

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión digital. Responsabilidad de proveedores. Proveedor de enlace. Intercambio de archivos. Fin de lucro.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI

FECHA: 29-4-2011

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del auto en formato digital

OTROS DATOS: Causa 41.181

SUMARIO:

“... se atribuye a M. y H. B., en su carácter de propietarios de la firma “W. S.R.L.” que contrata el servicio de hosting del portal web www. ... net, el ofrecer a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos cuyo contenido no se encuentra autorizado para publicar por parte del autor, garantizando con ello la reproducción ilícita del material”.

“El funcionamiento como biblioteca de hipervínculos justifica la existencia de la página que tiene un ingreso masivo de usuarios, mediante el cual percibe un rédito económico con la venta de publicidad, la que en el negocio informático se abarata o encarece en función de la mayor cantidad de visitas que recibe”.

[...]

“Los imputados a través de su sitio permitían que se publiciten obras que finalmente eran reproducidas sin consentimiento de sus titulares Si bien ello ocurría a través de la remisión a otro espacio de Internet, lo cierto es que justamente tal posibilidad la brindaba su servicio”.

“Han reconocido tanto en la audiencia como en sus escritos y además surge de la causa, que son los administradores de la página, debiendo responder en tal sentido”.

“Adviértase que si bien los autores del hecho finalmente serían aquéllos que subieron la obra al website y los que «la bajan», lo cierto es que el encuentro de ambos obedece a la utilización de la página ..., siendo sus responsables al menos partícipes necesarios de la maniobra ...”.

COMENTARIO: Uno de los problemas que plantea la responsabilidad penal de los proveedores de enlaces a otras páginas que permiten las descargas de contenidos no autorizados o facilitan los

intercambios de archivos entre terceros, es que se aduce que esos prestadores de servicios de enlace no reproducen ni comunican la obra al público, ya que son meros intermediarios. El tema se ubica en la forma como está concebido el tipo penal en el país donde se reclama la protección y, en todo caso, que la responsabilidad penal puede surgir o no de la figura de la “cooperación necesaria” para la comisión del delito por parte de terceros o si la inducción a esa conducta encuadra o no en dicho penal. En cualquier caso, ello no exime al prestador del servicio de la responsabilidad civil para reparar el daño causado, si sabe o tiene motivos razonables para saber que está favoreciendo una conducta ilícita. En ese sentido, el Tribunal Supremo español declaró que el “conocimiento efectivo” de la infracción, a que se refiere la Directiva Europea 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), no restringe “los instrumentos aptos para alcanzarlo”, pues “no cabe prescindir de que la misma [Directiva] atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate”¹. Y en cuanto al beneficio económico que obtenga el proveedor de enlace a través de la publicidad (el cual tiene generalmente una relación directa con su servicio), la Corte Federal de Australia (5-9-2005), respecto de la operación del sistema *peer-to-peer* de intercambio de archivos de *Kazaa*, dijo que el operador de dicho sistema “se mantiene de las ganancias derivadas de la publicidad” y que “es un principio de la mercadotecnia que el precio está relacionado con la propaganda susceptible de alcanzarse a través de la publicidad. Mientras más archivos hubiera para compartir en *Kazaa*, mayor atracción se generaba para su sitio web”. En Suecia se hizo famoso el caso “*Pirate Bay*”, donde la Corte de Distrito de Estocolmo (17-4-2009), condenó penalmente a los propietarios de un servicio de enlace mediante intercambios de archivos a través del rastreador “*Torrent*”, por considerar que “el hecho de que la operación de *Pirate Bay* tuviera, al menos en alguna extensión, financiación a través de ganancias publicitarias fue confirmado ... El uso de obras protegidas debe ser considerado, por lo tanto, con un propósito comercial”. Dicho fallo fue ratificado en lo sustancial por la Corte de Apelaciones (noviembre de 2010) y el recurso de casación contra esta última sentencia se declaró improcedente (febrero de 2012). En España, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (11-11-2009), consideró que existían indicios para el procesamiento de los responsables de un sitio en Internet, “facilitando el enlace para su intercambio mediante plataformas P2P, obteniendo un beneficio derivado de la publicidad que se insertaba en la citada página”. En nuestra opinión hay una relación directa entre los ingresos por publicidad de un servicio de enlaces que permite el intercambio ilícito de archivos y tales intercambios, especialmente si dicho servicio constituye el objetivo principal de la página, pues generalmente el cobro por concepto de publicidad se incrementa con el número de las visitas a la web. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

En la ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de abril de 2011, se reúnen los integrantes de esta Sala VI y la Secretaria Autorizante, para tratar el recurso de apelación deducido por la defensa de H. y M. B. (ver fs.415/421), contra los puntos I, III y VI del auto de

¹ Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª (9-12-2009).

fs.409/413 que dispusieron sus procesamientos en orden al delito previsto en el artículo 72 inciso “a” de la Ley 11.723 (cometido en 29 oportunidades) como partícipes necesarios, trabó un embargo sobre su dinero y/o bienes hasta alcanzar la suma de \$200.000 (doscientos mil pesos) y los intimó a que eliminaran los post de los usuarios del sitio web “.....” en los que se ofreciera la descarga de las obras denunciadas en esta causa y en las conexas N° 41.182 y N° 41.183, bajo

apercibimiento de proceder a su inmediata detención.-

AUTOS:

En la audiencia, la parte fundamentó sus agravios y, tras la deliberación pertinente, estamos en condiciones de expedirnos.-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.-) Del hecho:

Según las intimaciones efectuadas a fs.367/369 y 370, se atribuye a M. y H. B., en su carácter de propietarios de la firma “W. S.R.L.” que contrata el servicio de hosting del portal web www.net, el ofrecer a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos cuyo contenido no se encuentra autorizado para publicar por parte del autor, garantizando con ello la reproducción ilícita del material.-

El funcionamiento como biblioteca de hipervínculos justifica la existencia de la página que tiene un ingreso masivo de usuarios, mediante el cual percibe un rédito económico con la venta de publicidad, la que en el negocio informático se abarata o encarece en función de la mayor cantidad de visitas que recibe.-

Lo expuesto ha permitido que personas, aún no identificadas, publicaran links para descargar ilegítimamente las obras descritas a fs. 4/5, a cuya enumeración nos remitimos en honor a la brevedad, sin que la maniobra fuera evitada por la administración del sitio de los imputados, facilitando con ello las copias cuestionadas.-

II.-) De los agravios:

En relación al auto de procesamiento la defensa entendió que la conducta de sus asistidos no encuadraba en la descripción del artículo 72 inciso “a” de la Ley 11.723, pues no realizaron ninguna de las acciones prohibidas: editar, vender o reproducir por cualquier medio una obra protegida.-

Además nunca tuvieron la intención de ofrecer una herramienta multiplicadora de obras. Por ello las conclusiones del juez son conjeturales.-

Destacó que no existe ninguna referencia, publicidad, mensaje explícito o implícito en el sitio que importe ofrecer un lugar para la divulgación de títulos y que la adhesión a la página web consignara la prohibición de que los usuarios realicen esas maniobras y no consta prueba alguna que demuestre que los imputados hubieran desplegado una acción comisiva de las requeridas por la citada ley.-

Refirió que su actividad consiste en mantener activa la página en Internet que no aloja obras intelectuales en violación a la propiedad intelectual. Los hipervínculos que direccionan a esos sitios de descarga son colocados en www.net por los usuarios que allí se registran, que son aproximadamente veinte mil por día.-

Mencionó que en la decisión jurisdiccional no se estableció si quien había “colgado” un post que enlaza el archivo que contiene la obra fue quien la reprodujo efectivamente. En cambio, sí se identificó a quien informa a la comunidad el sitio donde se encontrarían las reproducciones ilegítimas.-

Sostuvo que el juez de instrucción consideró que se favorecía la publicación de las obras tuteladas por la ley de propiedad intelectual porque el sistema de control era ineficaz. Sin embargo, el apelante cree que el magistrado desconoce el modo de protección de los derechos pues ni siquiera consultó la pestaña de denuncias que posee “.....”.

Afirmó que es sencillo operar con ese procedimiento.-

Alegó que la querrela solicitó la eliminación de un post, lo que fue cumplido el 23 de marzo de 2009, pero que otro usuario lo volvió a subir el 19 de junio del mismo año, por lo que el esfuerzo por impedir la maniobra existió. La circunstancia de que los imputados conozcan la posibilidad de que terceros afecten los

derechos de autor, no significa que tengan voluntad para alentarlos.-

Por eso hizo hincapié en los términos y condiciones de adhesión de los usuarios donde en relación a la incorporación de links se sostiene que “Uno de los principales derechos patrimoniales de un autor es el de reproducción de su obra, este derecho confiere la facultad de prohibir reproducciones de su obra sin autorización previa y expresa.

Un link no vulnera el derecho de reproducción, las direcciones URL, son meros hechos que no están protegidos por el derecho de autor por no implicar la realización de una copia de una obra. Sin embargo cuando el autor o el titular de los derechos sobre una obra no la hubiere publicado, nadie sin autorización de éste podrá lícitamente hacerlo, por consiguiente los usuarios sólo podrán asociar a sus posts, links que refieran a obras que hubieren sido lícitamente publicadas en Internet por su titular”.-

Tal situación lo persuade que es imposible que sus asistidos determinen el contenido de las cargas y establezcan si violan los derechos de autor cuando diariamente, en promedio, se realizan veinte mil “post” y porque no tienen acceso al Registro Nacional de la Propiedad Intelectual para cotejarlo.-

Es que la exigencia que impone la ley impide la imputación subjetiva, pues no podría pensarse a quien desconoce el extremo relativo a la protección legal que conlleva la obra que edite o reproduzca.-

También resaltó que se desconoce si quien cargó los textos hubiera pagado los derechos de autor o los tenga reservados a su favor, extremo negado por los damnificados.-

Por otro lado, para asignarles el rol de partícipes necesarios, debía tenerse por acreditado un acuerdo previo de voluntades para efectuar un aporte a la ejecución del hecho o al autor de los elementos necesarios para que se consuma el plan trazado, lo que a su juicio no se vislumbra ante la ausencia de

pruebas que los usuarios utilicen el sitio incumpliendo el convenio que deben aceptar para poder cargar el material, no alcanzaba para fundar la asignación de un rol en la ejecución del suceso.-

En relación al monto del embargo, opinó que el juez de grado no tomó ningún parámetro objetivo para evaluar la extensión del daño causado y que sería, eventualmente, materia de reclamo por vía civil, pues no había cuantificado la caída en las ventas de las publicaciones reproducidas.-

En cuanto a la obligación impuesta a los imputados de sacar el material de su página, bajo apercibimiento de detención, sostuvo que durante el proceso penal el acusado goza una presunción de inocencia y destacó que no surgían indicios para presumir que sus pupilos eludirán la acción de la justicia o entorpecerán la investigación.

Indicó que la conminación caía en un error básico de derecho procesal penal que es amenazar con una pena de prisión la desobediencia, cuando eventualmente hay otros medios de coerción que no impliquen privación de libertad.-

III.-) Del procesamiento:

La reproducción ha sido definida como el modo de llevar a cabo la multiplicación material en cualquier forma o por cualquier medio de objetos corporales idénticos o similares (ver de esta Sala, con una integración parcialmente distinta, causa N°32.190, “Molina, Ernesto”, rta. 7/6/07).-

Los imputados a través de su sitio permitían que se publiciten obras que finalmente eran reproducidas sin consentimiento de sus titulares (ver fs.4/5, 74, 96, 129, 134, 152, 374/375 y 382/389). Si bien ello ocurría a través de la remisión a otro espacio de Internet, lo cierto es que justamente tal posibilidad la brindaba su servicio.-

Han reconocido tanto en la audiencia como en sus escritos y además surge de la causa, que

son los administradores de la página, debiendo responder en tal sentido.-

Adviértase que si bien los autores del hecho finalmente serían aquéllos que subieron la obra al website y los que “la bajan”, lo cierto es que el encuentro de ambos obedece a la utilización de la página, siendo sus responsables al menos partícipes necesarios de la maniobra y además claros conocedores de su ilicitud, por lo que el convenio que exhiben para pretender exonerarse de responsabilidad no podrá ser tenido en cuenta.-

Los restantes agravios expuestos por la defensa podrán ser disipados en una eventual etapa de debate, a la luz de los principios de oralidad e inmediación.-

En consecuencia, se impone homologar el procesamiento de H. y M. B., sin perjuicio de la calificación legal que en definitiva corresponda (artículo 401 del Código Procesal Penal).-

IV.-) Del embargo:

El monto de \$200.000 (doscientos mil pesos) será confirmado, pues resulta acorde a las pautas de mensuración previstas en el artículo 518 del Código Procesal Penal, esto es, las costas originadas y las que pudieran devenir en el curso de la pesquisa y la eventual indemnización civil que pudiera surgir. En relación a la falta de valoración en la suma del daño causado, reclamado por la defensa, esto no le causa gravamen de especie alguna.-

V.-) De la intimación:

Más allá que el apelante nada alegó sobre el apercibimiento de detención, atento lo previsto en el artículo 167 inciso 2° del catálogo procesal debe señalarse que dicha medida de cautela personal no posee sustento legal en cuanto a los motivos que la fundamentaron (artículos 312, 316, 317 y 319 del ordenamiento legal) lo que la convierte en arbitraria e ilegítima por exceder la competencia del magistrado de la instancia anterior (inciso 1° del artículo mencionado).

Así, no cabe otra solución que invalidarlo.-

En consecuencia, este Tribunal RESUELVE:

I.-) Confirmar los puntos I y III del auto de fs.409/413 en cuanto fueran materia de recurso.-

II.-) Declarar la nulidad del punto VI de dicha resolución.-

Se deja constancia que el Juez Luis María Bunge Campos, subrogante de la Vocalía N°11, no interviene en la presente por hallarse abocado a las audiencias de la Sala I de esta Cámara (art.109 del Reglamento para la Justicia Nacional).-

Devuélvase, para que se practiquen en primera instancia las restantes notificaciones. Sirva lo proveído de muy atenta nota de envío.-

Julio Marcelo Lucini Mario Filozof

Ante mí: Cinthia Oberlander

Secretaria de Cámara