

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Privado



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TESIS DOCTORAL

**ENLACES EN INTERNET
Y
DERECHOS DE AUTOR**

**Autor: José Luis González San Juan
Director: Fernando Carbajo Cascón**

Salamanca, curso 2019/2020

ENLACES EN INTERNET Y DERECHOS DE AUTOR

Resumen:

Los enlaces son la piedra angular de la WWW, al constituir los hilos con los que se teje la Web, pero a pesar de sus innumerables ventajas, en muchas ocasiones van a dar lugar a problemas jurídicos, entre los que destacan los relativos a los derechos de autor. Así, con relativa frecuencia, tanto la mera provisión como el uso de los enlaces, podrán dar lugar a responsabilidad, directa o indirecta, por vulneración de derechos de propiedad intelectual en sentido estricto, o de otras normas jurídicas. En este trabajo analizaremos la problemática de los enlaces dentro del ámbito de los derechos de autor, prestando especial atención al derecho de comunicación pública y al problema de la piratería de contenidos en Internet, defendiendo la tesis de que ha de existir una libertad de enlazar en la WWW, pues lo contrario supondría un obstáculo al desarrollo tecnológico, y afectaría a las libertades de expresión y de información de los usuarios, aunque esta libertad debe estar limitada o condicionada, para lograr un justo equilibrio con los derechos de los autores y otros creadores.

Abstract:

Links are the cornerstone of the WWW, as they constitute the threads with which the Web is woven, but despite its innumerable advantages, in many occasions they will give rise to legal problems, especially in the copyright ambit. Thus, quite often, both the mere provision and the use of the links may give rise to liability, directly or indirectly, for infringement of copyright, or other legal norms. In this work we will analyze the problem of links within the scope of copyright, paying special attention to the right of public communication and the problem of piracy on the Internet, defending the thesis that there should be a freedom of link in WWW, since otherwise it would be an obstacle to technological development, and would affect the freedoms of expression and information of users, although this freedom must be limited or conditioned, to achieve a fair balance with the rights of authors and other creators.

Director:

Doctorando:

Dr. Fernando Carbajo Cascón

José Luis González San Juan

Salamanca, septiembre de 2019



800 AÑOS

Agradecimientos

*A mi querido director, Fernando,
por todo el apoyo que siempre me ha dado,
su paciencia y sus sabios consejos.*

*A mis padres, pues sin ellos nada hubiera logrado,
ya que me enseñaron todo lo importante.*

*A Beatriz, mi último pensamiento y mi primer deseo,
por ser el yate perfecto para cualquier travesía.*

1218 - 2018



800 AÑOS

VNIVERSIDAD
DSALAMANCA

*“En la ciencia, la única verdad sagrada
es que no hay verdades sagradas.”*

Carl Sagan (1934-1996)

*“Defiende tu derecho a pensar, porque incluso pensar
de manera errónea es mejor que no pensar.”*

Hipatia de Alejandria (355-415)

1218 - 2018

ENLACES EN INTERNET Y DERECHOS DE AUTOR

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	xii
INTRODUCCIÓN.....	1
Objetivo	1
Cronología	1
Metodología y estructura	2
Tesis que se defienden.....	4
<u>PARTE I: FUNDAMENTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS</u>	<u>6</u>
CAPÍTULO 1. INTERNET, LA WEB Y LOS ENLACES EN HTML	7
1.1. La Revolución Digital y la Era de la Información.....	7
1.2. El nacimiento de Internet y los protocolos TCP/IP.....	9
1.3. Hipertexto, HTML y la WWW	11
1.4. Características del lenguaje HTML	12
1.5. Principales efectos jurídicos de las TIC	15
1.6. Los enlaces en el lenguaje HTML	16
1.6.1. Página Web y sitio Web	16
1.6.2. Definición y características de los enlaces en HTML	16
1.6.3. Elementos o partes de un enlace.....	16
1.6.3.1. Etiqueta HTML que crea el enlace	17
1.6.3.2. Objeto de la página Web al que está anclado el enlace.....	17
1.6.3.3. Recurso enlazado	17
1.6.3.4. Título y otros metadatos.....	18
1.6.4. Contenidos anexos a los enlaces.....	18
1.6.5. Principales etiquetas HTML que permiten crear enlaces	19
1.6.5.1. Etiqueta <link>	19
1.6.5.2. Etiqueta <a>	19
1.6.5.3. Etiqueta <area>	21
1.6.5.4. Etiquetas HTML que definen enlaces embebidos o ensamblados.....	21
1.6.6. Clasificación de los enlaces en HTML.....	21
1.6.6.1. Según el tipo de etiqueta HTML con la que se construye el enlace	22
1.6.6.2. Según la localización del destino	23
1.6.6.3. Según la acción realizada al activarse el enlace	23
1.6.6.4. Según la forma en que se visualiza el recurso enlazado	24

1.6.6.5. Otros criterios de clasificación de los enlaces.....	24
1.6.6.6. Cuadro resumen.....	26
1.6.7. Efectos de los enlaces sobre la Web enlazada	28
1.6.7.1. Efectos beneficiosos	28
1.6.7.2. Efectos perjudiciales	29
1.6.8. Los enlaces fuera de la World Wide Web.....	29
CAPÍTULO 2. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PÁGINAS WEB	30
2.1. La importancia actual de las páginas Web.....	30
2.2. Función instrumental de las páginas Web, referenciación y código fuente	31
2.3. La protección de las páginas Web por los derechos de autor	32
2.3.1. Originalidad y páginas Web.....	34
2.3.2. La página Web como obra audiovisual.....	39
2.3.3. La página Web como obra plástica	40
2.3.4. La página Web como programa de ordenador	41
2.3.5. La página Web como colección o base de datos.....	44
2.3.6. El carácter <i>sui generis</i> de las páginas Web	46
2.4. Algunas cuestiones relacionadas con la autoría de las páginas Web	47
2.4.1. Creaciones asalariadas	47
2.4.2. Obras de encargo.....	47
2.4.3. Autoría colectiva y páginas Web	48
2.5. La página Web como resultado de una transformación	50
2.6. Páginas web y obras multimedia	51
2.7. Otras protecciones jurídicas de las páginas web.....	53
2.7.1. Propiedad industrial y páginas Web.....	53
2.7.2. Competencia desleal y páginas Web.....	56
2.8. Conclusiones en relación con la protección jurídica de las páginas Web.....	59
CAPÍTULO 3. LOS ENLACES Y SUS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	62
3.1. Introducción	62
3.1.1. Principales problemas jurídicos relacionados con los enlaces.....	62
3.1.2. Ámbito subjetivo de los enlaces.....	64
3.2. El debate sobre la naturaleza jurídica de los enlaces	65
3.3. El derecho a enlazar y el derecho a ser enlazado	66
3.3.1. El derecho a enlazar y la doctrina del <i>free linking</i>	66
3.3.2. El derecho a ser enlazado.....	70
3.3.2.1. El derecho a ser indexado y la neutralidad de búsqueda.....	71
3.3.2.2. El derecho a aparecer en directorios o listas de enlaces.....	72
3.3.2.3. El caso Putman Pit contra la ciudad de Cookeville (Tennessee).....	72
3.3.3. Resumen y conclusiones (derechos a enlazar y a ser enlazado)	74
3.4. Enlaces y vulneración de los derechos fundamentales	74
3.4.1. Introducción	74

3.4.2. Enlaces y libertades de expresión y de información.....	75
3.4.3. Derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen	77
3.4.4. Enlaces y protección de datos de carácter personal.....	78
3.4.5. El derecho al olvido	79
3.4.5.1. La necesidad del derecho al olvido en el mundo digital.....	79
3.4.5.2. Alcance y límites del derecho al olvido	81
3.4.5.3. La posición de la AEPD en relación con derecho al olvido.....	84
3.4.5.4. La STJUE de 13 de mayo de 2014 sobre el derecho al olvido	86
3.4.5.5. La regulación del derecho al olvido en la UE: el art. 17 RGPD.....	87
3.4.5.6. El derecho al olvido en la nueva LOPDGDD española.....	88
3.4.5.7. Críticas a la regulación del derecho al olvido en la UE y en España	89
3.4.5.8. Resumen y conclusiones en relación con el derecho al olvido.....	90
3.4.6. Conflictos entre DDF: el juicio de ponderación constitucional	91
3.4.7. Resumen y conclusiones sobre enlaces y derechos fundamentales.....	92
3.5. Enlaces y propiedad industrial.....	93
3.5.1. Introducción.....	93
3.5.2. El derecho marcario y los enlaces	94
3.5.2.1. Condiciones para que exista una infracción marcaria.....	94
3.5.2.2. El uso de marcas o signos similares a marcas en los enlaces	96
3.5.2.3. Anuncios patrocinados con palabras clave en los buscadores	99
3.5.3. Resumen y conclusiones sobre enlaces y propiedad industrial	104
3.6. Enlaces y competencia desleal.....	104
3.6.1. Introducción.....	104
3.6.2. La doctrina de la complementariedad relativa.....	108
3.6.3. Resumen y conclusiones sobre enlaces y competencia desleal.....	109
3.7. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la SI.....	110
CAPÍTULO 4. ENLACES Y RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES	111
4.1. Introducción.....	111
4.1.1. Marco legal aplicable.....	112
4.2. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la SI.....	113
4.3. Naturaleza jurídica de los artículos 14 a 17 LSSICE.....	114
4.4. Alcance de las exenciones de responsabilidad de la LSSICE	116
4.4.1. Ámbito subjetivo	117
4.4.2. Ámbito material	118
4.4.3. Contenidos ajenos y hechos propios.....	120
4.4.4. Ausencia de una obligación general de control	121
4.4.5. Carácter objetivo o subjetivo de las exenciones.....	122
4.4.6. Inaplicación en relación con las acciones de cesación	123
4.5. Justificación de las exenciones de la LSSICE	125
4.6. Regímenes de puerto seguro establecidos por la LSSICE	127
4.6.1. Servicios de búsqueda y enlaces (art. 17 LSSICE)	128
4.6.1.1. Concepto de conocimiento efectivo.....	129

4.6.1.2. Concepto de diligencia debida	132
4.6.1.3. Consideraciones adicionales en relación con el conocimiento efectivo....	134
4.6.2. Operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14 LSSICE).....	138
4.6.3. Almacenaje temporal en memoria caché (art. 15 LSSICE)	140
4.6.4. Servicios de alojamiento y almacenamiento (art. 16 LSSICE).....	143
4.7. Principales diferencias entre LSSICE y la Directiva 2000/31/CE	145
4.8. La solución estadounidense: Digital Millennium Copyright Act	146
4.9. Resumen y conclusiones	151
<u>PARTE II: LOS ENLACES Y LOS DERECHOS DE AUTOR.....</u>	<u>152</u>
CAPÍTULO 5. LOS ENLACES Y LOS ACTOS DE EXPLOTACIÓN	153
5.1. Introducción	153
5.1.1. La propiedad intelectual en las cartas de derechos fundamentales	154
5.1.2. ¿Puede un enlace ser obra protegida por los derechos de autor?	155
5.2. Los enlaces y el derecho de reproducción.....	157
5.2.1. La importancia del derecho de reproducción en el mundo digital	157
5.2.2. Los enlaces y los actos de reproducción	157
5.2.3. Elementos del enlace y actos de reproducción.....	159
5.2.4. Materiales anexos al enlace y actos de reproducción	161
5.3. Los enlaces y el derecho de transformación	161
5.3.1. Los enlaces y la transformación de la obra enlazada	161
5.3.2. Elementos del enlace y el derecho de transformación	162
5.3.3. Materiales anexos al enlace y el derecho de transformación	163
5.4. Los enlaces como actos de comunicación pública	163
5.4.1. Introducción: el derecho de comunicación pública.....	163
5.4.2. El debate sobre si los enlaces son o no actos de comunicación pública	165
5.4.2.1. Argumentos en contra.....	165
5.4.2.2. Argumento a favor.....	169
5.4.3. Doctrina del TJUE sobre enlaces	171
5.4.3.1. STJUE de 13 de febrero de 2014, asunto Svensson (C-466/12)	172
5.4.3.2. ATJUE de 21 de octubre de 2014, asunto BestWater (C-348/13)	175
5.4.3.3. STJUE de 8 de septiembre de 2016, asunto GS Media (C-160/15).....	177
5.4.3.4. STJUE de 26 de abril de 2017, asunto Stichting/filmspeler (C-527/15)...	181
5.4.3.5. STJUE de 14 de junio de 2017, asunto The Pirate Bay (C-610/15).....	185
5.4.3.6. STJUE de 7 de agosto de 2018, asunto Córdoba (C-161/17).....	187
5.4.4. Resumen de la doctrina del TJUE.....	191
5.4.5. Crítica a la doctrina del TJUE.....	193
5.4.6. Situaciones conflictivas que siguen abiertas	199
5.4.7. Elementos del enlace y actos de comunicación pública.....	201
5.4.8. Materiales anexos al enlace y actos de comunicación pública	201
5.5. Los enlaces como actos de explotación atípica	201

5.6. Aplicación de las exenciones de responsabilidad de la LSSICE	203
5.7. Resumen y conclusiones	203
CAPÍTULO 6. OTRAS INSTITUCIONES APLICABLES A LOS ENLACES.....	205
6.1. Los enlaces y el límite de la cita.....	205
6.1.1. Aplicación del límite de la cita a los enlaces.....	205
6.1.2. Asunto Spiegel Online (C-516/17): citar utilizando enlaces	209
6.1.2.1. Planteamiento de la controversia	209
6.1.2.2. Conclusiones del Abogado General en el caso Spiegel Online	211
6.1.2.3. Sentencia del TJUE de 29 de julio de 2019, asunto Spiegel Online.....	212
6.1.3. Aplicación del límite de la cita a otros elementos del enlace	213
6.1.4. Materiales anexos y el límite de la cita.....	214
6.1.5. Conclusiones sobre la aplicación del límite de la cita a los enlaces.....	214
6.2. Enlaces y responsabilidad indirecta	215
6.2.1. Introducción.....	215
6.2.2. La responsabilidad indirecta estadounidense (<i>secondary liability</i>).....	216
6.2.2.1. Responsabilidad vicaria (<i>vicarious liability</i>).	217
6.2.2.2. Contribución a la infracción (<i>contributory liability</i>).....	218
6.2.2.3. Inducción a la infracción (<i>inducement liability</i>).....	219
6.2.3. La reforma del art. 138 TRLPI operada por la Ley 21/2014.....	220
6.2.3.1. Ámbito subjetivo de la responsabilidad indirecta del art. 138 TRLPI.....	222
6.2.3.2. Tipos de responsabilidad indirecta previstos en el art. 138 TRLPI	222
6.2.3.3. Aplicación de las exenciones de responsabilidad de la LSSICE	226
6.2.4. Resumen y conclusiones en relación con la responsabilidad indirecta	227
6.3. La doctrina del flexible copyright y su aplicación a los enlaces.....	228
6.3.1. Licencia implícita y usos sociales tolerados.....	229
6.3.2. Aplicación inversa de la regla de los tres pasos	232
6.3.3. <i>Fair use</i> y doctrina del <i>ius usus inocui</i>	234
6.3.4. Conclusiones en relación con la doctrina del flexible copyright.....	236
6.4. Propuesta de <i>lege ferenda</i>: límite específico para los enlaces	237
CAPÍTULO 7. PROBLEMAS JURÍDICOS ASOCIADOS A LOS ENLACES.....	239
7.1. Enlaces a artículos de prensa	239
7.1.1. Introducción.....	239
7.1.2. El nuevo derecho conexo alemán para los editores	242
7.1.3. Press clipping (art. 32.1 TRLPI).....	243
7.1.4. Press linking (art. 32.2 TRLPI)	245
7.1.4.1. Excepción prevista para los buscadores.....	247
7.1.4.2. Limitación a favor de los agregadores de noticias (Tasa Google).....	249
7.1.4.3. Prohibición del uso de imágenes sin autorización en cualquier caso	254
7.1.5. Crítica a la regulación española relativa a los artículos de prensa	255
7.1.6. Artículos de prensa en la Directiva (UE) 2019/790	257
7.1.7. Conclusiones sobre enlaces y artículos de prensa	260

7.2. La problemática de los materiales anexos a los enlaces	262
7.2.1. Derechos afectados por la utilización de materiales anexos	262
7.2.2. Marco legal de los materiales anexos a los enlaces en España	264
7.2.3. Posibles soluciones al problema de los materiales anexos	265
7.2.4. Conclusiones en relación con los materiales anexos	269
7.3. Enlaces y memoria caché	270
7.3.1. Introducción: concepto de memoria caché.....	270
7.3.2. Derechos afectados por el uso de la memoria caché.....	271
7.3.2.1. Utilización de técnicas de caching durante la indexación.....	272
7.3.2.2. Ofrecimiento de la copia en caché a los usuarios del buscador	273
7.3.2.3. Consideraciones generales sobre el uso de caching en los buscadores.....	275
7.3.3. Memoria caché y exenciones de responsabilidad LSSICE.....	275
7.3.4. Posibles soluciones al problema de la memoria caché	276
7.3.5. Conclusiones en relación con los enlaces y la memoria caché	279
7.4. Medidas tecnológicas de protección (MTP).....	280
7.4.1. Introducción	280
7.4.2. Límites a las Medidas Tecnológicas de Protección	282
7.4.3. Enlaces y Medidas Tecnológicas de Protección	284
7.4.4. Resumen y conclusiones en relación con las MTP.....	285
7.5. Enlaces y derechos morales.....	285
7.5.1. Introducción	285
7.5.2. Derechos morales que pueden verse afectador por los enlaces.....	286
7.5.2.1. Derecho a la paternidad de la obra	287
7.5.2.2. Derecho a decidir sobre la divulgación de la obra	288
7.5.2.3. Derecho a la integridad de la obra.....	289
7.5.3. Irrelevancia de la distinción entre enlaces profundos y superficiales.....	291
7.5.4. Conclusiones en relación con los enlaces y los derechos morales.....	293
7.6. Aplicación de las exenciones de responsabilidad de la LSSICE.....	294
7.7. Conclusiones generales en relación con los problemas analizados.....	294
CAPÍTULO 8. EL PAPEL DE LOS ENLACES EN LA PIRATERÍA.....	296
8.1. Conceptos previos	297
8.1.1. Dificultades para perseguir jurídicamente a los usuarios o internautas	297
8.1.2. Descarga vs. <i>streaming</i>	299
8.1.3. Descargas directas y descargas mediante páginas de enlaces.....	301
8.1.4. Redes de intercambio entre pares o P2P	302
8.2. Modelos más habituales de piratería de contenidos en la WWW	306
8.2.1. Descargas directas desde páginas Web	306
8.2.1.1. Introducción	306
8.2.1.2. Funcionamiento de las descargas directas.....	308
8.2.1.3. Ámbito subjetivo, ánimo de lucro y exenciones de responsabilidad	310
8.2.2. Descargas a través de redes P2P	313
8.2.2.1. Introducción	313

8.2.2.2. Funcionamiento de las descargas a través de redes P2P.....	313
8.2.2.3. Ámbito subjetivo, ánimo de lucro y exenciones de responsabilidad.....	316
8.2.3. Descargas mediante enlaces a redes P2P.....	319
8.2.3.1. Introducción.....	319
8.2.3.2. Funcionamiento de las descargas mediante enlaces P2P.....	320
8.2.3.3. Ámbito subjetivo, ánimo de lucro y exenciones de responsabilidad.....	323
8.2.4. Descarga mediante enlaces a megasitios de almacenamiento masivo	325
8.2.4.1. Introducción.....	325
8.2.4.2. Funcionamiento de la descarga mediante enlaces a megasitios.....	327
8.2.4.3. Variante con encriptación (modelo de negocio de Mega).....	329
8.2.4.4. Ámbito subjetivo, ánimo de lucro y exenciones de responsabilidad.....	335
8.2.5. El papel de los prestadores de servicios de búsqueda en la piratería	337
8.2.5.1. Introducción.....	337
8.2.5.2. Responsabilidad de los buscadores.....	339
8.2.5.3. Aplicación del puerto seguro del art. 17 LSSICE.....	340
8.2.5.4. Conclusiones en relación con los buscadores y la piratería.....	340
8.2.6. Otras formas de piratería en las que no intervienen enlaces.....	341
8.3. Recapitulación: responsabilidad de los distintos sujetos	343
8.3.1. Internautas o usuarios de Internet.....	343
8.3.2. Servicios ilícitos de descarga directa.....	344
8.3.3. Gestores y creadores de redes P2P	344
8.3.4. Prestadores de enlaces	345
8.3.5. Megasitios de almacenamiento masivo	345
8.3.6. Prestadores de servicios de búsqueda.....	346
8.3.7. Comercializadores de Kodi-Boxes	346
8.4. Acciones civiles contra los infractores	347
8.4.1. Responsabilidad directa.....	347
8.4.2. Responsabilidad indirecta.....	348
8.4.3. Acciones de cesación contra los intermediarios	348
8.4.4. Medidas cautelares en el proceso civil	349
8.5. Cuestión a debatir: comunicación pública vs. responsabilidad indirecta.....	350
8.6. Aplicación de las exenciones de responsabilidad de la LSSICE	351
8.7. Conclusiones sobre enlaces y piratería de contenidos en Internet.....	352
CAPÍTULO 9. DELITOS COMETIDOS MEDIANTE ENLACES	354
9.1. Introducción: Los delitos en la WWW	354
9.1.1. Los delitos tecnológicos o ciberdelitos.....	354
9.2. Responsabilidad penal y exenciones de la LSSICE.....	357
9.2.1. Responsabilidad penal y responsabilidad civil derivada del delito	357
9.2.2. Exenciones de responsabilidad de la LSSICE.....	359
9.3. Delitos relativos a los derechos de autor	360
9.3.1. Delito contra los derechos de autor: tipo básico (art. 270.1 CP).....	361
9.3.1.1. Sujetos activo y pasivo, objeto material y elementos subjetivos.....	362

9.3.1.2. Penas, atenuantes, eximentes y exenciones de responsabilidad.....	364
9.3.2. La persecución penal de las Webs de enlaces (art. 270.2 CP)	365
9.3.2.1. Problemas existentes antes de la reforma del año 2015	366
9.3.2.2. Descripción del tipo penal del artículo 270.2 CP.....	368
9.3.2.3. Sujetos activo y pasivo, objeto material y elementos subjetivos	369
9.3.2.4. Penas, atenuantes, eximentes y exenciones de responsabilidad.....	370
9.3.2.5. El caso Youkioske: STS 920/2016, Sala de lo Penal, de 12/12/2016.....	371
9.3.3. Medidas Tecnológicas de Protección (art. 270.5.d CP)	372
9.3.3.1. Sujetos activo y pasivo, objeto material y elementos subjetivos	373
9.3.3.2. Penas, atenuantes, eximentes y exenciones de responsabilidad.....	373
9.3.4. Consideraciones generales sobre los delitos anteriores	374
9.4. Análisis de la responsabilidad penal de los distintos actores	375
9.4.1. Internautas o usuarios de Internet	376
9.4.1.1. Uploaders (internautas que suben las obras y prestaciones)	376
9.4.1.2. Dowloaders (internautas que realizan las descargas).....	377
9.4.2. Servicios ilícitos de descarga directa	377
9.4.3. Gestores y creadores de redes P2P	377
9.4.4. Prestadores de enlaces.....	378
9.4.4.1. Prestadores ocasionales de enlaces	378
9.4.4.2. Webs de enlaces.....	378
9.4.5. Megasitios de almacenamiento masivo.....	379
9.4.6. Prestadores de servicios de búsqueda	379
9.4.7. Comercializadores de Kodi-Boxes.....	379
9.5. Otros delitos susceptibles de ser cometidos con los enlaces	379
9.6. Resumen y conclusiones en relación con los aspectos penales	380
CAPÍTULO 10. OTRAS FORMAS DE TUTELA DE LA PI	382
10.1. Introducción	382
10.2. La protección administrativa de los derechos de autor.....	383
10.2.1. Introducción	383
10.2.2. La ley de economía sostenible o ley Sinde-Wert.....	384
10.2.3. Ámbitos de aplicación del nuevo procedimiento administrativo	385
10.2.3.1. Ámbito subjetivo	385
10.2.3.2. Ámbito objetivo material	386
10.2.3.3. Ámbito territorial.....	387
10.2.4. Desarrollo del procedimiento administrativo.....	387
10.2.5. Control judicial del procedimiento administrativo	389
10.2.6. Aplicación de las exenciones de responsabilidad LSSICE.....	391
10.2.7. Crítica al procedimiento administrativo.....	392
10.2.8. Doctrina y estadísticas de la Sección Segunda de la CPI.....	394
10.2.9. Conclusiones en relación con el procedimiento del art. 195 TRLPI	396
10.3. Tutela extrajudicial y voluntaria: notificación y retirada	398
10.3.1. El procedimiento “ <i>notice and takedown</i> ” estadounidense	400

10.3.2. Características de un sistema de notificación y retirada eficaz	401
10.3.2.1. Contenido mínimo de la notificación.....	401
10.3.2.2. Contra notificación y otros aspectos esenciales a tener en cuenta.....	403
10.3.3. Inconvenientes de los sistemas de notificación y retirada.....	404
10.3.4. Conclusiones en relación con el procedimiento de notificación y retirada	405
<u>PARTE III: CONCLUSIONES Y ANEXOS.....</u>	407
CAPÍTULO 11. CONCLUSIONES	408
ANEXO I. BIBLIOGRAFÍA.....	418
ANEXO II. LEGISLACIÓN	432
II.1. Española.....	432
II.2. Comunitaria	434
ANEXO III. RESOLUCIONES CITADAS	435
III.1. Tribunal de Justicia de la UE.....	435
III.2. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos	436
III.3. Española	436
III.4. Otros Estados de la UE	440
III.5. Estadounidense.....	441
III.6. Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos	442
III.7. Resoluciones de la Sección Segunda de la CPI	442

I. ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AAP	<i>Auto de la Audiencia Provincial</i>
ADO	<i>ActiveX Data Objects</i>
ADPIC	<i>Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (anexo 1C del Acuerdo de Marrakech de la OMC)</i>
AEDE	<i>Asociación de Editores de Diarios Españoles</i>
AEPD	<i>Agencia Española de Protección de Datos</i>
AG	<i>Abogado General del TJUE</i>
AJM	<i>Auto del Juzgado de lo Mercantil</i>
ALAI	<i>Association Littéraire et Artistique Internationale</i>
AN	<i>Audiencia Nacional</i>
AP	<i>Audiencia Provincial</i>
ARP	<i>Address Resolution Protocol</i>
ARPA	<i>Advanced Research Projects Agency</i>
ARPANET	<i>Advanced Research Projects Agency Network</i>
Art.	<i>Artículo</i>
Arts.	<i>Artículos</i>
ASCII	<i>American Standard Code for Information Interchange</i>
ASP	<i>Active Server Pages</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania)</i>
BIT	<i>Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional</i>
BOE	<i>Boletín oficial del Estado</i>
CC	<i>Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889)</i>
CD	<i>Compact disk</i>
CDFUE	<i>Carta de Derechos Fundamentales de la UE</i>
CE	<i>Constitución Española de 1978</i>
CEDH	<i>Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Consejo de Europa, 4/11/1950)</i>
CENDOJ	<i>Centro de Documentación Judicial (Consejo General del Poder Judicial)</i>
CERN	<i>Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire</i>
CGPJ	<i>Consejo General del Poder Judicial</i>
CP	<i>Código Penal (LO 10/1995 de 23 de noviembre)</i>
CPD	<i>Centro de Proceso de Datos</i>
CPI	<i>Comisión de la Propiedad Intelectual</i>
CSS	<i>Cascading Style Sheets</i>
DARPA	<i>Defense Advanced Research Projects Agency</i>
DCE	<i>Directiva de Comercio Electrónico (Directiva 2000/31/CE)</i>
DDFF	<i>Derechos Fundamentales</i>
DDoS	<i>Distributed Denial of Service (ataque de Denegación de Servicio distribuido)</i>
DHTML	<i>Dynamic HTML</i>
DMCA	<i>Digital Millennium Copyright Act (ley estadounidense de 28 de octubre de 1998)</i>
DoS	<i>Denial of Service (ataque de Denegación de Servicio)</i>
DPI	<i>Deep Packet Inspection (Inspección Profunda de Paquetes, IPP)</i>
DUDH	<i>Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 10/12/1948)</i>
DVD	<i>Digital Versatile Disk</i>
ECLI	<i>European Case Law Identifier (Identificador europeo de jurisprudencia).</i>
ECS	<i>European Copyright Society</i>
EPUB	<i>Electronic publication</i>
FFJJ	<i>Fundamentos Jurídicos</i>
FJ	<i>Fundamento Jurídico</i>
FRESS	<i>File Retrieval and Editing System</i>
FTP	<i>File Transfer Protocol</i>

GB	<i>Giga Byte (1.000.000.000 Bytes)</i>
GDT	<i>Grupo de Delitos Telemáticos (Guardia Civil)</i>
HES	<i>Hypertext Editing System</i>
HTML	<i>HyperText Mark-up Language</i>
HTTP	<i>HyperText Transfer Protocol</i>
HTTPS	<i>HyperText Transfer Protocol Secure</i>
IaaS	<i>Infrastructure as a Service (infraestructura como servicio)</i>
Ibíd.	<i>Ibídem (en el mismo lugar)</i>
INCIBE	<i>Instituto Nacional de Ciberseguridad de España</i>
INTECO	<i>Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (Ministerio de Industria). Desde el 28 de octubre de 2014 pasó a denominarse INCIBE</i>
IP	<i>Internet Protocol¹</i>
IPP	<i>Inspección Profunda de Paquetes (Deep Packet Inspection, DPI)</i>
ISP	<i>Internet Service Provider</i>
LCD	<i>Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero)</i>
LEcrim	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882)</i>
LES	<i>Ley de Economía Sostenible, conocida como Ley Sinde (Ley 2/2011 de 4 de marzo)</i>
LM	<i>Ley de Marcas (Ley 17/2001 de 7 de diciembre)</i>
LO	<i>Ley Orgánica</i>
LOPD	<i>Ley Orgánica de Protección de Datos (LO 15/1999, de 13 diciembre)</i>
LOPDGDD	<i>Ley Orgánica de Protección de Datos y de Garantías de Derechos Digitales. LO 3/2018, de 5 de diciembre de 2018.</i>
LORTAD	<i>Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal</i>
LP	<i>Ley de Patentes (Ley 11/1986 de 20 de marzo)</i>
LPI	<i>Ley de Propiedad Intelectual</i>
LRJCA	<i>Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio).</i>
LSSICE	<i>Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (ley 34/2002, de 11 de julio)</i>
MAC	<i>MAC address (dirección MAC)</i>
MB	<i>Mega Byte (1.000.000 Bytes)</i>
MSDOS	<i>Microsoft Disk Operating System</i>
MTP	<i>Medidas Tecnológica de Protección</i>
NCSA	<i>National Center for Supercomputing Applications</i>
NIST	<i>National Institute of Standards and Technology (U.S. Department of Commerce)</i>
nº	<i>Número</i>
OMC	<i>Organización Mundial del Comercio</i>
OMPI	<i>Organización Mundial de la Propiedad Intelectual</i>
op. cit.	<i>Opere citato (obra citada)</i>
p.	<i>Página</i>
P2P	<i>Peer to peer (red de intercambio de ficheros entre pares)</i>
PaaS	<i>Platform as a Service (plataforma como servicio)</i>
PC	<i>Personal Computer (ordenador personal)</i>
PDF	<i>Portable Document Format</i>
PI	<i>Propiedad Intelectual</i>
PIB	<i>Producto Interior Bruto</i>
pp.	<i>Páginas</i>
RAM	<i>Random Access Memory (Memoria de acceso aleatorio)</i>
RD	<i>Real Decreto</i>
RDL	<i>Real Decreto Legislativo</i>

¹ Aunque muchas veces se utiliza con el significado de “TCP/IP address” o dirección de Internet.

RD-ley	<i>Real Decreto Ley</i>
RGPD	<i>Reglamento General de Protección de Datos. Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril.</i>
RLOPD	<i>Reglamento de desarrollo de la LOPD (RD 1720/2007, de 21 de diciembre)</i>
Roj	<i>Referencia que identifica las sentencias en la base de datos del CENDOJ</i>
S.L.	<i>Sociedad Limitada</i>
S.L.U.	<i>Sociedad Limitada Unipersonal</i>
SaaS	<i>Software as a Service (software como servicio)</i>
SAN	<i>Sentencia de la Audiencia Nacional</i>
SAP	<i>Sentencia de la Audiencia Provincial</i>
SEO	<i>Search Engine Optimization</i>
SFTP	<i>Secure File Transfer Protocol (protocolo de transmisión de ficheros seguro)</i>
SI	<i>Sociedad de la Información</i>
SJM	<i>Sentencia del Juzgado de lo Mercantil</i>
SJP	<i>Sentencia del Juzgado de lo Penal</i>
SMS	<i>Short Message Service (servicio de mensajes cortos)</i>
SMTP	<i>Simple Mail Transfer Protocol</i>
SMTSP	<i>Simple Mail Transfer Protocol Secure</i>
SSAP	<i>Sentencias de la Audiencia Provincial</i>
SSTJUE	<i>Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE</i>
SSTS	<i>Sentencias del Tribunal Supremo</i>
STC	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
STEDH	<i>Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos</i>
STJUE	<i>Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE</i>
STS	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
TC	<i>Tribunal Constitucional</i>
TCP	<i>Transmission Control Protocol</i>
TCP/IP	<i>Transmission Control Protocol / Internet Protocol</i>
TEDH	<i>Tribunal Europeo de los Derechos Humanos</i>
TIC	<i>Tecnologías de la Información y las Comunicaciones</i>
TJUE	<i>Tribunal de Justicia de la UE</i>
TOR	<i>The Onion Router</i>
TPB	<i>The Pirate Bay</i>
TRLGDCU	<i>Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (ley 1/2007, de 16 de noviembre)</i>
TRLPI	<i>Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996, de 12 de abril)</i>
TS	<i>Tribunal Supremo</i>
UE	<i>Unión Europea</i>
URL	<i>Uniform Resource Locator</i>
USB	<i>Universal Serial Bus</i>
v. gr.	<i>Vervigracia</i>
Vid.	<i>Véase</i>
VPN	<i>Virtual Private Network (red privada virtual)</i>
vs.	<i>Versus</i>
WIPO	<i>World Intellectual Property Organization</i>
WWW	<i>World Wide Web</i>
XHTML	<i>eXtensible HyperText Markup Language</i>
XML	<i>eXtensible Markup Language</i>

“Un viaje de miles de kilómetros comienza siempre con un primer paso.”
Lao-Tse (siglo VI a. C.)

INTRODUCCIÓN

Objetivo

En la era de Internet y las telecomunicaciones ha surgido un nuevo espacio, el virtual, una nueva dimensión en la que cada vez realizamos más actividades, tanto en el ámbito privado como en el profesional, y que está construido en torno a las páginas Web, unos documentos electrónicos de hipertexto, normalmente multimedia y casi siempre interactivos, cuya función principal es facilitar el acceso a la información.

Y los enlaces, los hilos con los que se teje la WWW, son la piedra angular de esta inmensa red construida por las páginas Web, y sin lugar a dudas la clave de su éxito, al permitir el acceso rápido, ágil y sencillo a la vasta cantidad de información existente en ella.

Pero, a pesar de las indiscutibles ventajas que los enlaces proporcionan, no están exentos de inconvenientes, pudiendo dar lugar diferentes problemas jurídicos, siendo probablemente los más importantes los relacionados con los derechos de autor.

Por ello, el objetivo del presente trabajo es analizar los problemas que, dentro del ámbito de los derechos de autor, suscitan los enlaces en la WWW.

Cronología

La elaboración de este trabajo comenzó en septiembre de 2014, y ha finalizado en septiembre de 2019, comprendiendo por tanto un período de cinco años, en el que ciertamente se han producido novedades relevantes en relación con los enlaces, tanto por la promulgación de nuevas normas legales o reformas de las ya existentes, como también porque se han dictado importantes resoluciones judiciales, de entre las que destacan las relativas a los enlaces y el derecho de comunicación pública del TJUE.

Durante todo este tiempo que he dedicado a la elaboración de la tesis, además de seguir trabajando como ingeniero de telecomunicaciones, he asistido a diversos seminarios, congresos y conferencias, teniendo la oportunidad de participar en algunos de ellos como

ponente, y también he podido publicar algunos artículos relacionados con los enlaces, Internet y las TIC en general.

Metodología y estructura

La metodología utilizada para elaborar esta tesis, ha sido la habitual en los estudios jurídicos, esto es, analizar desde un punto de vista crítico las diferentes normas legales existentes sobre la materia objeto del estudio, y complementar el análisis con numerosos artículos doctrinales, así como con las resoluciones judiciales más relevantes dictadas en los últimos años.

Se han utilizado pues, especialmente estrategias de investigación cualitativas, y se ha seguido fundamentalmente un enfoque inductivo o interpretativo.

El sistema de citas que hemos elegido, ha sido también el utilizado tradicionalmente en el ámbito jurídico, esto es, citar en nota a pie de página indicando tanto el autor como el título de la obra, junto con la página o páginas concretas a las que se refiere la cita, incluyendo todos los detalles de la referencia en la primera cita, así como en un anexo final de bibliografía.

En cuanto a la estructura, el presente trabajo se divide en 10 capítulos, en los que se van desarrollando los diferentes temas tratados, y un capítulo final, el número 11, dedicado exclusivamente a exponer las conclusiones.

Estos 11 capítulos se encuentran agrupados en tres partes, tal y como se detalla a continuación:

La parte I, denominada “Fundamentos técnicos y jurídicos”, comprende desde el capítulo 1 hasta el 4, ambos incluidos.

- El capítulo 1, “Internet, la Web y los enlaces en HTML”, se centra en introducir algunos conceptos técnicos, tanto de la WWW como de los enlaces, dedicando una especial atención a la clasificación de estos últimos.
- El capítulo 2, “La protección jurídica de las páginas Web”, realiza un análisis de la naturaleza jurídica de las páginas Web, así como de su protección, especialmente en el ámbito de los derechos de autor.

- El capítulo 3, “Los enlaces y sus problemas jurídicos”, pretende presentar una visión general de los problemas jurídicos que suscitan los enlaces, en todos los ámbitos o ramas del derecho.
- El capítulo 4, “Enlaces y responsabilidad de los prestadores”, analiza en profundidad las exenciones de responsabilidad establecidas en la LSSICE para los prestadores de servicios de la SI, especialmente la del art. 17, que es la que resulta aplicable a los prestadores de servicios de búsqueda y de enlaces.

La parte II, titulada “Los enlaces y los derechos de autor”, constituye el núcleo central del trabajo, y comprende los capítulos 5 al 10, en los que se analizan los problemas asociados a los enlaces dentro del ámbito de los derechos de autor.

- El capítulo 5, “Los enlaces y los actos de explotación”, estudia los diferentes derechos de explotación que pueden verse afectados tanto con la provisión como con el uso de los enlaces, analizando desde un punto de vista crítico, las diferentes resoluciones que, en relación con los enlaces y el derecho de comunicación pública, ha dictado el TJUE en los últimos años.
- El capítulo 6, “Otras instituciones aplicables a los enlaces”, analiza las principales figuras legales que, además de la comunicación pública, se han utilizado para justificar la actividad de enlazar, así como para atribuir responsabilidad asociada a la misma.
- El capítulo 7, “Problemas jurídicos asociados a los enlaces”, se dedica a estudiar diferentes problemas concretos, relativos a los enlaces y los derechos de autor, pero limitándose al ámbito civil, y sin entrar a analizar el de la piratería de contenidos, que por su especial relevancia será tratado en el siguiente capítulo.
- El capítulo 8, “El papel de los enlaces en la piratería”, estudia el problema de la piratería de contenidos en Internet, así como el papel esencial que tienen los enlaces en la misma.
- El capítulo 9, “Delitos cometidos mediante enlaces”, se centra en revisar los delitos que pueden cometerse mediante la provisión o el uso de enlaces, aunque limitándose a los relativos a los derechos de autor.
- El capítulo 10, “Otras formas de tutela de la PI”, se dedica a analizar el procedimiento administrativo regulado en el art. 195.3 TRLPI, y finalmente, a comentar las características que debería tener un sistema de notificación y retirada de contenidos

para que fuera eficaz, a la hora de proteger los intereses de los titulares de los derechos, pero sin afectar a las libertades de expresión y de información, ni al acceso a la cultura.

Finalmente, el trabajo se cierra con la parte III, “Conclusiones y anexos”, que comprende el capítulo final y los diferentes anexos.

- El capítulo 11, “Conclusiones”, contiene las conclusiones del presente trabajo.
- Anexo I, con las referencias bibliográficas.
- Anexo II, con la lista de normas legales a las que se han hecho referencia.
- Anexo III, en el que se incluyen las diferentes resoluciones judiciales citadas o comentadas.

Tesis que se defienden

Al ser los enlaces la piedra angular de la WWW, defendemos que ha de existir libertad de enlazar como regla general, pues lo contrario supondría un freno a la innovación y pondría en riesgo la existencia misma de la Web, al menos tal y como la conocemos.

No obstante, esta libertad de enlazar ha de estar limitada o condicionada, puesto que es evidente que existen muchas ocasiones en las que los enlaces pueden dar lugar a vulneraciones de derechos los derechos de autor, así como de otras normas jurídicas, pudiendo afectar también a los derechos fundamentales, tanto de los propios usuarios como de terceros.

Si bien esta libertad de enlazar puede justificarse mediante distintas instituciones jurídicas, que en la práctica entendemos producen unos resultados muy similares, en nuestra opinión, la figura más adecuada para establecerla es la doctrina de la autorización tácita, doctrina englobada dentro de la corriente flexibilizadora de los derechos de autor (*flexible copyright*), y que además presenta la importante ventaja de que puede ser aplicada en otros ámbitos jurídicos diferentes al de los derechos de autor.

Mantenemos también que todos los tipos de enlaces tienen la misma naturaleza jurídica, de forma que la doctrina de la licencia implícita (o cualquier otra institución que pueda ser utilizada para justificarlos), debe aplicarse a todos ellos, sin que sea necesario realizar

diferencias relevantes en función del tipo de enlace.

También defendemos, en aras a una mayor seguridad jurídica, la creación de *lege ferenda*, de una excepción específica para la actividad de enlazar, que operaría como una presunción *iuris tantum* de la existencia de autorización tácita para establecer enlaces, siempre que no se afecte a la normal explotación de la obra ni se cause un perjuicio injustificado a los titulares, y además, la información enlazada se encuentre disponible libremente en Internet y con autorización de los titulares.

Cuando decayera esta presunción, por haber sido la obra subida a la WWW sin autorización del titular de los derechos, por afectar a su normal explotación, o por la existencia de una oposición del titular de los derechos al establecimiento de enlaces, expresa o tácita (v. gr. mediante MTP), se podría imputar responsabilidad tanto a los infractores directos (que hayan realizado actos de explotación no autorizados de la obra), como a los indirectos (por colaborar, contribuir o inducir las infracciones).

Entendemos que ha de ser una excepción en sentido estricto, esto es, no debe estar sujeta a compensación, puesto que tal y como la hemos conformado, quedarían fuera de la misma todos los casos en los que se vea afectada la normal explotación de la obra.

Adicionalmente, consideramos que debe cubrir todo tipo de enlaces, incluyendo los profundos, los embebidos y los de tipo marco, pues todos ellos tienen la misma naturaleza jurídica, y por otra parte, debería extenderse además a los contenidos anexos que suelen acompañar a los enlaces, dando lugar a los enlaces enriquecidos (aunque también podría crearse una excepción específica para estos materiales anexos).

*Hasta un reloj parado dará la
hora exacta dos veces cada día.
Anónimo*

CAPÍTULO 11. CONCLUSIONES

Primera.- Las TIC han dado lugar a la aparición de nuevos problemas jurídicos. Las TIC, y especialmente la digitalización y las redes de comunicaciones, entre las que destaca Internet, han modificado sustancialmente nuestra forma de comunicarnos, permitiendo nuevas formas de creación, generando nuevos tipos de obras, y dando lugar a la aparición de nuevos modelos de explotación de éstas, pero también han provocado una gran cantidad de nuevos problemas jurídicos, entre los que destacan los relacionados con los derechos de autor.

Segunda.- Regulación expresa de las páginas Web y nuevo derecho sui generis. La WWW, el principal recurso de Internet hoy en día, está constituido por un entramado de páginas Web, que son creaciones complejas, normalmente multimedia e interactivas, constituidas por una serie de elementos individuales de muy diversa naturaleza (textos, fotos, videos, gráficos, sonidos, programas, etc.). Estas páginas Web están protegidas por los derechos de autor cuando son originales y han sido el fruto de una actividad creativa humana. En ocasiones podrán ser colecciones o bases de datos, pero nunca serán programas de ordenador y difícilmente obras plásticas o audiovisuales, de forma que, al no encajar plenamente en ninguna de las categorías de obras expresamente contempladas en nuestro TRLPI, podemos considerarlas como obras *sui generis*, aunque dada su relevancia hoy en día, tanto cuantitativa como cualitativamente, al formar parte del fondo de comercio de las empresas y ser también muy relevantes para los particulares, mantenemos que deberían ser expresamente reguladas como un nuevo tipo de obras protegidas, junto con las obras multimedia, debiendo crearse, de *lege ferenda*, un nuevo derecho *sui generis* para el fabricante de ambos tipos de obras, similar al establecido en el art. 133 TRLPI para las bases de datos, siempre que su creación haya necesitado una inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente. No obstante, esta regulación debe contemplar también su régimen jurídico, que puede ser el mismo que el de las obras multimedia, que también defendemos que han de ser expresamente contempladas como categoría de obras, dado que los problemas que suscitan las obras multimedia son muy similares a los de las páginas Web.

Tercera.- Libertad de enlazar limitada o condicionada. Los enlaces son la piedra angular de la Web, al constituir los hilos con los que ésta se teje, y sin lugar a dudas han sido la clave

de su éxito, pero también es cierto que, en ocasiones, pueden vulnerar derechos de terceros (derechos de autor, propiedad industrial, derechos fundamentales, etc.), de forma que hoy en día prácticamente nadie defiende la doctrina del *free linking* de forma absoluta. No obstante, es preciso que exista una libertad general de enlazar, que cubra todo tipo de responsabilidad (penal, civil y administrativa), y se extienda a cualquier ámbito (y no solo a los derechos de autor), de forma que no se frene el desarrollo tecnológico, pero esta libertad de enlazar ha de estar limitada o condicionada, para lograr un justo equilibrio entre los intereses de los actores implicados, algo que se traducirá en un beneficio para la sociedad en su conjunto.

Cuarta.- Todos los tipos de enlaces tienen la misma naturaleza jurídica, por lo que, con carácter general, no existen diferencias relevantes entre ellos desde un punto de vista jurídico, especialmente en lo que respecta a los derechos de autor.

Quinta.- Irrelevancia jurídica de la distinción entre enlaces profundos y superficiales. Mantenemos que no existen razones jurídicas que aconsejen utilizar los enlaces superficiales frente a los profundos, pues no hay diferencias relevantes entre ellos, en lo que respecta a las vulneraciones de derechos de autor, y tampoco es cierto hoy en día, que los enlaces profundos reduzcan los ingresos por publicidad de las páginas Web enlazada. Es más, desde un punto de vista práctico, entendemos que los enlaces profundos resultan más eficaces a la hora de permitir el acceso al recurso enlazado, especialmente en los sitios Web de gran tamaño, por lo que en lugar de desaconsejarlos, recomendamos su utilización.

Sexta.- Derecho a no ser enlazado. Consideramos que existe de un derecho a no ser enlazado, cuyo titular es el Webmaster, y que puede hacerse efectivo a través de la implantación de MTP o mediante las soluciones técnicas que proporciona el lenguaje HTML (atributo *noindex* y fichero *robots.txt*), aunque en relación con estas últimas, resulta necesaria una reforma legislativa que las regule expresamente.

Séptima.- Derecho a ser enlazado. También defendemos la existencia de un derecho a ser enlazado, que comprende tanto el derecho a estar indexado en los buscadores y a aparecer en los resultados de las búsquedas en condiciones de igualdad (neutralidad de búsqueda), como el derecho a ser incluido en los directorios especializados, siempre que tengan un carácter oficial, su titularidad sea pública, o sean de gran prestigio. Para hacer efectivo este derecho, es preciso garantizar legalmente la neutralidad de búsqueda en los buscadores, así

como también, que se regulen los requisitos que deben cumplir los directorios oficiales, de titularidad pública y los de gran prestigio, a la hora de establecer los criterios para incluir los enlaces en los mismos, que no deben ser discriminatorios.

Octava.- *Flexible copyright* y licencia implícita. Dentro de las diferentes alternativas para establecer una libertad para enlazar condicionada o limitada, creemos que la más adecuada es la doctrina del *flexible copyright* o interpretación flexible de los derechos de autor, y dentro de las diferentes figuras jurídicas que se encuadran en ella, abogamos por la licencia implícita, mediante la cual se establece una presunción de autorización tácita a enlazar por el mero hecho de poner a disposición del público libremente un contenido en la WWW, presunción que se ve destruida cuando el contenido ha sido subido a Internet sin autorización del titular o éste haya establecido MTP. Esta doctrina tiene la ventaja de que puede aplicarse a todos los ámbitos del derecho, no solo al de los derechos de autor (al que está limitada la doctrina del TJUE sobre los enlaces), y además, es totalmente compatible con el derecho a no ser enlazado, al poder romper fácilmente el titular la presunción de la autorización.

Novena.- Creación de una excepción específica para los enlaces. No obstante, y en aras a una mayor seguridad jurídica, defendemos que debe crearse, de *lege ferenda*, un excepción específica que cubra el establecimiento de todo tipo de enlaces, siempre que no afecten a la normal explotación de la obra ni causen perjuicio injustificado a los titulares, cuando la información enlazada esté disponible libremente en Internet (sin medidas de protección u otro tipo de restricciones) y con autorización del titular. Esta limitación debe consistir en una presunción *iuris tantum* de autorización tácita para enlazar cuando se den esas condiciones, que decaerá cuando la obra enlazada se encuentre en Internet sin autorización, o con cualquier actuación del titular por la que manifieste, expresa o tácitamente, su oposición al establecimiento de enlaces (limitar o prohibir los enlaces en las condiciones generales del sitio Web, implantar MTP o cualquier tipo de restricciones de acceso, utilizar el atributo *noindex* o el fichero *robots.txt*, etc.). Debe ser una excepción en sentido estricto, esto es, no sujeta a compensación, puesto que tal y como la hemos conformado, no afecta a la normal explotación de la obra, y debe cubrir todo tipo de enlaces, incluyendo los profundos, los embebidos y los de tipo marco, pues todos ellos tienen la misma naturaleza jurídica.

Décima.- Enlaces y comunicación pública. Consideramos que la doctrina del TJUE, que encuadra los enlaces dentro del derecho de comunicación pública, no es la solución más

adecuada para resolver el problema de los enlaces, ya que este derecho no encaja correctamente con la naturaleza jurídica de éstos, y además entendemos que el concepto de público nuevo ha sido introducido de forma un tanto forzada por el TJUE, para evitar la necesidad generalizada de autorización para establecer enlaces, algo que sería muy negativo para el desarrollo tecnológico. No obstante, esta solución se traduce también en una libertad de enlazar limitada o condicionada, que en la práctica coincide casi plenamente con la que se obtendría de la alternativa que proponemos (doctrina de la licencia implícita y creación de una nueva excepción para los enlaces).

Décimo primera.- Libertad condicionada para utilizar materiales anexos en los enlaces.

Los materiales anexos a los enlaces juegan actualmente un papel fundamental en muchos servicios, ofreciendo ventajas tanto para los titulares de los recursos enlazados como para los usuarios de Internet, y constituyen además un uso socialmente aceptado en la WWW. Aunque su utilización puede justificarse, en nuestra opinión, mediante la doctrina de la licencia implícita, es necesaria una reforma legislativa que contemple el problema de los materiales anexos de forma holística, ampliando el alcance del art. 32.2 TRLPI (artículos de prensa), para crear una nueva excepción similar a la que hemos propuesto para los enlaces, que cubra cualquier tipo de material extraído del recurso enlazado (texto, imágenes, videos, sonidos, etc.), cualquier tipo de proveedor de enlaces, y también cualquier tipo de contenido enlazado (y no solo a los relacionados con la prensa). Ha de ser una excepción en sentido estricto, no sujeta a compensación, ya que los materiales anexos se traducen prácticamente siempre en un beneficio para las páginas enlazadas, al incrementar su número de visitas, por lo que lejos de perjudicar la normal explotación de la obra, normalmente la favorecen. Esta nueva excepción puede configurarse de forma independiente o bien estar integrada en la que hemos propuesto para los enlaces (alternativa que consideramos más adecuada), y debe establecer una presunción *iuris tantum* de autorización tácita para utilizar dichos materiales, que decaería ante cualquier actuación de los titulares en contra de la misma, de forma que se garantice el derecho de éstos a impedir el uso de sus contenidos en los materiales anexos.

Décimo segunda.- Memoria caché en los prestadores de enlaces e instrumentos de búsqueda. Consideramos necesario regular expresamente el uso la memoria caché por parte de los prestadores de enlaces e instrumentos de búsqueda, pues actualmente es un uso socialmente aceptado y tolerado en Internet, pero mientras esto no ocurra, dicha utilización puede ser justificada aplicando la doctrina del *flexible copyright*, siendo la aplicación inversa

de la regla de los tres pasos la que, en nuestra opinión, resulta más apropiada para justificar el uso de la memoria caché por parte de estos prestadores de servicios de la SI.

Décimo tercera.- Medidas tecnológicas de protección. La vulneración de las MTP mediante la provisión o el uso de enlaces podrá dar lugar a dos consecuencias, la primera es que el enlace podrá ser un acto de comunicación pública, en aplicación de la doctrina del TJUE, que podía dar lugar a responsabilidad directa del enlazador, y la segunda es que, siempre que la MTP sea eficaz, podrá dar lugar a responsabilidad penal o civil por la propia vulneración de la MTP. En todo caso, las MTP han de estar sujetas a limitaciones, y la interoperabilidad debe ser su principal límite, al objeto de garantizar la existencia de un auténtico mercado único digital en el UE. También es preciso que las MTP respeten los derechos fundamentales de los usuarios, y no impidan aplicar los límites y excepciones de los derechos de autor.

Décimo cuarta.- Enlaces y derechos morales. Los derechos morales pueden verse vulnerados con cualquier tipo de enlace, no existiendo diferencias significativas entre ellos desde un punto de vista jurídico, aunque admitimos que con ciertos tipos de enlaces pueden vulnerarse más fácilmente los derechos morales (v. gr. los embebidos y los de tipo framing), pero que esto no ocurre en el caso de los enlaces profundos frente a los superficiales.

Décimo quinta.- La piratería como principal problema de los derechos de autor. La piratería de contenidos es el problema más grave al que se enfrentan actualmente los derechos de autor, originado cuantiosas pérdidas a los autores, distribuidores y vendedores autorizados de las obras protegidas, y son las descargas en Internet la principal vía de realización, casi siempre utilizando enlaces.

Décimo sexta.- Irrelevancia jurídica de la distinción entre descarga y el *streaming*. La piratería es realizada tanto en la modalidad de descarga en sentido estricto, como en la de *streaming*, aunque en nuestra opinión no existen diferencias jurídicas relevantes entre ambas, por lo que defendemos utilizar un concepto amplio de descarga, que incluya el *streaming*.

Décimo séptima.- Dificultad para perseguir a los autores directos. Para perseguir a los autores directos (usuarios que descargan la obras), deben salvarse varios problemas, siendo el más importante el de su identificación, algo que no siempre resultará sencillo,

especialmente cuando se trate de ilícitos civiles, pues normalmente la investigación chocará con los derechos fundamentales de dichos sujetos, principalmente el secreto de las comunicaciones, la privacidad y la protección de los datos de carácter personal. Otro problema añadido es que los autores directos son tan numerosos que, en la práctica, resulta imposible atacarlos jurídicamente de una forma eficiente, pues los titulares de los derechos carecen de los recursos necesarios, aun en el caso de que se trate de grandes empresas, para emprender acciones legales contra todos ellos. Además, muchas veces estos autores directos son personas físicas insolventes o con escasa capacidad económica, algo que hace que las posibles indemnizaciones que pudieran fijarse tras una eventual estimación de la demanda, resulten ineficaces, de forma que su condena no serviría para resarcir a los titulares de los derechos por las pérdidas sufridas y los gastos de la compleja investigación necesaria.

Décimo octava.- Ausencia de ánimo de lucro en los responsables directos. Por otra parte, entendemos que el mero ahorro del precio de la obra o prestación que obtienen los usuarios cuando descargan o utilizan en *streaming* una obra o prestación, no es suficiente para establecer la existencia de ánimo de lucro, ya que consideramos que para ello es preciso que exista un lucro comercial. No obstante, la existencia de ánimo de lucro no es un requisito necesario para que existe responsabilidad civil por vulneración de los derechos de autor, aunque en el caso de la responsabilidad penal sí que es precisa la existencia de un beneficio económico directo o indirecto, que es un concepto más amplio que el del ánimo de lucro.

Décimo novena.- Valoración positiva de la inclusión de la responsabilidad indirecta en el TRLPI. Las tres modalidades de responsabilidad indirecta incluidas en el art. 138 TRLPI en la reforma del año 2014, son una solución aceptable y adecuada para la persecución de aquellos sujetos que, no siendo responsables directos de vulneraciones de los derechos de autor, colaboren, incentiven, induzcan, o se beneficien económicamente de las infracciones teniendo el control sobre ellas, y por lo tanto, valoramos esta reforma positivamente, pues entendemos contribuirá a perseguir más eficazmente los ilícitos contra los derechos de autor. Adicionalmente, consideramos que la responsabilidad indirecta es la vía más adecuada para perseguir a los prestadores de servicios de la SI que intervengan activamente en la cadena de la piratería, ya que la aplicación expansiva del derecho de comunicación pública, que ha sido la solución adoptada por el TJUE, no encaja adecuadamente, en nuestra opinión, con las conductas que realizan este tipo de prestadores.

Vigésima.- Exenciones de responsabilidad para los intermediarios. Además de los autores directos de las infracciones, en la piratería siempre intervienen otros sujetos, la mayor parte de ellos prestadores de servicios de intermediación de la SI, a los que también se les podrá imputar responsabilidad por vulneración de los derechos de autor (directa o indirecta). Por ello, y debido a las dificultades existentes para atacar jurídicamente a los autores directos, casi siempre las acciones que ejercitan los titulares de los derechos se dirigen, exclusiva o principalmente, contra estos otros sujetos que normalmente no son autores directos, pues son más fáciles de identificar y su número es más reducido. Cuando el responsable de las vulneraciones de los derechos de autor sea un intermediario, podrán aplicarse los puertos seguros regulados en la LSSICE, y en el caso de los enlaces, especialmente el del art. 17 de dicha norma legal, que establece que los prestadores de servicios de búsqueda o enlaces, aunque no sean intermediarios, quedarán liberados de toda responsabilidad en relación con los contenidos ajenos enlazados, cuando procedan de manera meramente técnica, automática y pasiva, y no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos enlazados, o teniéndolo, actúen con diligencia retirando los enlaces o dejándolos inoperativos, si bien no existe un deber general de supervisión o control de los contenidos enlazados. No obstante, cuando se trate de sujetos involucrados en la piratería de contenidos, pocas veces tendrán una actuación meramente técnica, automática y pasiva, por lo que normalmente no serán aplicables estas exenciones.

Vigésimo primera.- Interpretación inversa de la regla de los tres pasos y *fair use*. Defendemos la interpretación flexible de la regla de los tres pasos (art. 40 bis TRLPI), para ampliar el alcance de los límites a los derechos de autor cuando, siendo un uso justo o leal, no cause perjuicio a la normal explotación de la obra, aunque sería preciso realizar una reforma legislativa que convirtiera esta regla en una cláusula residual o límite general, con una función similar a la de la institución estadounidense del *fair use* o a la cláusula general del art. 4 de la ley de competencia desleal, pues ello permitiría una mejor adaptación de los derechos de autor a los vertiginosos cambios tecnológicos que se producen actualmente.

Vigésimo segunda.- Responsabilidad penal asociada a los enlaces. La puesta a disposición del público o incluso la mera utilización de un enlace, pueden dar lugar a responsabilidad penal, que en algunos casos podrá alcanzar también a las personas jurídicas. En el ámbito de los derechos de autor, los tipos delictivos que pueden cometerse mediante los enlaces, son los contemplados en los arts. 270.1, 270.2 y 270.5.d CP, siendo de especial

relevancia el 270.2 CP, incluido expresamente en la reforma del 2015, para perseguir a las Webs de enlaces a contenidos ilícitos. No obstante, cuando el sujeto activo del delito sea un prestador de servicios de la SI, si se cumplen los requisitos de las exenciones LSSICE, que también resultan aplicables en el ámbito penal, podrá quedar liberar de toda responsabilidad.

Vigésimo tercera.- Procedimiento de notificación y retirada de contenidos ilícitos. Los procedimientos de notificación y retirada de contenidos ilícitos, son el mecanismos extrajudicial más eficaz contra las vulneraciones de los derechos de autor, y aunque pueden ser establecidos voluntariamente por los prestadores de servicios de la SI, entendemos que deberían estar armonizados en la UE, o como mínimo regulados expresamente en el ámbito español, tomando como modelo el procedimiento estadounidense, que lleva bastantes años funcionando satisfactoriamente. No obstante, estos mecanismos no están exentos de inconvenientes, pues trasladan los costes de localizar las ilicitudes a los titulares de las obras protegidas, existe un riesgo de notificaciones falsas o fraudulentas que pueden provocar vulneraciones de las libertades de expresión y de información, y pueden incentivar la autocensura del prestador, que tenderá a retirar o bloquear los contenidos cuando reciba una notificación formalmente correcta para quedar libre de responsabilidad, incluso en los casos dudosos. En cualquier caso, entendemos que crear un procedimiento de notificación y retirada común en la UE, o alternativamente en el ámbito español, contribuiría a eliminar los contenidos ilícitos de una forma mucho más ágil, así como también a garantizar la protección de los puertos seguros que establece nuestra LSSICE para los intermediarios, dando lugar a una mayor seguridad jurídica para todos los actores implicados.

Vigésimo cuarta.- Acciones civiles y penales. Los titulares de los derechos pueden perseguir las vulneraciones de los mismos mediante acciones civiles de indemnización de daños y perjuicios, contra los infractores directos o indirectos, y también mediante acciones penales en algunos casos, siendo también posible ejercitar acciones por responsabilidad contractual, cuando exista un contrato y éste haya sido vulnerado. Por otra parte, en ocasiones también será posible hacer uso de las acciones previstas en las normas de la competencia desleal, debiendo tenerse en cuenta en este caso la doctrina de la complementariedad relativa entre los derechos de autor y la competencia desleal.

Vigésimo quinta.- Acciones de cesación y medidas cautelares. Adicionalmente, será posible ejercitar acciones de cesación y solicitar medidas cautelares, cuando se produzca una

vulneración de los derechos de autor, tanto contra los infractores directos como los indirectos, pudiendo ejercitarse también contra los prestadores de servicios de intermediación de la SI, aunque no sean responsables directa o indirectamente de las infracciones, no siendo aplicables en relación con las acciones de cesación, las exenciones previstas en la LSSICE.

Vigésimo sexta.- Procedimiento administrativo del art. 195.3 TRLPI. El procedimiento administrativo regulado en el art. 195.3 TRLPI, puede ser un instrumento eficaz para luchar contra la piratería, y especialmente contra las páginas de enlaces, si bien hasta la fecha los resultados no han sido los esperados, especialmente por el carácter global de Internet, que permite reabrir fácilmente los servicios clausurados o bloqueados. No obstante, consideramos que es necesaria una reforma legislativa, para dotarlo de un mayor control judicial, ya que actualmente este control es meramente testimonial, sobre todo desde la última modificación operada por la Ley 2/2019.

Vigésimo séptima.- Lucha contra la piratería desde tres frentes distintos. En nuestra opinión, existe una clara correlación entre la inclusión de la responsabilidad indirecta en el art. 138 TRLPI, la ampliación del alcance del procedimiento administrativo del art. 195.3 TRLPI a los intermediarios, y la reforma del CP en la que se incluyó el art. 270.2 CP para luchar contra ciertas actividades realizadas por los intermediarios. Entendemos que estas reformas, llevadas a cabo en los últimos años, tienen el claro objetivo de perseguir jurídicamente y desde tres frentes distintos, a los prestadores de servicios de la SI que intervengan activamente en la cadena de la piratería, especialmente a las Webs de enlaces de descarga a contenidos ilícitos.

Vigésimo octava.- Neutralidad de búsqueda. Al ser los buscadores esenciales para localizar la información en la WWW, es necesario garantizar la neutralidad de búsqueda, ya que en caso contrario pueden verse vulnerados los derechos fundamentales de los usuarios, especialmente las libertades de expresión y de información. Por ello, es preciso regularla expresamente, y una de las opciones que consideramos puede aplicarse fácilmente es hacer que sea inaplicable la exención de responsabilidad prevista en el art. 17 LSSICE, a aquellos buscadores que no cumplan con la neutralidad de búsqueda, de forma similar a lo que ocurre con la exención prevista para los operadores de redes cuando no cumplen con la neutralidad de red, aplicando filtros o seleccionando los contenidos.

Vigésimo novena.- Necesidad de cambios en los modelos de negocio de la industria de contenidos. Aunque los responsables involucrados en la piratería deben ser enérgicamente perseguidos, consideramos que la solución a medio y largo plazo al problema de la piratería, pasa por un cambio radical en los modelos de negocio de la industria de contenidos, ya que ésta sigue anclada en la comercialización y distribución tradicionales, basada en soportes físicos y pensada para el mundo analógico, y no acaba de apostar claramente por las nuevas tecnologías, que al hacer que disminuyan considerablemente los costes, permitirían una rebaja considerable del precio de venta, algo que fomentaría el uso de los contenidos lícitos, y se convertiría en el mayor acicate para terminar con la piratería de contenidos en Internet.

Trigésima.- Necesidad de establecer soluciones globales. El carácter global de Internet hace necesario que las soluciones a todos los problemas que hemos visto, se establezcan de forma coordinada entre los distintos países, o de lo contrario serán ineficaces, ya que los infractores tenderán a buscar las legislaciones más laxas para ofrecer sus servicios.

Trigésimo primera.- Enlaces fuera del ámbito de la WWW. Si bien nuestro análisis se ha centrado en los enlaces incluidos en las páginas Web (y por lo tanto, creados con el lenguaje HTML), la práctica totalidad de los comentarios realizados, así como las conclusiones obtenidas, resultan plenamente aplicables, *mutatis mutandis*, a cualquier otro tipo de enlaces, como por ejemplo, los hipervínculos incluidos en otros documentos digitales, o los integrados en el software de ciertos dispositivos, por ejemplo *Smart TV* o *Kodi-box*.