noción de *representación* de carácter general que comprende cualquier comunicación de la obra al público, como la recitación pública, ejecución lírica, representación dramática, presentación pública, proyección pública y transmisión en un lugar público de una obra radiodifundida.

Por lo que respecta a la Unión Europea, es evidente que ha armonizado una serie de utilidades sujetas al derecho de autor, pero no todas. En este sentido, resulta significativo que la Directiva 2001/29 esté dedicada a «determinados aspectos» de los derechos de autor y los derechos afines. Junto con los derechos de adaptación y traducción, el derecho de ejecución pública figura entre los derechos patrimoniales que no han sido armonizados en la Unión Europea.⁹

El acto de «comunicar» obras al público, como se denomina en español, logró evidentemente ser reconocido en los tratados TODA/WCT y TOIEF/WPPT de 1996 con el fin de abarcar las utilidades que proliferaban por la entonces emergente red Internet. Puesta a disposición del público (y otras expresiones de carácter general) es una frase que ha sido usada desde hace mucho más tiempo como forma de implementar la política básica consistente en permitir al derecho de autor englobar todos los medios -conocidos o por conocerse- por los cuales las obras protegidas se ponen a disposición del público.

⁹ El derecho de comunicación al público previsto en la Directiva 2001/29/CE se refiere a actos de comunicación «por procedimientos alámbricos o inalámbricos» y, por lo tanto, no es aplicable a la representación o ejecución in situ. Cf. una serie de resoluciones del TJUE, como C-283/10 – Circul Bucuresti [2012].

(iii) El público

Existe un requisito subyacente a todas las formas de difusión, comunicación o puesta a disposición, independientemente de su formulación: la explotación debe estar destinada al *público*. Es fácil encontrar en todo el mundo variaciones doctrinales en cuanto a qué es «el público» y se ha desarrollado una jurisprudencia abundante en torno a esta cuestión. Hasta la fecha, la Unión Europea no ha armonizado el concepto de público, aunque ha sido abundante la jurisprudencia del TJUE que ha abordado la cuestión.

Básicamente, debe entenderse que esta expresión cubre todos los entornos que implican a un número sustancial de personas más allá de los límites del círculo de la familia y de los amigos cercanos. Esto significa que la comunicación sujeta al derecho de autor puede ocurrir en cualquier lugar en el que se congregue un número sustancial de personas ajenas al círculo normal de la familia y allegados. Esto abarca todos los lugares «abiertos» al público sin restricciones, salvo las generales que pudieran aplicarse a todo el público como, por ejemplo, el pago de un derecho de admisión o la posesión de una tarjeta de socio. En consecuencia, los actos de comunicación, como la ejecución o la presentación, en lugares públicos o semipúblicos, tales como bares, clubs, hoteles, pensiones, fábricas y establecimientos de enseñanza sujetos a requisitos de entrada más específicos, pueden constituir igualmente comunicaciones al público.

Aunque las obras ofrecidas a través de Internet sean accesibles a públicos mucho más amplios que aquellos a los que llegan las emisiones tradicionales de radio o televisión, el acceso a Internet a menudo supondrá la difusión de la obra bajo demanda a un usuario individual, de tal forma que si bien es posible que sea recibida por el público general, en el caso concreto se tratará de una mera transmisión a ese usuario individual, a su solicitud, normalmente en la intimidad del hogar. Ahora bien, dado que la comunicación al público también puede tener lugar en el marco de una *conexión uno-a-uno* a través de Internet, carece claramente de relevancia, con el fin de determinar si un acto es o no una comunicación al público, que los receptores potenciales accedan a las obras comunicadas a través de una *conexión uno-a-uno*, al menos si la técnica empleada ofrece a un número de personas suficientemente elevado la posibilidad de acceder a la obra objeto de comunicación.¹⁰ Como se ha indicado anteriormente, no sólo son comunicaciones al público los actos de radiodifusión sino también los actos de difusión en flujo en línea (*streaming*) a los consumidores, en los que una sola persona cada vez utiliza su propio dispositivo de audio o video en casa, a condición de que la posibilidad de acceder a la obra esté abierta a un círculo público. En cambio, la comunicación de una obra en el contexto de una conversación de persona a persona, por ejemplo a través de Skype, normalmente se considerará privada.

En una serie de decisiones recientes, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha añadido algunos parámetros a los factores que hacen que una situación determinada sea pública. Ha estimado, por ejemplo, que la *radiodifusión* por satélite requiere «un número indeterminado de destinatarios potenciales» para que se aplique el derecho exclusivo.¹¹ En los asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08 *Football Association Premier League & Murphy* [2011], el Tribunal observó: «para estar comprendido ... en el concepto de ‘comunicación al público’ en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor, es

¹⁰ Cf. C-607/11, *TVCatchup* [2013].

¹¹ Véase C-192/04, *Lagardère* [2005].

necesario, además, que la obra difundida se transmita a un *público nuevo*, es decir, a un público que no tuvieron en cuenta los autores de las obras protegidas cuando autorizaron su utilización para la comunicación al público de origen...». El Tribunal ha precisado que la cuestión de si un público es «nuevo» depende de si el autor de la obra protegida lo tuvo o no en cuenta al autorizar su transmisión inicial. En los asuntos acumulados C-431/09 y C-432/09 [2011], *Airfield*, núm. [76], hace referencia a: «un público más amplio que el contemplado por el organismo de radiodifusión de que se trata, es decir, un público que no tuvieron en cuenta los autores de dichas obras al autorizar la utilización de éstas por parte del organismo de radiodifusión».

No obstante, recientemente, el TJUE ha decidido que el concepto de «comunicación al público» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, cubre una retransmisión de las obras incluidas en una radiodifusión televisiva terrestre, cuando la retransmisión se lleva a cabo por un organismo distinto del radiodifusor de origen y por medio de un flujo de Internet puesto a disposición de los abonados de ese otro organismo que pueden recibir esa retransmisión conectándose al servidor de éste, y ello incluso si tales abonados se hallan en la zona de recepción de esa radiodifusión terrestre y pueden recibirla legalmente en un receptor de televisión. Asimismo, el TJUE ha observado que la comunicación al público no se ve influida por el hecho de que la retransmisión se financie con la publicidad y tenga así carácter lucrativo, ni por el hecho de que la retransmisión sea realizada por un organismo que se encuentra en competencia directa con el emisor original.¹²

Es evidente que, incluso según los criterios expuestos por el TJUE, el público no tiene por qué ser «nuevo» en el sentido de ser el destinatario de un único comunicador que difunde un contenido concreto. Lo que importa es que esta agrupación también constituya un *público* en cada contexto de comunicación, como cuando las obras puestas a su disposición por radiodifusión le son simultáneamente accesibles a través de Internet o por cualquier otro medio técnico.

El TJUE también ha ahondado en la noción de «público» en otros asuntos no relacionados con la radiodifusión. En este sentido, ha indicado que el término «público» se refiere a un número indeterminado de oyentes potenciales y a un número de personas bastante elevado.¹³ Esta interpretación también ha sido retomada en asuntos más recientes.¹⁴ En resumidas cuentas, el TJUE parece indicar que «el público» no debe referirse a agrupaciones pequeñas o «sin relevancia», aunque, por otra parte, el *efecto acumulativo* de series de usos menores o *one-to-one* también debería provocar que una utilización sea pública.¹⁵ Claramente, el concepto de «público» requiere un cierto umbral *de minimis*, lo que excluye grupos de personas demasiado pequeños o sin significación económica. De ahí que el TJUE haya concluido que debe tenerse en cuenta el efecto acumulativo derivado del hecho de poner las obras a disposición de destinatarios potenciales.¹⁶ En este contexto, no solamente es relevante conocer cuántas

¹² Véase C-607/11, TVCatchup [2013], apartados 42 - 44. Debe observarse que el TJUE, en C-403/08 & C-429/08 [2011], apartado 204, *Premiere League & Murphy*, resolvió que «no es irrelevante» que una comunicación a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 tenga «carácter lucrativo». En su decisión en el asunto TVCatchup, el TJUE lo reduce (apartado 42); el carácter lucrativo de una comunicación «no es necesariamente una condición indispensable que determine la existencia misma de una comunicación al público».

¹³ Véase C-306/05, *Rafael Hoteles* [2005] (véase, a tal efecto, el apartado 84).

¹⁴ C-89/04, *Mediakabel*, REG 2005, p. I-4891, p. 30, [2005].

¹⁵ Cf. C-135/10, *Marco del Corso* [2012], y C-162/10, *Phonographic Performance*.

¹⁶ Véanse, p. ej., los asuntos C-89/04, *Mediakabel*; C-192/04, *Lagardère*.

personas tienen acceso a una obra simultáneamente, sino que también es preciso saber cuántas tendrán acceso sucesivamente.

Es razonable concluir que la definición de «público» tiende a reducirse o ampliarse en función de la naturaleza del derecho de que se trate. Claramente, el TJUE no ha encontrado un concepto de «público» que lo defina de una vez por todas en el marco de la UE. De forma más general, puede concluirse que debe existir potencialmente un «número elevado» de personas entre el público destinatario. Al centrarse en la oferta de acceso (independientemente de que algún miembro del público acepte o no la oferta), se pone el acento en el *papel de catalizador* del responsable de la comunicación al público.

(iv) Conclusiones relativas a actividades de enlace

a) Distintos tipos de enlaces

Las estructuras hipertextuales de Internet son cruciales para su funcionamiento. Existen distintos tipos de enlaces, divididos principalmente en dos grandes categorías: *enlaces de hipertexto* y enlaces *ensamblados* o *automáticos* (*inline links*). El enfoque descrito anteriormente, que consiste en abordar de manera funcional las utilidades básicas del derecho de autor, tiende a tratar los métodos equivalentes del mismo modo, independientemente de su construcción tecnológica.

Al pinchar (pulsar) sobre un *enlace de hipertexto*, se remite al servidor en el que está almacenada determinada obra una solicitud para que «envíe» el archivo demandado al ordenador del usuario de modo que esté disponible en su navegador. Así, cuando el usuario activa el enlace, se produce una comunicación entre su ordenador y el servidor de Internet en el que se encuentra el archivo solicitado, siempre, por supuesto, que el archivo correspondiente se encuentre efectivamente disponible. La persona que determina qué tipo de acceso ofrecerá el servidor de Internet puede limitar de distintas formas el acceso a través de los enlaces a determinados archivos almacenados en el servidor; por ejemplo, permitiendo que el usuario acceda únicamente a un sitio de Internet pero no a los concretos archivos de las obras albergadas en este. El propietario del servidor también puede evitar que accedan a archivos específicos los visitantes procedentes de ciertas direcciones de Internet o los usuarios con determinadas IP. Estas medidas pueden adoptarse con la ayuda de un archivo de configuración (.htaccess), compatible con la mayoría de los servidores web, o mediante las llamadas *cookies*.

Por motivos prácticos, puede resultar útil identificar una o más subcategorías de enlaces de hipertexto, como los llamados enlaces profundos (*deep-links*), expresión utilizada a menudo para aquellos enlaces de hipertexto que no enlazan con la página inicial de un tercero, como lo hacen los *enlaces de referencia* o *de superficie*, sino (normalmente) con una página interior del sitio vinculado, lo que supone que en la práctica el enlace conecta directamente con un archivo, escogido de algún modo por el proveedor del enlace, que contiene un objeto protegido. Pero esto sólo indica que, en sí mismo, el establecimiento de un enlace no tiene por qué estar necesariamente sujeto a las normas que rigen el derecho de autor, especialmente si en el caso concreto no puede decirse que se refiera de una forma suficientemente manifiesta a obras o prestaciones protegidas.

El hecho de que una dirección se encuentre disponible como un enlace de hipertexto sobre el que se puede pulsar no tiene por qué ser el resultado de un acto deliberado de la persona que

facilita la dirección cada vez que se crea un vínculo. El programa web del usuario, por ejemplo su navegador o programa de correo electrónico, pueden estar configurados o adaptados para identificar automáticamente una dirección en el texto y permitir que sea posible acceder pulsando (*clikando*) sobre ella. Además, también se puede construir un enlace para burlar las medidas tecnológicas de protección implantadas por el propietario del archivo.

La otra categoría de enlaces, los que aquí llamamos enlaces ensamblados o automáticos (*inline links*), hace posible enlazar con archivos que contienen imágenes (fijas) o contenido de vídeo, de modo que dichos contenidos parecen formar parte de la página web en la que se coloca el enlace. Un navegador estándar descarga automáticamente la imagen o el vídeo enlazado y los presenta integrados con los otros contenidos de la citada página web. El usuario no precisa pinchar (pulsar) dicho enlace para activarlo, aunque, por lo demás, este tipo de enlace funciona de la misma forma que los enlaces de hipertexto normales. Por ejemplo, los enlaces ensamblados o automáticos a menudo se usan para enlazar los llamados *banner-ads* (bandas publicitarias) en una página web o bien para integrar un videoclip de YouTube en un blog.

Por norma general, los enlaces de hipertexto y los enlaces ensamblados o automáticos (*inline links*) permiten al usuario realizar búsquedas en Internet de forma más sencilla, puesto que se puede pulsar sobre el enlace en lugar de copiar y pegar o escribir la dirección web correspondiente. La aportación fundamental de los enlaces al tráfico de Internet es la de agilizar el acceso de los usuarios a los archivos disponibles en Internet. Se trata de una mejora con respecto al hecho de suministrar simplemente la dirección en sí, es decir, los meros datos sobre el nombre del archivo y su lugar de almacenamiento. Por lo tanto, los enlaces facilitan la accesibilidad, aunque los usuarios puedan acceder igualmente a las obras buscadas a través de otros medios.

b) Enlaces comprendidos en el marco de las utilizaciones sujetas al derecho de autor

Como se ha indicado con anterioridad, las actividades que comunican al público o ponen a su disposición obras protegidas pueden producirse de muchas formas, conocidas o por conocerse. Lo que en principio importa no es cómo se efectúa dicha comunicación, sino más bien que **(i)** *el acto* de una persona tenga, directa o indirectamente, **(ii)** *el efecto* de dirigirse al público, cualquiera que sea la herramienta, instrumento o dispositivo usados por la persona para lograr tal efecto, y **(iii)** que las obras protegidas por el derecho de autor o las prestaciones protegidas por derechos afines pasen así a estar a disposición del público de una forma cubierta por los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor.

Evidentemente, pueden existir casos en los que los antes descritos enlaces de hipertexto o enlaces ensamblados o automáticos (*inline links*), se usan con el propósito de hacer accesible al público una obra o prestación protegida. En esas condiciones, es totalmente indiferente que el público piense, perciba o sienta que ha sido dirigido a otro sitio web o que considere que el acceso a los materiales protegidos se ha producido en el sitio web al que se conectó. Esto carece, por sí mismo, de relevancia a la hora de decidir si un enlace concreto provoca o no una comunicación al público (pone la obra a disposición del público). Lo determinante es la noción del «público» y si se ha producido o no una puesta a disposición o una transmisión cubierta por el derecho de autor.

Es asimismo evidente que este resultado no se alcanza cuando el enlace no pone a disposición

un contenido protegido determinado, sino que simplemente actúa como *referencia* a una fuente que permite acceder a tal contenido, sin que el acceso a la concreta obra o prestación tenga lugar.

Por el contrario, los enlaces que conducen directamente a un contenido protegido concreto por medio de su URL exclusiva, normalmente se engloban en el marco de una utilización sujeta a las normas que rigen el derecho de autor. El acto de establecimiento de un enlace de este tipo supone, por tanto, una «puesta a disposición», independientemente de que el enlace lleve al usuario a un contenido específico de un modo que le haga patente que ha sido dirigido al sitio web de un tercero, o de que el sitio que establece el enlace conserve un marco alrededor del contenido, de tal forma que el usuario no sepa que accede al contenido de un sitio de terceros.

Dicho esto, el hecho de que la obra en cuestión sea fácilmente accesible en Internet a partir de una fuente abierta o de que, por el contrario, se encuentre oculta por medidas técnicas, es igualmente indiferente para determinar la situación de un enlace en lo que atañe a los derechos de autor. En el primer caso, puede existir una licencia, implícita o no, para la nueva puesta a disposición o comunicación al público a la que potencialmente da lugar el establecimiento de un enlace. Se trata de una cuestión que deberá determinarse caso por caso. Pero la disponibilidad de una obra a través de una fuente abierta no tiene incidencia alguna sobre el estatuto de una comunicación como acto relevante para el derecho de autor.

La misma lógica se aplica a la distinción entre archivos pirateados y contenidos totalmente lícitos objeto de la actividad de establecimiento de enlaces. La utilización de material pirateado es típica y notoriamente ilícita en sí misma, pero, de nuevo, para valorar un acto de puesta a disposición del público o de comunicación al público de una obra protegida en el marco de los derechos de autor o de los derechos afines, resulta irrelevante que tal acto conduzca a contenidos pirateados o a obras ya puestas a disposición del público con el consentimiento del titular de los derechos.

El acto *ilícito* no se producirá evidentemente siempre que no se interfiera con la decisión del titular de los derechos sobre si y en qué condiciones el contenido protegido se hace disponible a través de Internet. Esto significa, concretamente, que el establecimiento de un enlace será ilegal cuando (i) el contenido haya sido puesto a disposición sin el consentimiento del autor, o (ii) se hayan eludido medidas tecnológicas de protección, o (iii) la disponibilidad del contenido choque de cualquier otra forma con la voluntad declarada o claramente implícita del titular de los derechos. Carece de relevancia en estos casos que la persona que establece el vínculo conozca o no el historial previo del contenido protegido en virtud del cual el establecimiento de un enlace sea ilegal.

Es cierto que los conceptos básicos de los usos sujetos a derechos exclusivos de autor y derechos afines pueden someter a cierta presión a los agentes comerciales que se sirven de enlaces en Internet como herramienta para comunicar al público obras y prestaciones protegidas, a fin de obtener de los titulares los permisos necesarios. No obstante, si se considerase necesario rebajar tal presión, la interpretación de los conceptos básicos de los actos de utilización sujetos al derecho de autor, tal como aquí se han descrito, no sería una vía adecuada para ello. Tal reajuste debería producirse únicamente sobre la base de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor y derechos afines.

En este sentido, una *presunción general* de que el titular de los derechos consiente *nuevos*

actos de comunicación al público de los contenidos que inicialmente se pusieron en Internet con su consentimiento, requeriría, para tener validez, la intervención del legislador. Pero, aún así, el titular de los derechos bien podría encontrarse con que, en el caso concreto, los tribunales se inclinan por deducir su consentimiento al establecimiento del hiperenlace.
