

HIPERTEXTO, LINKS Y DERECHO DE AUTOR

JHONNY ANTONIO PABÓN CADAVID*

Ontológicamente una red está construida a partir de enlaces, y cuando hablamos de las redes de información, en especial la muy famosa Internet, hablamos de la capacidad de asociación e interactividad de la información diseminada en ella. Este nuevo escenario que presentan las posibilidades tecnológicas para el tratamiento de la información protegida por el derecho, en especial el derecho de autor, implica nuevas problemáticas frente al uso de las obras y su protección jurídica; en especial el tema de los links o enlaces suscita muchas controversias ya que el desarrollo legal y jurisprudencial de este tópico puede implicar una nueva confrontación entre el desarrollo tecnológico y el derecho, es apropiado reflexionar sobre la declaración de Steven Gilbert ante el congreso de los Estados Unidos citando a Harlan Cleveland “¿Cómo puede protegerse la propiedad intelectual? La pregunta contiene las semillas de su propia confusión: es el verbo equivocado con el predicado equivocado”¹.

HIPERTEXTO

En 1704 el matemático Felix Klein utilizó el término espacio hiperbólico para referirse a una geometría de varias dimensiones; el concepto multidimensional de Klein serviría años más adelante como referencia para los sistemas textuales que pasarían de un modelo secuencial y bidimensional² (texto-superficie) a lo que Roland Barthes llamaría textos ideales “un texto absolutamente plural, compuesto por una multiplicidad de redes, que reenvía a más significados, que no posee un inicio, es reversible, y al cual se puede acceder por más de una entrada”³.

* Estudios de pregrado en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Derecho de Internet y Tecnologías de la Información, Universidad de los Andes. Miembro fundador y editor de la revista cultural de la Universidad Externado de Colombia, SOMOS – Libertad Bajo Palabra. Correo Electronico: j4207732@hotmail.com

¹ Steven W. Gilbert, Information Technology, Intellectual property, and education. *Educom Review* 25 (primavera 1990) Pág. 16. Citado por George P. Landow, *Hipertexto, La convergencia de la teoría crítica contemporánea y la tecnología*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1995, Barcelona. p. 244.

² Marina Vianello Osti. *El hipertexto entre la utopía y la aplicación: identidad, problemática y tendencias de la Web*, Ediciones Trea, España. p. 18.

³ Marina Vianello Osti. *El hipertexto entre la utopía y la aplicación: identidad, problemática y tendencias de la Web*, Ediciones Trea, España. p. 19.

Los antecedentes mediatos al concepto de hipertexto que conocemos hoy en día, se remontan a inicios del siglo veinte, cuando Vannevar Bush desarrollo el concepto de una máquina llamada Memex (Memory Extender); Bush, ingeniero en Harvard, en el MIT, en agencias militares y director de la oficina de investigación científica y desarrollo de los Estados Unidos, en 1945 publicó en la revista *Atlantic Monthly* el artículo “As we may think”, en este artículo Bush pone de manifiesto que el aumento de información y la expansión del conocimiento pondría en riesgo el acceso a información valiosa, ya que ante la explosión en la cantidad de información, eran necesarios sistemas que pudiesen clasificarla, enlazarla y seleccionarla. Critica de forma contundente los sistemas de recuperación de información en las bibliotecas, y establece una relación directa entre la ineficacia para localizar la información y los sistemas de indexación unidireccionales; de esta forma la información valiosa estaba bajo el peligro de pasar desapercibida⁴. Plantea entonces un sistema de asociación sin necesidad de índices, el Memex sería un artefacto capaz de crear enlaces entre la información que se asocie, podría grabar los recorridos que se hagan en las consultas, y tendría capacidad para agregar notas y marcas de referencia; ideando un texto que se adecúa al lector con capacidades de referencia multidireccionales, capaz de ser consultado desde múltiples criterios de búsqueda. La limitación con la que se encontró Bush, fue la tecnología del momento, ya que sólo disponía de proyectores, microfilm y material con el cual su idea sería de muy difícil realización.

A mediados de los años sesenta, Engelbart Douglas retomaría las ideas de Bush para crear el proyecto *Augmentation System*, el cual bajo el concepto de estructuras no lineales, almacenaría información con múltiples indexaciones en forma de directorios (*Tree*), y con sistemas de búsqueda dinámicos a través de enlaces entre documentos.

Fue Ted Nelson quien acuñó el término hipertexto e hipermedia⁵, ideó una red que llamó *Xanadu* (inspirado en el poema *Kubla Khan* de Samuel Coleridge) donde gracias a los adelantos en la informática y aprovechando la memoria artificial de los equipos electrónicos, se podría crear un universo informativo global y horizontal, el *docuverso* (docuverso)⁶, donde la información estaría relacionada por medio de enlaces capaces de interconectarse de forma inmediata, donde el lector asumiría un papel interactivo de construcción textual, creando y añadiendo elementos a nuevas semánticas capaces de conservar y construir el patrimonio cultural.

⁴ George P. Landow, *Hipertexto, La convergencia de la teoría crítica contemporánea y la tecnología*, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1995, Barcelona. p. 26. cfr. Marina Vianello Osti. *El hipertexto entre la utopía y la aplicación: identidad, problemática y tendencias de la Web*, Ediciones Trea, España. p. 72.

⁵ “...para describir documentos no secuenciales (nonsequential documents) compuestos de texto, audio e información visual sobre los cuales el poder del computador en la búsqueda y recuperación de información es utilizado para unir (interlink) y comentar determinados tópicos con el fin de crear una telaraña de información (web of information)” Ernesto Rengifo García. *Propiedad intelectual, el moderno derecho de autor*, Universidad Externado de Colombia, 2 edición, 2003, Bogotá. p. 262.

⁶ Marina Vianello Osti. *El hipertexto entre la utopía y la aplicación: identidad, problemática y tendencias de la Web*, Ediciones Trea, España. p. 76.

El hipertexto elaborado entonces a partir de contenidos o bloques de información denominados nodos⁷; un nodo es un punto de referencia con un contenido y capaz de relacionarse con otros nodos a través de enlaces, todo esto por medio de una interfaz que permita la interactividad que implican estas asociaciones; de tal forma que el usuario se puede trasladar dentro de un mismo documento (que puede ser audio, video, texto o cualquier otro tipo de información) a diversos lugares del mismo de forma inmediata, por medio de asociaciones entre diferentes elementos, permite también ir a otros documentos, o relacionar de cualquier forma nodos, de tal manera que la información contenida allí sea accesible y utilizada como elemento de la comunicación.

Como resultado parcial de este desarrollo se sostiene que los elementos esenciales del hipertexto son los siguientes: metamorfosis, ya que el hipertexto está en permanente cambio; heterogeneidad, debido a que los nodos y los enlaces son heterogéneos; multiplicidad, en cuanto las relaciones de cada nodo o cada enlace pueden ser múltiples; exterioridad hace referencia a que no existe una estructura orgánica de la que dependa; topología, en cuanto se aplica el principio de proximidad topológica y la movilidad de los centros ya que no existe un centro fijo⁸.

Los enlaces para relacionar la información de los hipertextos se han denominado hyperlinks (también hipervínculos, hiperenlaces) y sin los cuales no podría existir Internet tal como la conocemos hoy en día⁹, los motores de búsqueda y los links son los elementos esenciales para la búsqueda y consulta de información en Internet. El protocolo HTTP (hypertext transfer protocol)¹⁰ constituye el estándar de comunicación en Internet bajo ambientes gráficos, es la base de la World Wide Web, el protocolo HTTP permite que los documentos sean enlazados aun estando almacenados en diferentes servidores¹¹.

A mediados de los años ochenta se crea el metalenguaje para documentos electrónicos SGML (standard generalized markup language) el cual establece unas reglas sintácticas para establecer marcadores y las relaciones entre ellos dentro de los documentos¹², metalenguaje que es no propietario lo cual propicia su difusión; las aplicaciones SGML son aquellas que adoptan como lenguaje de marcado las especificaciones SGML, teniendo independencia en las nomenclaturas, tipologías, y cantidad de referencias; la aplicación

⁷ Marina Vianello Osti. El hipertexto entre la utopía y la aplicación: identidad, problemática y tendencias de la Web, Ediciones Trea, España. p. 77.

⁸ Marina Vianello Osti. El hipertexto entre la utopía y la aplicación: identidad, problemática y tendencias de la Web, Ediciones Trea, España. p. 18.

⁹ Alain Strowel. "La responsabilité des intermédiaires sur Internet : Actualités et question des hyperliens, Revue Internationale du Droit d'Auteur, n 186, octobre 2000, France. p. 10.

¹⁰ "El HTTP... es un sistema global de distribución de información que se integra bien en las transferencias multimedia por su capacidad de identificar el contenido de cada objeto intercambiado..." Marina Vianello Osti. El hipertexto entre la utopía y la aplicación: identidad, problemática y tendencias de la Web, Ediciones Trea, España. p. 163.

¹¹ Linking copyright to homepages, pag 4.

¹² Marina Vianello Osti. El hipertexto entre la utopía y la aplicación: identidad, problemática y tendencias de la Web, Ediciones Trea, España. p. 181.

SGML más utilizada ha sido el HTML (hyper text markup language)¹³, desarrollada por Tim Berners-Lee, en el cual la mayoría de páginas y sitios Web han sido diseñados¹⁴, y que contienen un sistema de referencia (Tags o etiquetas) que facilitan el marcado y búsqueda de la información contenida en los documentos, siendo las páginas Web los hipertextos por excelencia. Actualmente el metalenguaje XML (extensible markup language) se perfila como el sustituto del HTML, ya que posee unas posibilidades sintácticas y semánticas más robustas, como marcado de tags multidireccionales lo cual hace posible una cantidad muchísimo más elevada de enlaces y asociaciones entre la información.

La mayoría de información almacenada en Internet a través de la World Wide Web se localiza por medio de direcciones URL (uniform resource locator)¹⁵, direcciones que no identifican a un documento como tal sino su posición, lo cual va en contravía de las reglas generales de identificación y ubicación de documentos, ya que por lo menos el registro o identificación de información debe ser *única* en cuanto es exclusiva de un contenido específico para no presentar confusiones con las demás y *persistente*, refiriéndose a la permanencia de la identificación¹⁶; actualmente se propende por otro tipo de identificadores de contenidos como el URN (uniform resource name) o el PURL (persistent URL) que cumplan con unas especificaciones más completas para la localización de documentos.

LINKS

Nos referimos por links en un sentido amplio a los enlaces, referencias o nexos que se dan para relacionar contenidos, los links son utilizados tanto en contenidos on-line como off-line (ejemplo de ello son los vínculos entre un botón en un DVD-video y una escena determinada, al activar el botón, el vínculo traslada la película al punto referido), además de poder relacionar diferentes documentos o partes de uno solo¹⁷. Para el presente estudio haremos referencia a lo que se han denominado “links peligrosos”¹⁸, los cuales pueden presentar dificultades legales por posibles infracciones al derecho de autor; estos links se presentan en un ambiente on-line, se refieren a páginas Web y enlazan contenidos cuyo titular de los derechos de autor es diferente al proveedor del enlace.

¹³ Ignacio Garrote Fernández-Diez. El Derecho de autor en Internet, la directiva sobre derechos de autor y derecho afines en la sociedad de la información, Editorial Comares, 2001, Granada, España. p.28.

¹⁴ Linking, pag 4.

¹⁵ Alain Strowel. “La responsabilité des intermédiaires sur Internet : Actualités et question des hyperliens, Revue Internationale du Droit d’Auteur, n 186, octobre 2000, France. p. 12.

¹⁶ Marina Vianello Osti. El hipertexto entre la utopía y la aplicación: identidad, problemática y tendencias de la Web, Ediciones Trea, España. p. 168.

¹⁷ En páginas Web estos links tendrían el nombre de intra-page (un mismo documento) e intra-system (enlazan diferentes documentos dentro de un mismo servidor o site). Cfr. Brian D. Wassom.

¹⁸ “liaisons dangereuses” Alain Strowel. “La responsabilité des intermédiaires sur Internet : Actualités et question des hyperliens, Revue Internationale du Droit d’Auteur, n 186, octobre 2000, France. p. 11.

Links HREF: Este tipo de enlace dirige hacia un contenido o ubicación diferente, la más de las veces hacia una dirección URL¹⁹. Lo habitual que suceda en el computador del usuario que use el link, es que aparezca una nueva ventana del browser con la página enlazada o que en la ventana donde se hizo el enlace aparezca la enlazada, borrando de pantalla la anterior. Estos links pueden ser *superficiales* si remiten a la página inicial²⁰ de un web-site o *profundos*, si remiten a una página del web-site diferente de la inicial²¹.

Enmarcado (Frame Link): Es común que muchos sitios Web establezcan un marco (frame) que permanece estático mientras se navega por las diferentes páginas del sitio²². El enmarcado consiste en que el contenido de una página Web de otro sitio se reproduzca dentro del marco del sitio que establece la unión²³, puede ser que la página que realiza el enlace contenga varios marcos (meta-site) y que la reproducción de la página enlazada se realice en uno de éstos, sin que se borre de pantalla la página que enlaza, o de igual manera que al realizar el link se cree un nuevo marco subsistiendo el anterior, de tal forma que nunca se abandona el sitio que establece la unión.

Enlaces automáticos (inlining, embedded links)²⁴: Por medio de este tipo de enlaces se inserta un contenido remoto (un archivo ubicado en otro espacio, que puede ser de otro site o del mismo) a la página Web, de tal forma que se localiza la dirección URL del contenido y se ensambla a través de un comando²⁵, de tal forma que el usuario no tiene que hacer nada para que se active el link y el contenido que se cargue dará la impresión de estar en el site que se visita; esta técnica “parasitaria” logra aprovechar los recursos de almacenamiento de quien archiva el contenido y por lo tanto permite ahorrar espacio, además que quien posee la página, con el enlace se evita realizar copias

¹⁹ “Enlaces HREF cuya función es poner en contacto al usuario que activa el enlace con una dirección de Internet (URL)”, Garrote p. 356. Es posible que no sea a una dirección URL sino a una URN o a una PURL u otra, la ventaja que ofrecen estas últimas es que así el contenido halla cambiado de ubicación el servidor, es capaz de redireccionar a donde se encuentre el documento.

²⁰ El home es la página inicial de un sitio Web, normalmente coincide con la dirección del dominio registrado.

²¹ Strowel, pag 16. “...los hipervínculos profundos, o deep links, como se llaman en inglés. Los hipervínculos profundos se hacen a las páginas interiores de un sitio web, de forma tal que el visitante del primer sitio puede acceder a la página vinculada, sin necesidad de visitar las páginas principales del sitio vinculado, en donde normalmente se encuentra la publicidad” Garrote p. 392.

²² La ventaja para el usuario es que le permite mayor eficiencia para la navegación. Ignacio Garrote Fernández-Díez. El Derecho de autor en Internet, la directiva sobre derechos de autor y derecho afines en la sociedad de la información, Editorial Comares, 2001, Granada, España. p. 356.

²³ Lo que hace el sitio que enlaza es establecer un comando HTML <FRAMESET>Strowel, P. 18.

²⁴ También denominados *enlaces ensamblados*, Internet, Pág. 367. *Links dinámicos*, Strowel, pag 20. También *mirroring* o *IMG LINK* “IMG links is automatically activated when the Web page is first loaded. Typically, this is used by the author to “call up” a graphic image stored in a separate file. When the user looks at the Web page, the graphic is automatically loaded into the page” Brian D. Wassom.

²⁵ Un ejemplo sería, , donde URL es la dirección del archivo enlazado.

del archivo sin incurrir en infracciones por reproducción y dando la impresión que es el propietario del mismo²⁶.

Los links presentan dos facetas frente al usuario, una oculta y una visible. La forma oculta es el código que se utiliza en el lenguaje que se haya realizado la página Web (la mayoría de casos HTML) que consiste en un comando que remite a la dirección enlazada en los casos de links HREF o que presenta el contenido referenciado en los enlaces automáticos; estos comandos normalmente no son visualizados por el usuario²⁷; la parte visible es el objeto que está ligado al comando, pueden ser entre otros, imágenes, animaciones, textos o la dirección que se quiere enlazar²⁸; en los links HREF y de enmarcado se presentan al usuario de tal forma que éste los activa dirigiéndolo al documento enlazado; en el caso de los enlaces automáticos al usuario no se le presenta el link sino que se muestra de forma inmediata el contenido que se enlaza²⁹.

Es necesario resaltar que los links, son meros enlaces que remiten a información o activan ciertos contenidos, pero que en ningún caso quien coloca el link realiza reproducciones de los contenidos a los cuales enlaza; las reproducciones de los contenidos al momento de hacer un enlace son las siguientes: 1. La reproducción del archivo que se va a enlazar, este archivo debe estar alojado en alguna dirección y por lo tanto allí se encuentra una reproducción del mismo. 2. Cuando se activa el link, es necesario una serie de reproducciones temporales³⁰ del contenido para poderlo visualizar, de tal forma que básicamente se realizan a.) Copia en la memoria RAM (random acces memory) del computador. b.) Copia en la memoria temporal para realizar la navegación (memoria cache) c.) Reproducción en la pantalla del usuario.

DERECHOS DE AUTOR FRENTE A LOS LINKS

Es necesario observar qué derechos podrían estar siendo vulnerados cuando las obras protegidas por el derecho de autor que se colocan en la World Wide Web, tales como fotografías, páginas Web, textos, videogramas, música, son enlazadas. La doctrina no

²⁶ Se podría clasificar entonces los links según la técnica de activación: los HREF, y los de enmarcado es necesario que el usuario las active, y las automáticas no es necesaria la intervención del usuario, la activación la hace quien programa el link. Strowel, p. 22.

²⁷ Una forma de visualizar esto es por medio de un programa que permita la edición de páginas Web o activando la opción fuente del menú ver del navegador.

²⁸ Es usual que exista algún tipo de indicador para hacer saber al usuario que está frente a un link, los textos tienden a aparecer con un subrayado y en un color diferente; también es usual que el cursor cambie de forma cuando esté frente a un link, ya sea imagen o texto.

²⁹ Strowel, p. 16.

³⁰ Estas reproducciones en principio son temporales, pero la reproducción temporal (cache) es bastante problemática por cuanto la información queda almacenada en el computador, de tal forma que se pueden realizar más reproducciones y para que sea eliminada de forma automática por el browser es necesaria determinada configuración donde dependerá, por ejemplo, que pase determinado tiempo o que se llene determinado espacio en disco.

ha sido pacífica y tiene posiciones fuertemente encontradas frente a la posibilidad de realizar enlaces y la vulneración a los derechos de autor, así que observaremos bajo la legislación Colombiana qué derechos podrían verse vulnerados.

Derecho de Comunicación Pública: La legislación Colombiana al igual que la mayoría de legislaciones del mundo, considera que la comunicación pública de una obra es un derecho exclusivo del titular del derecho de autor; la decisión 351 del Acuerdo de Cartagena³¹ consagra este derecho de manera expresa, y debemos entender por comunicación pública “todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”³².

Será necesario entonces preguntarnos si ¿por medio de algún tipo de link se vulnera el derecho de comunicación pública?. La respuesta ha de ser negativa en todos los casos, el enlace dirige a una obra que ya se ha comunicado al público, es decir, este derecho lo ejerce quien coloca a disposición el contenido más no quien lo usa o quien lo enlaza³³; el link al igual que un motor de búsqueda, facilita el acceso a la información que ya ha sido comunicada por quien ha sido enlazado, de igual forma como el usuario tiene acceso al contenido a través del enlace, podría tenerlo buscando la información por su dirección URL o de otro tipo, o por medio de un motor de búsqueda³⁴.

LICENCIA IMPLÍCITA³⁵

Cuando se realiza una comunicación pública de un contenido protegido por el derecho de autor, el titular del contenido esta permitiendo que el público al que va dirigida la comunicación tenga acceso a él; en una comunicación pública por Internet sucede lo mismo, de tal forma que “en el proceso de comunicación en línea, se da en cierta forma una autorización tácita en cuanto a referirse al contenido situado en un espacio de la red”³⁶, esta costumbre ha sido uno de los elementos que más ha impulsado el desarrollo

³¹ Artículo 13 literal b. El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: b. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.

³² Artículo 15 Decisión 351 de Cartagena.

³³ Richard Spinello, *Intellectual Property rights in a network world: Theory and practice*. p. 176.

³⁴ “..la obra, está a disposición en la dirección Web del espacio enlazado en beneficio de toda la comunidad de internautas, no puede tratarse de ponerla nuevamente a disposición del público. En realidad, la unión no hace que se agrande el público interesado en la obra: los que van a tener acceso a la obra por haber activado la unión, también pueden consultar directamente esa página (a condición de conocer el URL). Considerar pues que hay una nueva comunicación al público no parece justificarse y cabe que cause importantes dificultades en cuanto a la gestión de ese derecho”. Strowel, p. 70.

³⁵ “..no permission is required to make a link to a site, either because the website owner has given an implied license to link by posting his material on the Web.” World Intellectual Property Organization. *Intellectual Property On The Internet: A Survey Of Issues*, 2002. p. 51.

³⁶ Strowel, p. 30.

y expansión de la World Wide Web, la *netiquete*³⁷, que son reglas de carácter deontológico sobre los comportamientos que se deben tener en Internet, considera que el establecimiento de links se puede hacer de forma libre atendiendo a la teoría de la licencia implícita. De igual forma tribunales internacionales se han pronunciado al respecto. En un caso de framing, *Bau-markt.de vs Baumarkeit.de*, la corte de apelación de Dusseldorf declaró que “Todo aquel que sitúe páginas Web en Internet debe tomar en cuenta que puede haber remitidos (hacia sus páginas) y puede suponerse que él los ha autorizado. El acceso a esas páginas desde el exterior, por medio de links, permite una difusión más rápida y más eficiente. Cuando las páginas contienen publicidad, una difusión de esta naturaleza hace parte del propósito que se persigue y sirve a los intereses del anunciante”³⁸.

Es necesario tener claro que con la creación y uso de cualquier clase de links, se pueden generar perjuicios a terceros, ya sea por infracciones marcarias, competencia desleal, etc., pero al ser éste un estudio circunscrito al derecho de autor, podemos concluir que para la creación de links superficiales, profundos³⁹, automáticos y de enmarcado, no es necesario tener autorización alguna, siempre y cuando se respeten los derechos de reproducción, transformación, comunicación pública, distribución, y derechos morales de los titulares del contenido a enlazar. En tal sentido la corte suprema federal alemana (Bundesgerichtshof) en el caso *Handelsblatt vs paperboy* de 2003 dijo que el uso de enlaces profundos no es una violación a los derechos de autor⁴⁰; de igual forma en el caso *Ticketmaster Corp vs Tickets.com* de 2000, la corte Californiana de los Estados Unidos encontró que aunque los links profundos pudiesen ser actos de competencia desleal, no constituyen violación de copyright, porque las direcciones URL, son meros hechos que no están protegidos por el copyright y por lo tanto no se está realizando copia de una obra⁴¹.

Derecho de Reproducción: El derecho patrimonial de autor por antonomasia es el de reproducción, la titularidad de este derecho permite prohibir reproducciones de la obra sin autorización previa y expresa. La doctrina de forma unánime⁴² excluye la

³⁷ Garrote, p. 365. Cfr Fernando Carbajo Cascon, Publicaciones Electrónicas y propiedad Intelectual, Editorial Colex, 2002, Madrid. p. 178.

³⁸ Citado por Strowel, p. 32.

³⁹ Una excelente analogía del porqué es dable aplicar a los links profundos lo mismo que a los superficiales; “Many copyright experts relieve that deep linking is not copyright infringement –after all, the autor of a novel can’t prevent readers from reading the end first if they so desire, so why should a website owner have the right to determine in what order a user can acces a website? Some well-know websites such Amazon.com welcome deep links.” Elias, Stephen. Patent, Copyright and Trademark: An intellectual property desk reference 7th Edition, 2004, Berkeley, CA, USA. p.149.

⁴⁰ Elias, Stephen. Patent, Copyright and Trademark: An intellectual property desk reference 7th Edition, 2004, Berkeley, CA, USA. p. 149.

⁴¹ Wipo, pag 52. Cfr. Elias, Stephen. Patent, Copyright and Trademark: An intellectual property desk reference 7th Edition, 2004, Berkeley, CA, USA. p.149.

⁴² Excepto la Dirección Nacional de Derechos de Autor que en un desafortunado concepto y siguiendo los planteamientos de Omar Rodríguez Turriago, afirma que “. . . es fundamental entender que un link no es, simplemente, una nota de pie de página que pretende facilitarle al lector información adicional del tema que se encuentra en otro sitio. (...) tiene un elemento de contenido. Su elemento operativo radica en el

posibilidad de que un link vulnere el derecho de reproducción⁴³; pero algunos vacíos en la legislación Colombiana respecto a las copias temporales necesarias para la reproducción de archivos transmitidos en formato digital representan ciertas vicisitudes, ya que como se ha observado, para la ejecución de un contenido en Internet en la mayoría de ocasiones es necesario realizar múltiples reproducciones de carácter temporal, en Colombia no existe ninguna excepción al derecho de autor o un instrumento jurídico que autorice este tipo de reproducciones⁴⁴, por lo cual en teoría serán necesarias autorizaciones del titular para poder efectuar dichas copias temporales; de ser así, las únicas reproducciones no autorizadas de quien provea un link, serán las de los enlaces automáticos, ya que el acto que inicia la reproducción no es realizado por el usuario, sino por quien ha diseñado el vínculo, será entonces responsable directo quien activa el vínculo, así la reproducción se haga efectiva en un computador diferente (el del usuario); de igual manera ante el evento de que el contenido enlazado no sea legal, la única posibilidad de infracción directa por medio de un link es a través de un enlace automático, en este caso sin ninguna duda se infringiría el derecho de reproducción tanto por parte de quien realiza el enlace como por parte de quien es enlazado; así, ambas reproducciones serían ilegales; en ningún caso enlaces HREF o de enmarcado que conduzcan a contenidos que violen derechos de autor bajo la normatividad Colombiana podrán ser considerados infractores por violar el derecho de reproducción, ya que éstos no realizan ninguna reproducción. Resulta interesante observar que en el caso *Roche Lexicon* el Landgeritch de Hamburgo condenó en un caso de framing al proveedor del enlace por las copias en memoria RAM que se producían para la reproducción del contenido⁴⁵.

Los objetos que se encuentran ligados al link y que indican el enlace, pueden representar infracciones al derecho de reproducción; una vez más debemos observar con cautela que no es el link el que podría establecer la infracción, sino el indicador del mismo; es usual encontrar como indicadores emblemas, marcas, lemas, enseñas o demás signos distintivos protegidos por la propiedad industrial, o contenidos protegidos por el derecho de autor, como fotografías o animaciones, los cuales por su reconocimiento facilitan la identificación del contenido a enlazar, la utilización de este tipo de objetos sin la autorización del titular sería una clara infracción al derecho de reproducción sin dejar de

código fuente que instruye al browser para que muestre un contenido que se encuentra en otra página de Internet. Su elemento de contenido se constituye en el material al cual se dirige...”. Concepto número 2-2005-5149 del 14 de junio de 2005 “Protección de Hipertextos”.

⁴³ Al igual que en el caso de comunicación pública, estamos bajo el supuesto que el contenido enlazado no vulnera ningún derecho de autor, es legal.

⁴⁴ “... (las reproducciones temporales) son técnicamente un acto de reproducción, su situación debe ser regulada a la luz del derecho interno. Sin embargo, pensamos que la mejor manera de hacerlo no es a través de una excepción al derecho de autor. ...Mas bien debería señalarse que tales actos, siempre que carezcan de valor o significación económica, no constituyen reproducciones desde un punto de vista jurídico.” Sofia Rodríguez Moreno, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Universidad Externado de Colombia. p. 265.

⁴⁵ Decisión controvertible ya que el proveedor del enlace no es quien activa el link ni quien realiza las reproducciones en la memoria RAM. Garrote, p. 374.

lado las infracciones a la propiedad industrial, competencia desleal y protección al consumidor que puedan generar, en cualquier caso; sin importar la clase de link, estamos frente a una infracción directa por parte de la persona que crea el enlace.

Otra práctica común es que el indicador del link sea, en los casos de texto, un extracto del contenido a enlazar, o en los casos de material gráfico (imagen, video) una imagen reducida del material (thumbnail o vista en miniatura); por ejemplo cuando se realiza la búsqueda de un libro puede aparecer una thumbnail de la portada junto a un fragmento de la primera página del libro al lado de un link cuyo indicador es el título del libro y que enlaza a una página que tiene información sobre literatura; esta acción presenta varios elementos; por un lado, de acuerdo a la legislación Colombiana la reproducción de la portada⁴⁶ encajaría perfectamente en una reproducción siendo necesaria la autorización del titular; respecto al fragmento de la primera página del libro, podría encajar en la excepción que permite citar una obra siempre y cuando se haga de forma justificada⁴⁷, y respecto al título del libro no se infringiría derechos de autor, ya que se invocaría el derecho de cita, aun teniendo en cuenta que los títulos de obras, que sean individuales y característicos son protegidos por el derecho de autor⁴⁸; sobre este punto el tribunal escocés en el caso *Shetland Times vs Dr. Jonathan Wills*, tuvo la oportunidad de referirse en una disputa sobre links, a los títulos de artículos de periódico considerando “que era probable que ciertos títulos estuviesen protegidos como obras literarias, en particular los títulos largos compuestos de ocho o más palabras”⁴⁹. En un caso del año, 2005, en una disputa por links, en Japón, Yomiuri Shimbun de forma exitosa demandó por la copia sin autorización de los títulos de los artículos de su periódico en línea www.yomiuri.co.jp, el demandado Digital Alliance Corp. fue condenado al pago de 2000 dólares⁵⁰. Frente a las vistas en miniatura (thumbnails) podemos encontrar dos sentencias bajo jurisdicciones diferentes con soluciones antagónicas ante un problema similar; por un lado tenemos el caso *Kelly vs Arriba Soft Corporation*⁵¹ de Febrero de

⁴⁶ Bajo el supuesto que posea originalidad siendo una obra protegida por el derecho de autor.

⁴⁷ “Será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: a. Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga” Artículo 22, Decisión 351 de la Comunidad Andina.

⁴⁸ Artículo 86 Ley 23 de 1982. “Cuando el título de una obra no fuere genérico sino individual y característico, no podrá sin el correspondiente permiso del autor, ser adaptado para otra obra análoga”. Además el título de un libro puede encontrar protección a través de la propiedad industrial, ya que puede ser un lema, o una marca.

⁴⁹ Strowel, Pág. 54.

⁵⁰ http://news.com.com/2061-11199_3-5892643.html , Visitada el 1 de Noviembre de 2005.

⁵¹ En este caso un motor de búsqueda de imágenes, ahora www.ditto.com, mostraba sus resultados a través de thumbnails por medio de enlaces automáticos de las fotografías originales, de forma tal que el usuario al dar click en el thumbnail se reproducía la imagen al tamaño real del archivo, dentro de una nueva ventana (framing) junto con la dirección URL del espacio que contenía la imagen, sirviendo como link (profundo o superficial según el caso); la compañía Arriba Soft tenía indexadas múltiples fotografías del fotógrafo Leslie Kelly, de las cuales aparecían los thumbnails y no poseía autorizaciones para realizar este tipo de enlaces, por lo cual fue demandada por infracción de copyright.

2002, donde la Corte estimó que el demandado se amparaba en el fair use⁵² para la creación de sus enlaces automáticos que reproducían las imágenes en vistas miniatura; y en Alemania tenemos el caso *Google News* del 5 de septiembre de 2003, donde la compañía Google fue condenada por la Corte de Hamburgo por violación a los derechos de reproducción consagrados en la ley alemana de derechos de autor de 1965, por la reproducción por medio de enlaces automáticos que realizaba en su servicio de noticias www.news.google.de de imágenes miniatura (thumbnails) sin la autorización del titular de los derechos de las fotografías.

Derecho de transformación de la obra: Las obras derivadas son aquellas que devienen de obras ya creadas; su existencia depende de forma directa e inmediata de la existencia de otras obras⁵³, de tal forma que toda transformación de una obra para la creación de otra, necesita la autorización previa y expresa del titular de la obra originaria⁵⁴; este derecho es de carácter patrimonial y confiere la potestad de autorizar al titular de la obra originaria la explotación de obras que deriven de ella⁵⁵, la obra derivada se encuentra circunscrita a unos límites de originalidad respecto a la obra de la que deriva, tiene que existir más de un mínimo necesario de originalidad y menos de un máximo, ya que de no ser así en el primer evento no habría transformación de la obra y en el segundo estaríamos frente a una obra nueva, original no derivada⁵⁶. Este derecho es el que más relaciones conflictivas puede llegar a presentar, especialmente frente a los enlaces enmarcados y a los enlaces automáticos. Aunque como ya se ha mencionado, los links pueden establecer relaciones entre cualquier clase de documento e hipertexto, las discusiones en las que nos hemos centrado son acerca de los enlaces en las páginas Web y sus contenidos, de tal forma que debemos considerar lo que podría considerarse como obras derivadas de la página enlazada; el enmarcado logra que la página que provee el link cambie su apariencia, lo cual puede suceder de múltiples formas, por lo

⁵² El concepto de fair use es desarrollado en la sección 107 de la copyright y está estructurado por cuatro elementos: 1. La naturaleza del uso 2. La naturaleza de la obra protegida 3. La cantidad sustancial de la porción usada 4. El efecto del uso en el mercado potencial de la obra protegida. El juez al sopesar los hechos encontró que se configuraban estos elementos, ya que el propósito de los thumbnails era uno muy diferente al propósito del artista que además al contrario de verse perjudicado, encontraba más visitas a su obra, es importante resaltar la importancia que da el juez a los motores de búsqueda y a las herramientas tecnológicas para la búsqueda de información. Strowel p. 80.

⁵³ “Obras derivadas: son aquellas que a pesar de ser obras independientes y con un aporte de creación autónomo, parten para su realización de obras preexistentes u originales. Conviene aclarar que para la realización de una obra derivada se debe contar con la previa y expresa autorización de los autores o titulares de las obras preexistentes”. Conozca y proteja sus derechos de autor: aspectos relativos a la obra audiovisual. Felipe Rubio Torres, p. 31.

⁵⁴ Artículo 13 literal e. Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena, Régimen común sobre derechos de autor y conexos “El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra”.

⁵⁵ Este derecho no se debe confundir con los derechos morales de autor, ya que su naturaleza es diferente y está circunscrito a un criterio patrimonial. Cfr Ernesto Rengifo García. Propiedad intelectual, el moderno derecho de autor, Universidad Externado de Colombia, 2 edición, 2003, Bogotá. p. 173.

⁵⁶ El derecho de autor en Internet, p. 375.

que resulta complicado generar un criterio uniforme que nos pueda servir para determinar si estamos frente a una obra derivada; un elemento importante a considerar es que una página Web puede llegar a ser considerada una base de datos, por lo que cada elemento nuevo que se agregue y que sea relevante para la estimación de esta obra como base de datos dará lugar a que se considere como una obra derivada; en este orden de ideas el elemento agregado debe contar con la autorización previa y expresa para poder ser incluido a la base de datos, esto es igualmente predicable a los enlaces automáticos que se realicen desde una página Web⁵⁷; o puede suceder que el enlace se haga de tal forma que la presentación gráfica del sitio que provee el enlace cambie lo suficiente como para tener características de originalidad suficiente, para que se considere como una obra nueva y derivada, o en el mismo sentido, que se presente el contenido enlazado en un ambiente tal que se considere que se ha originado una nueva obra; por otro lado si consideramos la página Web como una obra protegida como software, los cambios realizados en el código de la página que provee el enlace, podrán considerarse como una transformación, si llegan a incluir elementos de la página enlazada o al revés⁵⁸. La jurisprudencia Alemana en el caso *Bau-markt.de vs Baumarkt.de*⁵⁹, desestimó la infracción al derecho de transformación ya que no encontró en la página enlazada elementos de originalidad suficientes para considerarla una obra protegida por el derecho de autor. En la jurisprudencia norteamericana encontramos el caso *Futuredontics Inc vs Applied Anagramics Inc* donde la corte californiana desestimó la violación al derecho de transformación debido a que no se demostró que se estuviese creando una obra derivada. La forma como en el futuro los tribunales manejen este punto será muy importante para el desarrollo del hipertexto, ya que la interacción entre el documento y el individuo que lo manipula genera cambios que pueden estar en el limbo del derecho de transformación.

Links Protegidos por el derecho de autor: Como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, los enlaces son una indicación de hechos (una dirección donde está ubicado un contenido) por lo que no tienen protección por el derecho de autor, así como un número telefónico, una coordenada o una referencia toponímica; pero un conjunto de links seleccionados y clasificados donde exista un esfuerzo intelectual es protegible por el

⁵⁷ “...the right of adaptation that may be at issue, especially in the case of the in line link – the linked material is associated by link with other material not of the owner’s choosing. Although the law relating to derivative works is unsettled, there is fairly strong support in cases involving traditional media that unauthorized presentation or rearrangement of a copyrighted work infringes the right of adaptation”. Richard Spinello, *Intellectual Property rights in a network world: Theory and practice*. p. 176.

⁵⁸ El derecho de autor en Internet, p. 375.

⁵⁹ En este caso el demandante a través del portal www.bau-markt.de permitía a diferentes empresas del sector de la construcción colocar su publicidad a cambio de un pago, el demandado poseía un sitio Web www.baumarkt.de que también poseía información sobre el sector de la construcción, estableciendo enlaces de enmarcado con las páginas del demandante. La corte estimó que la información enlazada eran hechos de carácter informativo que no tenían protección por el derecho de autor, también se consideró que no era protegible como base de datos ya que los clientes de la página llenaban un formato estándar por medio del cual se proporcionaba la información que se encontraba en la página, lo cual no implicaba ningún elemento creativo, además de ningún esfuerzo económico. Strowel. p. 88.

derecho de autor, ya que se consideraría como la creación de una base de datos⁶⁰ siempre y cuando la selección atienda a criterios y esfuerzos tales que sean defendibles por el derecho y que ameriten protección jurídica. En el caso de un listado de enlaces, éstos pueden constituir una creación intelectual siempre y cuando exista una selección de los links y/o una clasificación de los mismos, atendiendo a criterios específicos de organización, tal como sucede en la creación de un índice⁶¹; lo que se protege no es entonces un link mirado de forma individual, sino la selección del conjunto de links. Esta selección se puede obtener por medios “manuales”, escogiendo uno a uno los enlaces que se irán seleccionando, o también es factible que se realice por medio de software o algoritmos informáticos que sirvan como herramientas para encontrar la información requerida y por lo tanto generar los links que sean útiles a la base de datos; de lo que no se podrá prescindir es de la existencia de elementos en la clasificación y selección que manifiesten un ingrediente creativo e intelectual suficiente para poder proteger el listado de links como obra. Ante la inmensa cantidad de información que se puede encontrar en Internet, es cada día más frecuente encontrar sitios especializados en la búsqueda de información sobre temas específicos, que brindan a los usuarios links a contenidos que estén relacionados con el tópico de interés, de tal forma que el prestador de estos servicios realiza una selección y organización, además de añadir breves reseñas de los contenidos referenciados, de tal suerte que este tipo de obras encuentra protección como base de datos; en algunas oportunidades puede resultar que diversas bases de datos utilicen los mismos links debido a que existe un número reducido o limitado de contenidos a enlazar (Por ejemplo dos páginas que den información sobre las entidades bancarias Colombianas, lo más seguro es que ambas contengan los mismos enlaces a las mismas entidades) lo importante será que la clasificación y selección corresponda a criterios de originalidad en ambos casos⁶².

CONCLUSIONES

La legislación colombiana debe actualizarse para poder enfrentar de manera clara las problemáticas que presentan las posibilidades hipertextuales; el camino por recorrer en países que no tienen ninguna tradición jurisprudencial sobre nuevas tecnologías habrá de ser interesante y se podrá aprovechar la experiencia de otras naciones para observar cuáles políticas son las más recomendables teniendo en cuenta las necesidades y la tradición jurídica de nuestro país, siempre teniendo presente “que uno de los requisitos fundamentales para desarrollar una hipertextualidad con todo su poder, es la mejora, no de la tecnología, sino de las leyes que regulan los derechos de autor y la propiedad

⁶⁰ Artículo 28 Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena, Régimen común sobre derechos de autor y conexos. “Las bases de datos son protegidas siempre que la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual. La protección concedida no se hará extensiva a los datos o informaciones compilados, pero no afectará los derechos que pudieran subsistir sobre las obras o materiales que la conforman”.

⁶¹ Strowel, p. 58.

⁶² Copyright, p. 19.

intelectual"⁶³, el legislador y el juez debe ser cuidadoso al momento de estudiar estos temas para sopesar los intereses en juego, y darse cuenta que se encuentra en un punto histórico de transformación cultural.

El uso que se puede hacer de los enlaces ofrece múltiples posibilidades, así como permite el acceso a la información, también pueden propiciar la diseminación y ser herramientas para el tráfico de contenidos ilegales, por lo que es necesario crear ámbitos de responsabilidad claros y específicos para que no existan vacíos legales que vayan a ser suplidos por la discrecionalidad del juez, lo cual acarrea inseguridad jurídica para las personas que intervienen en los servicios de información.

Por seguridad jurídica, cuando exista duda sobre una posible infracción por la realización de un enlace, es recomendable solicitar autorización al titular del contenido que se está enlazando.

BIBLIOGRAFÍA

BARRAL VIÑALS, Inmaculada. "Regulación del comercio electrónico". Editorial Dykinson, 2004, España.

CARBAJO CASCON, Fernando. "Publicaciones Electrónicas y propiedad Intelectual", Editorial Colex, 2002, Madrid.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. "The linking law of the World Wide Web".

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. "El Derecho de autor en Internet, la directiva sobre derechos de autor y derecho afines en la sociedad de la información". Editorial Comares, 2001, Granada, España.

GEORGE P. Landow. "Hipertexto, La convergencia de la teoría crítica contemporánea y la tecnología". Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1995, Barcelona.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. "Propiedad intelectual, el moderno derecho de autor". Universidad Externado de Colombia, 2 edición, 2003, Bogotá.

SPINELLO, Richard A.. "Intellectual Property rights in a networked world: Theory and practice". Information Science Publishing, 2004, Hershey, PA, USA.

STEPHEN, Elias. Patent, "Copyright and Trademark: An intellectual property desk reference" 7th Edition, 2004, Berkeley, CA, USA.

STROWEL, Alain. "La responsabilité des intermédiaires sur Internet : Actualités et question des hyperliens, Revue Internationale du Droit d'Auteur, n 186, octobre 2000, France.

VIANELLO OSTI, Marina. "El hipertexto entre la utopía y la aplicación: identidad, problemática y tendencias de la Web". Ediciones Trea, España.

⁶³ George P. Landow, Hipertexto, La convergencia de la teoría crítica contemporánea y la tecnología, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1995, Barcelona. p. 245.