

## Transmisión digital. Responsabilidad de proveedores. Proveedor de enlace. Intercambio de archivos.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Argentina

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

**FECHA:** 7-10-2011

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Texto del fallo en la Biblioteca Jurídica Virtual <http://www.eldial.com/>. Referencia AA70A7

**OTROS DATOS:** Nakayama, Alberto s/procesamiento

### SUMARIO:

*“Según la intimación efectuada ... se imputa a Alberto Nakayama que, junto a los hermanos Matías y Hernán Botbol (cuyos procesamientos fueron confirmados por esta Sala ...), en su calidad de propietario de la firma «Wiroos S.R.L.» contrata el servicio de hosting del portal web «www.taringa.net», y ofrece a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos cuyo contenido no está autorizado para publicar por el autor, facilitando con ello la reproducción ilícita del material que se publica”.*

[...]

*“La imputación formulada por el a quo no sólo se construyó a partir de un tipo omisivo, el que es arduamente criticado por el apelante, sino también sobre una acción comisiva, consistente en facilitar los medios para que los usuarios pudieran compartir y descargar gratuitamente archivos que contenían obras sin las respectivas autorizaciones de sus autores. Este extremo es reconocido por el propio impugnante”.*

*“El agravio relacionado a que no se determinó que efectivamente alguna persona hubiera «descargado» los archivos que contenían las publicaciones ilegales no prosperará, pues se comprobó que las obras fueron reproducidas indebidamente al «colgarlas» en una página web sin los permisos pertinentes, ... y a la cual «Taringa» re-direccionaba la búsqueda de terceros no identificados”.*

## TEXTO COMPLETO:

Buenos Aires, octubre 7 de 2011.

Se reúnen los integrantes de esta Sala VI y la Secretaría Autorizante, para tratar el recurso de apelación deducido por la defensa de Alberto Nakayama (ver fs.206/214), contra el punto I del auto de fs.201/204 que dispuso su procesamiento en orden al delito previsto y reprimido en el art.72 inciso “a” de la ley 11.723 (cometido en 12 oportunidades) como partícipe necesario y trabó un embargo sobre su dinero y/o bienes en la suma de \$130.000 (ciento treinta mil pesos).

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 la intimación efectuada a fs. 165 se imputa a Alberto Nakayama que, junto a los hermanos Matías y Hernán Botbol (cuyos procesamientos fueron confirmados por esta Sala a fs. 115/116), en su calidad de propietario de la firma “Wiroos S.R.L.” contrata el servicio de hosting del portal web “www.taringa.net”, y ofrece a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos cuyo contenido no está autorizado para publicar por el autor, facilitando con ello la reproducción ilícita del material que se publica.

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

Lo expuesto ha permitido que los concurrentes divulgaran links permitiendo la descarga de obras cuya propiedad intelectual está protegida, sin que fuera evitado por la administración del sitio —a cargo

de los imputados—, permitiendo su reproducción ilícita.

Entre los libros publicados, se encuentran los denunciados a fs. 1/7 de esta causa.

II) De los agravios:

Indicó la defensa que la calificación de participación necesaria en el delito de violación a la ley 11.723 fue construida a través de dos presupuestos fácticos independientes. El primero, poner a disposición de las personas que se registran como usuarios del sitio web “Taringa” la posibilidad de incluir entre sus comentarios (posts) direcciones web que habilitan la descarga de obras literarias sin la autorización de sus respectivos autores; y el segundo consiste en no contar con mecanismos de protección que eviten tales infracciones, resultando insuficientes los procedimientos de autocontrol y denuncia que el sitio ofrece como única garantía.

Sostuvo que ambos supuestos eran equivocados y conducían a una errónea interpretación de la ley sustantiva, en particular de los alcances de la participación criminal (art. 45 del C.P.).

Hizo referencia a que en el ámbito internacional se excluye la responsabilidad de los intermediarios en servicios de Internet por contenidos generados por terceros que se difundan a través de ellos (ver punto 2, apartados “a” y “b” del Comunicado conjunto de la Relatoría de la O.N.U. y otros organismos internacionales, a fs. 129/133 y 134/153) y que si alguna persona utilizaba la página para desarrollar algún comportamiento fuera de la ley, no podía acusarse por ello a sus administradores.

En cuanto a la participación por omisión, es decir, que el sitio no contara con mecanismos capaces de evitar la comisión de este tipo de injustos, recordó que la equiparación de una acción a una omisión en términos de imputación objetiva es una construcción de dudosa constitucionalidad y que para acusar como partícipe necesario de un delito a una persona que no evita la producción de un resultado, debe acreditarse de manera clara que el agente contaba con la posibilidad física de realizar la

*acción mandada y que, de ser ejecutada, existe una posibilidad rayana a la certeza de que el resultado podía ser evitado. Entendió que lo expuesto no se daba en el caso pues el control a priori que podía efectuarse era muy limitado y que, en definitiva, regía en este sentido iguales reglas que en materia de libertad de prensa. A partir de la cantidad de posts que ingresan en el sitio diariamente, era imposible establecer en tiempo real cuál era su contenido y menos aún si ponía en riesgo los derechos de autor. Además, luego de eliminar los links con las obras ilegítimas de la página, existe la posibilidad de que sean “subidos” nuevamente.*

*Agregó que la circunstancia de que a partir de las denuncias recibidas, el sitio haya dado de baja a la mayoría de los links que contenían el material ilícito, descarta la existencia de dolo en la conducta.*

*También refirió que los libros reproducidos en infracción a la ley 11.723 están alojados en otras páginas web, por lo que mediante un buscador de Internet se puede acceder a ellos sin ningún tipo de intervención de “Taringa”.*

*Entendió que el auto apelado era arbitrario pues tomó como presupuesto válido que hubo una participación necesaria en el delito, cometido por terceras personas aún no individualizadas, sin que fuera intimada la intervención concreta en alguna conducta desarrollada en nuestro país. Ello, ya que está acreditado que las obras literarias no están almacenadas en la página, sino en el sitio “rapidshare”, cuyos servidores están localizados fuera del territorio nacional, por lo que no puede aplicarse al caso la ley penal argentina.*

*Señaló que para que exista cooperación punible es necesario que el autor hubiere desarrollado un comportamiento típico y antijurídico, extremo que no puede ser satisfecho. Se trataría de un agente experimental que actúa sin dolo o bien que no desarrolla una conducta contraria a la norma, por lo que la intervención que se le endilga carece de significación jurídico-penal. Así, sostuvo que el comportamiento es impune, pues la tentativa de colaboración no puede ser castigada.*

*Puntualizó que el embargo se dispuso sin determinar un parámetro de perjuicio, por lo que solicitó que se revocara.*

### *III) Del procesamiento:*

*Se ha acreditado prima facie que Alberto Nakayama es titular junto a los hermanos Matías y Hernán Botbol del sitio “www.taringa.net” (ver fs. 150/152 de la causa N° 48.776/2009 conexas con la presente) y que permitían que se publicaran obras que eran reproducidas sin el consentimiento de sus titulares (ver fs. 4, 17, 26, 35, 51/53, 60, 68, 74 y 76/83 del expediente reservado N° 0338/09 de la Unidad de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando del Ministerio Público Fiscal). Si bien ello ocurría mediante la remisión a otro espacio de Internet, lo cierto es que no era posible si no se hacía a través de “Taringa”.*

*Se invocó como estándar internacional una “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet” (ver fs. 129/133 y 134/153) que propone deslindar de responsabilidad a los intermediarios de sus servicios por los contenidos generados por terceros que se difundan a través de ellos. Sin embargo, esa manifestación no fue suscripta por la Argentina, ni tampoco sus parámetros han sido receptados por la legislación interna por lo que, de momento, no pueden ser aplicados al sub examine.*

*Más allá de que los links desde los cuales se habrían descargado las obras reproducidas ilegalmente (rapidshare.com, 4shared.com y mediafire.com) están ubicados fuera de nuestro país, lo cierto es que los servidores del dominio “taringa.net” desde donde se ofrecía su descarga (kui.wiroos.com.ar y lanark.wiroos.com) y cuyos titulares serían los imputados, registran domicilio en la República Argentina (ver fs. 2/3, 9 de la causa conexas N° 48.776/2009 y constancia de fs. 60 del expediente de la Unidad Fiscal de Investigación de Delitos Tributarios y Contrabando). Sin perjuicio de ello, los efectos del delito se habrían producido en el territorio nacional, por lo que en virtud del principio de ubicuidad previsto en el artículo 1° del Código Penal es procedente la aplicación de la ley penal*

argentina.

*La imputación formulada por el a quo no sólo se construyó a partir de un tipo omisivo, el que es arduamente criticado por el apelante, sino también sobre una acción comisiva, consistente en facilitar los medios para que los usuarios pudieran compartir y descargar gratuitamente archivos que contenían obras sin las respectivas autorizaciones de sus autores. Este extremo es reconocido por el propio impugnante.*

*El agravio relacionado a que no se determinó que efectivamente alguna persona hubiera “descargado” los archivos que contenían las publicaciones ilegales no prosperará, pues se comprobó que las obras fueron reproducidas indebidamente al “colgarlas” en una página web sin los permisos pertinentes, por los usuarios cuyos nicknames surgen a fs. 7 y a la cual “Taringa” re-direccionaba la búsqueda de terceros no identificados.*

*El resto de los cuestionamientos vertidos por el recurrente podrán ser debatidos con mayor amplitud en una eventual etapa de debate a la luz de los principios de oralidad e inmediatez.*

*IV) Del embargo:*

*El monto de \$130.000 (ciento treinta mil pesos) fijado en los términos del artículo 518 del Código Procesal Penal será confirmado, pues resulta acorde a las pautas de mensuración allí previstas. La imposibilidad de establecer a priori la magnitud del daño económico causado, no impide la mensuración estimativa, máxime cuando la medida cautelar puede ampliarse o disminuirse a lo largo del proceso.*

*En consecuencia, el Tribunal resuelve:*

*Confirmar el punto I del auto de fs.201/204 en cuanto fuera materia de recurso.*

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

*Se deja constancia que el Dr. Ricardo Matías Pinto*

*no suscribe la presente por hallarse inhibido. —  
Julio Marcelo Lucini. — Mario Filozof.*