

El *press clipping* y el uso de enlaces desde la perspectiva del derecho de autor

Press clipping and the use of links from the perspective of Copyright

JORGE CÓRDOVA MEZARINA*

Resumen: El artículo analiza la protección que brinda el derecho de autor a los artículos periodísticos. A partir de ello, examina las distintas formas en que los mismos son utilizados por las empresas que se dedican al servicio de *press clipping*. Asimismo, presenta resoluciones vinculadas al uso de enlaces de páginas web y su relación con posibles infracciones al derecho de autor. Finalmente, el trabajo analiza una modificación legislativa sobre el tema ocurrida en España.

Palabras clave: artículos periodísticos – *press clipping* – enlaces – derecho de autor

Abstract: This paper analyses the protection offered by Copyright to newspaper articles and, from here, it examines the ways in which the articles are used by *press clipping* companies. Also, the paper presents resolutions related to the use of links to web pages and its relation with possible Copyright law infractions. Finally, the paper analyses a legislative amendment on the subject, which took place in Spain.

Key words: newspapers articles – press clipping – links – copyright

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LOS ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS COMO OBRAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR.– III. LA TITULARIDAD DE LOS ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS.– IV. LOS ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS Y EL INTERNET.– V. EL USO DE ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS POR LAS EMPRESAS DE *PRESS CLIPPING*.– VI. LA EXCEPCIÓN DE CITA Y EL «*PRESS CLIPPING*».– VII. EL USO DE ENLACES.– VIII. JURISPRUDENCIA.– VIII.1. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO «SVENSSON».– VIII.2. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO «BEST WATER». – IX. LA POLÉMICA «TASA GOOGLE». ¿UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA?.– X. REFLEXIONES FINALES.

* Abogado y magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho de la Propiedad Intelectual por la Universidad de Castilla La Mancha (España). Ha sido ejecutivo de la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI. Actualmente se desempeña como asesor en el Ministerio de la Producción y consultor en temas de propiedad intelectual. Correo electrónico: cordova.ja@pucp.pe

I. INTRODUCCIÓN

En la sociedad de la información, los servicios que proveen noticias a diversas personas de acuerdo con sus necesidades se han vuelto casi imprescindibles. Así, muchas instituciones utilizan estos servicios a efecto de proveerse de artículos periodísticos que sean de su interés, sin tener la necesidad de que su personal revise cada uno de los medios de comunicación existentes.

En la era del Internet, el cambio del modelo de negocio de las editoras de noticias, el cual implica que estas pongan a disposición del público sus productos a través de páginas web, ha llevado a una simplificación de los servicios que dichas empresas prestan. Basta listar los enlaces (o vínculos) de las páginas web y remitírselos a sus clientes, ya sea con una pequeña reseña o sin esta. Asimismo, grandes empresas vinculadas al mundo del Internet como Google Inc. y Yahoo! Inc. han lanzado, desde hace algún tiempo, servicios de agregación de noticias. Estos servicios seleccionan enlaces de páginas web de medios de comunicación y los listan de acuerdo con criterios previamente establecidos.

Sin embargo, el uso de noticias por parte de las empresas que prestan servicios de «press clipping» ha generado malestar entre las editoras de los medios de comunicación. Las cuales señalan que aquellas lucrarían con obras protegidas por el derecho de autor de su titularidad, sin compensarlas debidamente. En este contexto, el propósito de este artículo es analizar el uso que hacen las empresas de «press clipping», incluyendo a los agregadores de noticias, de obras protegidas por el derecho de autor para determinar si efectivamente deben solicitar autorización o no de los editores.

II. LOS ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS COMO OBRAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR

El objeto de protección del derecho de autor recae sobre todas aquellas creaciones literarias, artísticas y científicas que tengan como característica el ser originales. Así, serán consideradas como creaciones originales aquellas que reflejen la individualidad de su creador, es decir, lo que la doctrina ha calificado como la «impronta de la personalidad», la «individualidad» o el «sello personal» del autor¹.

1 Sobre el requisito de la originalidad, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP) ha establecido como precedente lo siguiente: «Debe entenderse por originalidad de la obra, la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad. No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural —artístico, científico o literario— ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, así como tampoco lo será la forma

171

EL PRESS CLIPPING
Y EL USO DE
ENLACES DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO DE
AUTOR

PRESS CLIPPING
AND THE USE OF
LINKS FROM THE
PERSPECTIVE OF
COPYRIGHT

En ese sentido, un artículo periodístico será protegido por el derecho de autor siempre y cuando refleje la individualidad del periodista que lo elaboró, sea que dicho artículo esté destinado a aparecer en diarios, revistas o en cualquier otro medio de comunicación. Ello quiere decir que no todo lo que se aprecia en los diarios o revistas será objeto de protección por el derecho de autor, sino solamente aquello que resulte ser original.

Al respecto, la Ley sobre el Derecho de Autor —en adelante la LDA— ha establecido que no serán objeto de protección las simples noticias del día², en la medida en que las mismas carecen de originalidad al ser meras narraciones de acontecimientos de actualidad en las cuales los periodistas no tienen espacio para plasmar su individualidad. Sin embargo, cuando el artículo es el resultado de una investigación, brinda una opinión, incluye alguna crítica o simplemente tenga una forma de redacción particular que escape de la mera narración de hechos, ya sea en su estructura y/o en su expresión lingüística, entonces nos encontraremos ante una obra protegida por el derecho de autor.

En efecto, no es lo mismo limitarse a narrar las incidencias sucedidas en el Congreso de la República o en algún partido de fútbol que dar una opinión personal sobre dichos acontecimientos, como ocurre en las editoriales, las columnas y los artículos de opinión, entre otros, donde los periodistas expresan su particular punto de vista. Así, los periodistas que logren plasmar la impronta de su personalidad en sus artículos serán considerados autores y, por ende, titulares originarios de los derechos morales³ y patrimoniales⁴ derivados de su acto de creación.

Ahora bien, en tanto los artículos periodísticos se encuentren expresados en un lenguaje determinado, los mismos serán considerados como obras literarias. Sin embargo, los diarios no se limitan a reproducir únicamente textos, sino que los acompañan con fotografías, gráficos e incluso caricaturas, dibujos e historietas, los cuales son también elementos protegidos por el derecho de autor. Es por ello que nuestro legislador ha equiparado la protección otorgada a los autores de los artículos periodísticos a aquella otorgada a los creadores de las producciones antes señaladas cuando estas sean publicadas en periódicos, revistas u otros medios de comunicación social⁵.

de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que solo requieren de la habilidad manual para su ejecución.

En consecuencia, no todo lo producido con el esfuerzo de su creador merece protección por derechos de autor» (resolución 286-1998-TPI-INDECOPI del 23 de marzo de 1998).

2 Artículo 9, literal c) de la LDA.

3 Paternidad, integridad, divulgación.

4 Reproducción, distribución, comunicación al público, transformación.

5 Artículo 87 de la LDA.

III. LA TITULARIDAD SOBRE LOS ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

La LDA ha dejado en libertad a los periodistas y a los titulares de los medios de comunicación social (periódicos, revistas, folletos, entre otros) para que acuerden la forma cómo se ostentará la titularidad sobre los derechos de autor de los artículos periodísticos. Sin embargo, en el supuesto de que no arriben a acuerdo alguno, ha establecido algunas presunciones legales.

Así, en el caso de los periodistas que no mantengan una relación de dependencia con el medio de comunicación, como en el caso de los periodistas *free lance*, el editor o medio de comunicación solo puede publicar el artículo una vez. Asimismo, el periodista contratado de forma independiente conservará todos los derechos patrimoniales respecto de su artículo, con lo cual se encuentra facultado a explotarlo incluso en forma paralela al medio de comunicación que lo contrató.

Por el contrario, cuando existe de por medio un contrato de naturaleza laboral y no se ha pactado cláusula de atribución de titularidad alguna en el mismo, se presume que el medio de comunicación es el titular exclusivo de los derechos patrimoniales sobre el artículo, lo cual lleva a que el periodista no pueda explotar posteriormente su creación. Resulta pertinente señalar que la cesión de derechos que pudiese establecer el periodista respecto de su artículo no implica en modo alguno la cesión de sus derechos morales, por lo que siempre se deberá hacer referencia a su nombre cuando el artículo sea publicado, salvo que el periodista hubiese decidido publicarlo en forma anónima o bajo seudónimo.

IV. LOS ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS Y EL INTERNET

En un principio, los artículos periodísticos estuvieron destinados a ser reproducidos y distribuidos únicamente a través de diarios, revistas y otros medios impresos que los contenían, por lo que su alcance estaba limitado al tiraje que tuviesen dichas publicaciones. Sin embargo, el gran desarrollo del Internet, desde hace un par de décadas, ha llevado a que los editores de dichos medios transformen su modelo de negocio y desarrollen formatos digitales para sus productos. Así, se ha empezado a explotar los artículos periodísticos no solamente en su forma tradicional, a través del papel, sino que ahora se los reproduce también en formato digital. Ello trajo consigo que a la distribución física de estas obras se le sume su comunicación pública a través del Internet.

En efecto, la oferta de periódicos y revistas ha pasado del quiosco de la esquina a las pantallas de las computadoras, *tablets* y teléfonos celulares debido a la comodidad que dichos aparatos brindan a los usuarios. Dicho cambio generó también nuevas formas de explotación de los artículos

periodísticos que no estaban consideradas en la era analógica. Y es que el surgimiento de Internet supuso todo un cambio en la forma cómo se explotaban tradicionalmente las obras, lo cual supuso, a su vez, un reto importante para el derecho de autor en la década de 1990.

Esta situación llevó a que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) impulsara la suscripción de dos tratados, conocidos mundialmente como los Tratados Internet: El Tratado OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas, ambos de 1996⁶. La finalidad de estos tratados es reafirmar la vigencia plena de los derechos reconocidos en el Convenio de Berna⁷ y en la Convención de Roma⁸ así como su aplicación en la era digital. En ese sentido, respecto del derecho de reproducción, el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor ha establecido la siguiente declaración concertada:

El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, *en particular a la utilización de obras en forma digital*. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna⁹.

Asimismo, en cuanto al derecho de comunicación pública, el artículo 8 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor señala lo siguiente:

Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de las obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, *comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*¹⁰.

Así pues, la autorización o la cesión de derechos que realizan los periodistas a los editores de los medios de comunicación respecto de sus artículos en la actualidad debe comprender la posibilidad de digitalizar y poner a disposición los mismos en Internet con la finalidad de que el público pueda acceder a estos desde el lugar y momento que elija. Sin embargo, el desarrollo de la comunicación pública de

6 El texto de los tratados es accesible desde la página web de la OMPI (http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295167 y http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295579).

7 Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas.

8 Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.

9 Las cursivas son nuestras.

10 Las cursivas son nuestras.

artículos periodísticos no se limita a las páginas web de los diarios, sino que muchos diarios y revistas han desarrollado aplicaciones informáticas que pueden ser descargadas por los usuarios a través de sistemas como iTunes Store o App Store de Apple Inc. Dichas aplicaciones permiten al público disfrutar de los contenidos mencionados en sus *tablets* o *smartphones*, sea de forma gratuita o a través de un pago como en el caso de los diarios *The New York Times*¹¹, *The Washington Post*¹² y *USA Today*, entre otros.

Ahora bien, la digitalización de los artículos periodísticos y su posterior puesta a disposición en Internet trajo consigo también nuevas formas de uso de dichos artículos por parte de los lectores. En efecto, en la actualidad ya no es necesario fotocopiar la noticia que nos interesa, ni siquiera es necesario descargarla en el disco duro de una computadora. Basta guardar el enlace que contiene la dirección electrónica en la que se encuentra para acceder nuevamente a la noticia en cuestión en el momento y lugar que se quiera.

V. EL USO DE ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS POR LAS EMPRESAS DE *PRESS CLIPPING*

La puesta a disposición en Internet de los artículos periodísticos permitió el desarrollo de una modalidad de negocios que, si bien ya existía en el entorno analógico, se masificó en el entorno digital. Este servicio se conoce como *press clipping* y consiste en el seguimiento y selección de las noticias brindadas por los medios de comunicación para remitirlas en forma organizada a las personas naturales o instituciones que las requieran de acuerdo con sus intereses. Así, quienes brindan este servicio monitorean las noticias aparecidas principalmente en la web, las copian y las ordenan de acuerdo con criterios de selección preestablecidos para remitirlas periódicamente a sus usuarios.

Gracias a ello, las personas que cuentan con este servicio pueden tener un panorama general de cómo ha sido abordada la noticia que les interesa, sin tener que acceder directamente a todos los medios de comunicación y realizar una búsqueda por sí mismas. Si bien este servicio resulta importante dentro de la sociedad de la información, el mismo se nutre de obras periodísticas creadas por terceros, que son reproducidas total o parcialmente o a las que se remite por medio de una selección de enlaces de páginas web.

11 PEREDA, Cristina. *The New York Times* estrena sistema de pago. *El País*, 17 de marzo de 2011 (<http://blogs.elpais.com/periodismo-con-futuro/2011/03/el-new-york-times-estrena-sistema-de-pago.html>).

12 «The Washington Post» inaugura este miércoles su muro de pago. *El País*, 11 de junio de 2013 (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/11/actualidad/1370939486_638623.html).

En efecto, las empresas de *press clipping* digitales no tienen la necesidad de reproducir las noticias íntegras de los medios de comunicación, sino que basta con que seleccionen los enlaces de las páginas web que los contienen y los sistematicen para presentarlos a sus clientes. Sin embargo, muchas empresas dedicadas a este negocio reproducen total o parcialmente el artículo periodístico, incluyendo las fotografías y gráficos que pudiesen acompañar la nota. Esto implica que, de un modo u otro, las empresas de *press clipping* utilizan obras protegidas por el derecho de autor y lucran con las mismas, ya sea enlazándolas o reproduciéndolas. Por ello, cabe preguntarse si es el uso que se realiza de las obras en este negocio debe contar o no con la autorización de los respectivos titulares.

175

EL *PRESS CLIPPING*
Y EL USO DE
ENLACES DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO DE
AUTOR*PRESS CLIPPING*
AND THE USE OF
LINKS FROM THE
PERSPECTIVE OF
COPYRIGHT

VI. LA EXCEPCIÓN DE CITA Y EL *PRESS CLIPPING*

En principio, todo uso de una obra debe contar con la correspondiente autorización previa y escrita del titular del derecho de autor¹³. Sin embargo, el derecho de autor admite una serie de excepciones orientadas a que la sociedad pueda acceder a la educación, la cultura y la información. Así, se puede utilizar libremente una obra en determinados supuestos expresamente establecidos en la LDA sin necesidad de solicitar autorización al autor o al titular y, en la mayoría de casos, sin estar obligado a pagar remuneración alguna.

En esa línea, el Convenio de Berna sobre Derecho de Autor¹⁴ ha otorgado a sus países miembros la facultad de establecer excepciones siempre y cuando estas cumplan con la denominada regla de los tres pasos. Estos tres pasos los siguientes: las excepciones deben estar expresamente establecidas en la legislación; su ejercicio no debe interferir con la normal explotación de la obra; y no deben causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Una de estas excepciones es la «cita». Esta consiste en un pasaje relativamente corto tomado de una obra para demostrar o hacer más inteligibles los enunciados de un autor o para referirse a opiniones ajenas de forma auténtica¹⁵. Al respecto, el Convenio de Berna sobre Derecho de Autor señala en su artículo 10 lo siguiente:

Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, con la condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga,

13 Así, el artículo 37 de la LDA establece lo siguiente: «Siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor».

14 Artículo 9 del Convenio de Berna.

15 Numeral 209, literal a) del Glosario de Términos de la OMPI.

*comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa*¹⁶.

Asimismo, el artículo 2 de la Decisión 351 que aprueba el Régimen Común en materia de derecho de autor y derechos conexos para los países de la Comunidad Andina establece que

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, 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 [...].

Finalmente, la LDA ha establecido en su artículo 44 lo siguiente:

Es permitido realizar, sin autorización del autor ni pago de remuneración, citas de obras lícitamente divulgadas, con la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente, y a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.

Lo primero que tenemos que tener claro, siguiendo la redacción de la Decisión 351, es que la cita es la inserción de un pequeño fragmento de una obra en otra obra. Así, en palabras de Antonio Castán: «El primer elemento básico a considerar es que la cita presupone la existencia de dos obras intelectuales: la obra originaria objeto de la cita y la obra en la que esta se inserta o incorpora. No se entiende que se pueda utilizar una obra ajena, a título de cita, si no es para la elaboración de otra propia»¹⁷. En efecto, no se puede considerar una cita la reproducción de una obra en otra producción que no sea una obra, por lo que es necesario siempre la existencia de una segunda creación intelectual.

Ahora bien, el segundo requisito para el ejercicio de esta excepción es que la extensión de la obra citada esté justificada para el fin que se persiga. Nos referimos únicamente a un pequeño fragmento o extracto de la obra y no a esta en su totalidad. Sin embargo, si bien las normas mencionadas no lo señalan, existen ciertas obras respecto de las cuales no se podría realizar una reproducción parcial porque esto afectaría claramente su integridad. Este es el caso, por ejemplo, de ciertas obras artísticas, fotográficas u obras literarias cortas. Así lo indicó el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI:

¹⁶ Las cursivas son nuestras.

¹⁷ CASTÁN, Antonio. Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en Internet. En: *El plagio y otros estudios sobre Derecho de Autor*. Madrid: Reus, 2009, p. 159.

También es posible otro tipo de circunstancias en las que está justificada la cita del conjunto de una obra, como sería el caso de un crítico de arte que comenta una obra sobre la historia del arte del siglo XX y que, a modo de ilustración, necesita referirse a las pinturas representativas de determinadas escuelas artísticas.

Igualmente, en este contexto se encontraría justificada la cita de la integridad de la obra, en el caso que esta fuera poco extensa como ocurre en las tiras cómicas o los poemas cortos que se citan como parte de una obra más amplia a fin de comentarlas o efectuar una reseña de estas¹⁸.

Ahora bien, el propósito de la cita es reforzar una idea, hacer una crítica o realizar una ilustración con fines educativos o informativos. Por ello, es necesario para que se configure una cita que exista un vínculo entre la obra citada y la obra en la cual se inserta. En ese sentido, la inserción de una obra en otra tiene que estar justificada por alguna de las razones anteriormente señaladas. No puede utilizarse una obra ajena a título de cita si es que no existe dicha justificación. Al respecto, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI ha señalado lo siguiente:

Es importante también establecer la vinculación o hilo conductor que necesariamente debe existir entre la cita y la obra citada [...] para lo cual se analizará si la cita se hizo por ejemplo con la finalidad de reforzar un argumento en apoyo de una tesis que se expone o de la opinión que se defiende, o en la medida que se proceda a analizar, comentar o efectuar un juicio crítico en la que es necesaria la cita a fin de hacer más inteligible la obra en la cual se inserta esta, debiéndose excluir por lo tanto, cualquier referencia aislada a la obra más allá de las relacionadas¹⁹.

En el caso de las empresas de *press clipping*, las mismas podrían ampararse en la excepción de cita a efecto de reproducir las obras periodísticas que han sido publicadas en diarios o revistas para remitirlas a sus clientes. Sin embargo, ello implicaría que dichas empresas realicen una actividad adicional que vaya más allá de la simple selección y disposición de las noticias que utilizan: tendrían que realizar una actividad creativa que justifique dicho uso. Es decir, tendrían que crear una nueva obra. Esto, por supuesto, no sucede, pues las empresas de *press clipping* se limitan a realizar una actividad de selección y disposición de los artículos periodísticos. El único contenido adicional que ellas crean es el título que colocan a cada tema. Así pues, si la noticia relevante es la

177

EL PRESS CLIPPING
Y EL USO DE
ENLACES DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO DE
AUTORPRESS CLIPPING
AND THE USE OF
LINKS FROM THE
PERSPECTIVE OF
COPYRIGHT

18 Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Novena Sesión. Ginebra, 23-27 de junio de 2003 (SCCR/9/7), OMPI (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_9/sccr_9_7.pdf), p. 13.

19 Resolución 084-2005/ODA-INDECOPI del 07 de abril de 2005.

interpelación del gabinete ministerial en el Congreso de la República, las empresas de *press clipping* seleccionan todos los artículos referidos a este tema (incluyendo editoriales, artículos de opinión, fotografías y demás) y los compilan de modo tal que sus usuarios tengan acceso a dichos artículos de forma sistematizada. Estas empresas no realizan una actividad creativa adicional.

Por otro lado, la reproducción que realizan algunas empresas dedicadas al *press clipping* es, en muchos casos, del texto íntegro del artículo periodístico y no de un fragmento de este. Esta reproducción íntegra del artículo implica que no pueda considerarse como un caso de ejercicio de la cita. Así pues, la práctica común de las empresas de *press clipping* que reproducen total o parcialmente los artículos periodísticos excede el supuesto de la excepción de cita. Por lo tanto, la reproducción total o parcial de los elementos originales de los mismos debería contar con la autorización de los editores.

VII. EL USO DE ENLACES

Existen ciertas empresas de *press clipping* que, si bien realizan una selección y disposición de artículos periodísticos, no reproducen total o parcialmente los mismos, sino que se limitan a reproducir los enlaces de páginas web de los diarios y revistas que los contienen para que sus usuarios accedan directamente a estos. Así, por ejemplo, si una empresa de *press clipping* desea utilizar un artículo periodístico aparecido en el diario *El Comercio*, no tiene necesidad de reproducirlo, sino que basta que remita a sus usuarios el enlace de la página web de dicho diario.

Ahora bien, uno de los grandes debates actuales lo constituye el determinar si la simple remisión de estos enlaces, sin la autorización respectiva de los editores de noticias, constituye o no una infracción a su derecho de autor. Es decir, se discute si a través de la remisión o la puesta a disposición únicamente de enlaces de páginas web se realiza la comunicación pública de las obras contenidas en dichas páginas. Para responder dicha interrogante, debemos tener en cuenta que existen diferentes tipos de enlaces, los cuales pueden utilizar obras de terceros en mayor o menor medida. Así, se ha diferenciado los siguientes tipos de enlaces:

- Enlaces superficiales y profundos: Los enlaces superficiales (*linking*) son aquellos que dirigen a la página principal del titular de la página web; mientras que los enlaces profundos (*deep linking*) son aquellos que dirigen a una sección específica de dicha página. A manera de ejemplo, si nos interesa un artículo periodístico aparecido en el diario *La República*, este se puede presentar al público de dos formas. La primera es simplemente

haciendo referencia a la página web de dicho diario (www.larepublica.pe). El otro modo es acceder directamente a donde se encuentra el artículo periodístico que nos interesa, obviando la página principal. El primero de estos enlaces es el denominado «enlace superficial», mientras que el segundo es el denominado «enlace profundo».

Si bien la diferencia entre enlaces profundos y superficiales puede ser considerada como poco relevante, ha generado cierto debate. Algunos titulares de páginas web consideran que el hecho de que se haga referencia a sus contenidos a través de enlaces profundos (*deep linking*) los afecta de alguna manera, pues ellos organizan sus contenidos asumiendo que los usuarios siempre visitarán primero la página principal. En la cual, además de artículos periodísticos y simples noticias del día, aparecen avisos publicitarios contratados por terceras empresas, los cuales no serían apreciados por aquellos que acceden directamente a los artículos periodísticos.

- Enlaces marco: A través de los enlaces marco (*framing*) se permite visualizar el contenido de la página web de un tercero enmarcada dentro de la página web que contiene el enlace. Esta forma de enlaces es muy común en las páginas web de diarios y revistas.
- Enlaces ensamblados: Similar al enlace marco pues integra un fragmento de una página web a otra sin que el usuario sea consciente de este hecho, pues no se percibe la existencia de un vínculo y no existe la necesidad de ser re direccionado a otra página web.
- Enlaces automáticos: Los enlaces automáticos son aquellos que permiten un salto en la información sin la intervención de los usuarios, siendo los dos principales los de redirección y los de ventanas emergentes. Los enlaces de redirección dirigen al usuario a una página web distinta de la que está visitando. Este tipo de enlaces es comúnmente utilizado por empresas que han variado su dirección electrónica y no quieren perder a sus usuarios. Así, si un usuario accede a la dirección electrónica anterior, será dirigido automáticamente por el servidor web a la nueva dirección sin tener que realizar acción alguna. El segundo tipo de enlaces automático es el de las denominadas ventanas emergentes o *pop ups*. Estos enlaces implican que se abran nuevas ventanas cuando se ha accedido a una página web, sin haberlas solicitado.

VIII. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia que se ha pronunciado respecto del uso de enlaces y su posible afectación al derecho de autor no es uniforme. Así, existen

resoluciones que han tolerado la puesta a disposición de enlaces a fin de beneficiar el tráfico de información en Internet, mientras que otras han considerado que a través de los mismos se vulnera el derecho de autor de los titulares de las obras enlazadas.

Al respecto, podemos señalar la resolución emitida por el Tribunal Supremo de Alemania de fecha 17 de julio de 2003, mediante la cual se resolvió el caso denominado «Paperboy». En este caso, algunos diarios denunciaron al titular de la página web www.paperboy.de, la cual ofrecía el servicio de búsqueda de noticias, utilizando para ello enlaces profundos («deep linking»). En dicha resolución, el Tribunal manifestó que la sola puesta a disposición de enlaces profundos no constituía una infracción al derecho de autor de los titulares de las páginas web enlazadas.

Por otro lado, en un caso llevado a cabo en Estados Unidos de América, entre las empresas Batesville Serv. Inc. y Funeral Depot Inc., la Corte del Distrito de Indianápolis señaló que el enlazar una página web que contenga imágenes protegidas por el derecho de autor constituye una infracción²⁰. Asimismo, el 08 de julio de 2002, el Tribunal de Copenhague resolvió el caso llevado a cabo entre la Asociación de Editores de Dinamarca y la empresa Newsbooster. Esta listaba una serie de enlaces profundos de noticias a través de su página web (www.newsbooster.com), con lo cual facilitaba a sus usuarios el acceso al texto íntegro de artículos periodísticos. En este caso, el Tribunal resolvió prohibir a la demandada el uso de dichos enlaces.

En este contexto, dos sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han centrado el análisis de los expertos en torno a la posible vulneración de los derechos de autor de los titulares de páginas web por el uso de enlaces. La primera de estas corresponde al asunto C-466/12, conocido como el caso «Svensson», y la segunda corresponde al asunto C-348/13, conocido como el caso «Best Water». A continuación, procederemos a analizar ambas sentencias.

VIII.1. Resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso «Svensson»

El 13 de febrero de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió una resolución relativa a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Apelación Sueco relacionadas con el proceso sostenido entre los periodistas Nils Svensson, Sten Sjörgen, Madelaine Sahlman y Pía Gadd, y la empresa Retriever Sverige AB. Los demandantes son periodistas del periódico *Gotëborg-Posten* y sus artículos eran puestos a disposición en Internet a través de la página web del mencionado medio

²⁰ Al respecto se puede revisar: SAMSON, Martin. *Batesville Services, Inc., et al. v. Funeral Depot. Internet Library of Law and Court Decisions*, (http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case367.cfm).

de comunicación. Por su parte, la demandada es titular de un servicio mediante el cual remite a sus usuarios una serie de enlaces a través de los cuales se puede ingresar a diversos artículos periodísticos publicados en Internet, entre estos, los de los denunciantes. Dichos artículos son seleccionados y ordenados de acuerdo con la necesidad de cada uno de sus clientes, tal cual se da en los servicios de *press clipping*.

Si bien es cierto no existe reproducción alguna de los artículos, sino únicamente la remisión de los enlaces profundos (*deep linking*), los denunciantes consideraron que dicho acto constituía una modalidad de puesta a disposición del público de sus obras (comunicación pública) y, por ende, la demandada debía contar con su autorización. Así, el Tribunal de Apelaciones de Suecia planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales antes de resolver la controversia:

- Si una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de Internet un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a esa obra, ¿realiza una comunicación al público de esa obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29?²¹
- ¿Influye en la apreciación de la primera cuestión que la obra a la que conduce el enlace se encuentre en una página de Internet a la que puede acceder cualquier persona sin restricciones o cuyo acceso esté limitado de algún modo?
- A la hora de apreciar la primera cuestión, ¿debe realizarse una distinción según que la obra, una vez que el usuario ha pulsado sobre el enlace, se presente en otra página de Internet o se presente de modo que parezca que se encuentra en la misma página de Internet?
- ¿Están facultados los Estados miembros para otorgar al autor una protección más amplia de su derecho exclusivo permitiendo que la comunicación al público comprenda más actos que los derivados del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29?

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia Europeo emitió una resolución interesante, en la que se señala que quien facilita enlaces a sus usuarios que les permitan acceder a obras puestas a disposición en otras páginas web realiza un acto de comunicación al público. Asimismo, añade el

21 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información:

«Artículo 3. Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición al público prestaciones protegidas.

1. Los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».

Tribunal que es suficiente que el público pueda acceder a una obra, sin que sea determinante si es que efectivamente accede o no. Con ello, el Tribunal daría a entender que, puesto que a través de los enlaces se realiza un acto de comunicación al público, se requeriría de una autorización de los titulares de las páginas web enlazadas.

Sin embargo, el Tribunal señala adicionalmente que para que se configure dicho acto de comunicación al público es necesario que esta comunicación se dirija a un público nuevo que no hubiese sido tomado en cuenta por los titulares de la página web cuando comunicaron inicialmente la misma. Es decir, de acuerdo con la sentencia emitida, no todos los enlaces constituyen un supuesto de comunicación pública, sino solamente aquellos que conducen a páginas web que no pueden consultarse libremente en Internet.

Así, el Tribunal consideró que la comunicación realizada por Retriever Sverige se dirige a los mismos destinatarios potenciales de la publicación realizada por los demandantes, dado que la página web del *Gotëborg-Posten* era accesible a todos los usuarios de Internet. Por ello, de acuerdo con el Tribunal, no resulta necesario que los titulares de derechos de autor autoricen la comunicación pública de sus obras a través de la remisión de enlaces cuando se dirigen a un mismo público.

Adicionalmente, el Tribunal hace dos aclaraciones importantes. La primera de estas se encuentra relacionada con los enlaces marco (*framing*) y los enlaces ensamblados. Si bien durante el proceso se alegó que los mismos guardaban semejanzas más evidentes con el acto de comunicación al público, el Tribunal señaló que se aplicaba el razonamiento antes señalado incluso para estos supuestos. La segunda aclaración tiene que ver con el supuesto de que a través del enlace se pueda eludir alguna medida tecnológica de acceso que el titular hubiese puesto en su obra con el fin de impedir que la misma sea accesible por terceros que no cuenten con su autorización. Al respecto, el Tribunal señala que acceder a la obra vulnerando una medida tecnológica de protección implicaría que el público al cual se dirige el enlace sea nuevo, no estando por tanto dentro del supuesto antes señalado. Por tanto, en dicho caso sí se configuraría una infracción al derecho patrimonial de comunicación pública.

VIII.2. Resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso «Best Water»

El caso «Svensson» fue complementado mediante la resolución de las cuestiones prejudiciales en el caso C-348/13, conocido como «Best Water». Dichas cuestiones se encuentran relacionadas con el proceso que inició la empresa «Best Water» ante los tribunales alemanes contra

dos empresas que habían publicado en sus páginas web un vídeo de su titularidad, el cual había sido previamente puesto a disposición en el sitio web *Youtube*. El enlace utilizado por los demandados era el conocido como enlace marco (*framing*) y, según la demandante, el mismo se presentaba de tal forma en la página web de las demandadas que los usuarios no notaban que se trataba del contenido de una página web distinta.

Así, la Corte Federal de Justicia de Alemania solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una interpretación del alcance del derecho de comunicación pública contenido en la Directiva 2001/29/CE con relación a la técnica utilizada por las demandadas. En ese sentido, mediante resolución del 21 de octubre de 2014, el Tribunal señaló que para calificar de comunicación al público una obra protegida debe ser comunicada según un modo técnico específico, diferente de los previamente utilizados o, en su defecto, a un público nuevo, es decir, a un público que no haya sido tomado en cuenta por los titulares de los derechos de autor cuando permitieron la comunicación inicial de su obra al público. Adicionalmente, el Tribunal señaló que, en el caso concreto, «puesto que tal acto de comunicación utiliza la misma técnica que ya se utiliza para comunicar esta obra en este otro sitio web, para ser calificado como comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva de 2001, este acto debe efectuarse ante un público nuevo».

Así, el Tribunal reafirmó que el utilizar un enlace marco (*framing*), en el cual la obra de un tercero aparece en la página web que contiene el enlace dando la impresión de que ambos contenidos pertenecen a la misma página, es legal siempre y cuando el público al cual va dirigida la obra enlazada sea el mismo que aquel al que se dirige la página web que la contiene. Si bien con esta resolución se reafirman los argumentos esgrimidos en el caso «Svensson», cabe preguntarse si la forma de presentar ambos enlaces («profundo» y «marco») tiene efectivamente la misma consecuencia para el derecho de autor.

Así, desde nuestro punto de vista, consideramos que el uso de enlaces superficiales y profundos no afecta el derecho de autor de los titulares de las páginas web, pues a través de estos se redirige a las personas para que aprecien los artículos periodísticos directamente de las páginas web de sus titulares. Sin embargo, en el caso de los enlaces marco (*framing*) no existe dicha redirección, sino que el usuario permanece en la página web de quien realizó el enlace. Es más, en la mayoría de casos los usuarios ni siquiera perciben el hecho de que el contenido enmarcado pertenece a una página web distinta. Así, el uso de enlaces marco o *framing* parece más un acto de comunicación pública directa, respecto del cual sí se debe solicitar la respectiva autorización, aun cuando no se dirija a un público nuevo.

EL PRESS CLIPPING
Y EL USO DE
ENLACES DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO DE
AUTOR

PRESS CLIPPING
AND THE USE OF
LINKS FROM THE
PERSPECTIVE OF
COPYRIGHT

En esa misma línea se pronunció la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, la cual señaló, en un caso vinculado a la puesta a disposición de enlaces marco o *framing*, lo siguiente:

Aun en el supuesto de que se realizara la comunicación a través de otras páginas web utilizando la tecnología del «*framing*», ello no enerva la responsabilidad del denunciado de solicitar la correspondiente autorización directamente del titular del derecho pues la licencia que hubiese podido conceder la denunciante a terceros para la explotación de sus obras y producciones no facultaba al denunciado a explotar las mismas a través de su página web²².

IX. LA POLÉMICA «TASA GOOGLE» ¿UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA?

Google News, *Yahoo News* y *Flidboard*, entre otros, son servicios dedicados a la clasificación y selección de noticias puesto a disposición en Internet por distintos medios de comunicación (periódicos, radios, televisión) para crear un directorio de enlaces al cual pueden acceder todos los usuarios de la red para seleccionar la información que requieran. El tipo de enlaces que utilizan es el profundo (*deep linking*) ya analizado. Adicionalmente, estos servicios reproducen un pequeño resumen de los artículos periodísticos, así como las fotografías que acompañan a los mismos. El modelo corresponde al *press clipping*, aunque enfocado netamente en el mundo digital. Así, las personas que acceden a estos servicios pueden encontrar debidamente sistematizados los artículos periodísticos que son de su interés.

El 1 de enero de 2015, entró en vigencia una modificación a la Ley de Propiedad Intelectual española, mediante la cual se dispuso que la reproducción digital de fragmentos no significativos de obras por parte de las empresas dedicadas al *press clipping* no requiere de la respectiva autorización de sus titulares²³. En ese sentido, estas empresas pueden enlazar artículos periodísticos y utilizar fragmentos no significativos de los mismos, incluyendo fotografías, sin estar obligadas a solicitar autorización alguna. Sin embargo, el uso de estos fragmentos y de las fotografías genera en los autores, editores y cualquier otro titular el derecho de percibir una remuneración equitativa por parte de quienes utilicen sus producciones, la cual es, además, irrenunciable.

²² Resolución 0171-2010/CDA-INDECOPI del 25 de marzo de 2010.

²³ Si bien la Ley de Propiedad Intelectual española se refiere a «prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos» y el mismo comprende a las empresas de «*press clipping*» digital, su concepto puede ser tan amplio que incluso los blogs que ponen a disposición enlaces pueden entrar en dicha definición.

185

EL *PRESS CLIPPING*
Y EL USO DE
ENLACES DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO DE
AUTOR*PRESS CLIPPING*
AND THE USE OF
LINKS FROM THE
PERSPECTIVE OF
COPYRIGHT

Es decir, las empresas de *press clipping* digital están permitidas de utilizar libremente breves fragmentos de artículos periodísticos y fotografías, pero a cambio deben pagar una compensación a sus titulares. Esta compensación es la que se conoce como la «Tasa Google», término que alude al servicio que brinda la empresa estadounidense a través de su servicio *Google News*. La modificatoria de la ley española agrega, además, que el derecho de los titulares a ser compensados tiene una naturaleza irrenunciable y que será fijado por las entidades de gestión colectiva respectivas: el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) para el caso de los textos y la Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) para el caso de las imágenes.

El texto legislativo español no colisiona con las sentencias de los casos «Svensson» y «Best Water» antes referidos, pues en ambos se hace referencia exclusivamente a los enlaces, mientras que la Ley de Propiedad Intelectual española busca compensar por el uso de fragmentos del texto de la noticia y de las fotografías. Sin embargo, la norma no discrimina entre simples noticias del día o artículos periodísticos originales (opinión, editoriales, etcétera). Así pues, se mezclan elementos protegidos por el derecho de autor con otros que no lo están.

Las críticas a la modificación introducida no se han hecho esperar. *Google News* incluso cerró su servicio en España a efecto de no abonar la referida compensación. Uno de los aspectos más controvertidos de esta norma es el carácter irrenunciable que se le ha impuesto, lo cual impide que los editores de diarios y revistas lleguen a acuerdos comerciales con las empresas de *press clipping*.

Ahora bien, el caso español no es el primero en pretender cobrar a las empresas de *press clipping* digital por el uso de fragmentos de artículos periodísticos. En el año 2013, dicho derecho fue concedido a los editores alemanes, aunque sin el carácter irrenunciable que se le ha dado en la ley española. La consecuencia de dicha medida fue que *Google News* eliminara el resumen de las noticias y las fotografías y únicamente utilizara los enlaces. Ante ello, los medios de comunicación renunciaron al cobro. En Francia, si bien no ha existido alguna norma que obligue al pago a los editores de noticias, estos llegaron a un acuerdo con *Google News* mediante el cual la empresa estadounidense los compensaría por el uso de fragmentos de sus artículos. En Bélgica, luego de que en el año 2011 un tribunal de ese país prohibiese a *Google News* el uso de textos e imágenes de los artículos periodísticos, la empresa llegó a un acuerdo con los medios y continuó utilizando los mismos²⁴.

24 Al respecto, diarios como *Le Soir*, *Le Libre Belgique*, entre otros, denunciaron a *Google Inc.* por infracción a sus derechos de autor, lo cual tuvo como consecuencia que se ordene a esta última el retiro de cualquier enlace a las publicaciones de los diarios demandantes.

Así pues, si bien a través de la compensación se busca lograr un equilibrio entre el uso libre de fragmentos de obras con fines informativos y el derecho de sus titulares, el otorgar un carácter irrenunciable a dicha compensación parece no ser la vía adecuada.

X. REFLEXIONES FINALES

Como se ha señalado, toda reproducción y comunicación pública que se haga de una obra requiere de una autorización por parte de sus titulares, a menos claro que se esté ante un supuesto de excepción al derecho de autor como es el caso de la cita. Sin embargo, resulta dudoso que el solo enlazar contenidos utilizando los enlaces superficiales e incluso los profundos corresponda a un acto de comunicación pública de obras, por lo que no deberían estar sujetos a una autorización. En ese sentido, coincidimos parcialmente con la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso «Svensson», en el sentido de que la sola puesta a disposición al público de enlaces, incluso los profundos, no configura comunicación al público. Sin embargo, dicha resolución aún tiene que aclarar el supuesto en el cual sí se configura dicho acto de comunicación cuando se trata de un público nuevo.

Así, consideramos que el uso de enlaces profundos resulta apropiado cuando lo que se busca es acceder a determinada noticia, pues las páginas web de los diarios y revistas se encuentran en continua actualización, por lo que es probable que acceder a la página web principal resulte inútil si es que el titular de dicha noticia ya ha sido removido de dicha página, obligando al usuario a realizar una búsqueda adicional. En ese sentido, las empresas de *press clipping* que únicamente ponen a disposición enlaces de noticias no deberían solicitar autorización a los titulares de las páginas web enlazadas.

Ahora bien, en el caso de los enlaces marco o *framing*, a diferencia de los enlaces superficiales y profundos, sí se configuraría un acto de comunicación al público, pues se hace accesible el material contenido en otra página web a través de la página que contiene el marco. En ese sentido, coincidimos con la posición del INDECOPI en sancionar dicha conducta si es que no se ha solicitado la correspondiente autorización y si no se encuentra amparada en alguna excepción.

Por otro lado, respecto de aquellos servicios de *press clipping* que adicionalmente utilizan fragmentos no significativos de los artículos periodísticos, muchas veces dichos resúmenes se basan en aspectos no originales y, por ende, no protegidos por el derecho de autor, por lo que no se requeriría autorización para realizar dicho acto. Ello, por supuesto, no alcanza a las fotografías, respecto de las cuales sí se debería solicitar autorización.

Finalmente, la experiencia europea en general ha enseñado que las grandes empresas dedicadas al *press clipping* digital, como es el caso de Google Inc., han llegado a acuerdos con los editores de prensa. El problema, claro está, lo configuran las pequeñas empresas que se dedican a este negocio y que nutren a las instituciones de las noticias que a estas les interesan, pues resulta difícil pensar que las mismas puedan negociar con cada uno de los medios de comunicación.

Recibido: 24/02/2015
Aprobado: 12/03/2015

187

EL *PRESS CLIPPING*
Y EL USO DE
ENLACES DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO DE
AUTOR

PRESS CLIPPING
AND THE USE OF
LINKS FROM THE
PERSPECTIVE OF
COPYRIGHT