

## Transmisión digital. Descarga de archivos “torrents”. Redes P2P. Medida autosatisfactiva. Requisitos. Procedencia

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Argentina

**ORGANISMO.** Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 64 de Buenos Aires

**FECHA:** 11/03/2014

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Buenos Aires.

**DATOS:** CAPIF -CAMARA ARG DE PRODUCTORES DE FONOGRAMAS-, JAVIER EDUARDO DELUPI - JUAN IGNACIO GRASS Y OTROS c/ THE PIRATE BAY s/MEDIDAS PRECAUTORIAS

### SUMARIO:

*“.. se presentaron: “Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas”, “Warner Music Argentina S.A.”, “EMI Odeon S.A.I.C.”, “Universal Music Argentina S.A.”, “Epsa Music S.A.”, “Leader Music S.A.”, “Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música” y “Sony Music Entertainment Argentina S.A.”, por intermedio de apoderados y promovieron demanda solicitando el dictado de una medida autosatisfactiva inaudita parte contra “The Pirate Bay”, a efectos de que se disponga el bloqueo del sitio de internet.”*

*“Alegaron que el demandado mencionado facilita la violación de los derechos exclusivos de los reclamantes respecto de sus obras musicales y fonogramas establecidos en la ley 11.723, a través de la página de Internet de la accionada.”*

*“Indicaron que ello se efectúa mediante la descarga del sitio “The Pirate Bay” de archivos “torrents” que contiene la información necesaria para identificar los que reproducen tales obras facilitando a los usuarios del sistema compartirlos y descargarlos desde cualquier lugar del mundo..”*

*“Detallaron que los bloqueos que se requieren mediante la presente resultan ser: bloqueo del IP y bloqueo de DNS que son medidas viables y técnicamente posibles, sin costo para los prestadores de servicio de Internet, que tiene como propósito impedir el acceso al sitio para la descarga de archivos”*

*“Las medidas autosatisfactivas han sido definidas como “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables “inaudita et altera pars” y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles”. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de tutela de urgencia “.*

*“Si bien es innegable que bajo este joven instituto pueden canalizarse pretensiones muy diversas, ellas revisten determinados caracteres comunes: 1) son requerimientos urgentes; 2) autónomos; 3) de naturaleza contenciosa; 4) sin trámite previo o con un trámite breve que puede disponer el Juez; 5) que se agotan con el despacho favorable e importan una satisfacción definitiva a la pretensión deducida, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad, diferenciándose de las medidas cautelares en tanto éstas últimas son esencialmente instrumentales y accesorias de un proceso y se otorgan para garantizar el cumplimiento de una sentencia futura.”*

*“Se explicó luego el sistema Peer to Peer o P2P, donde son los clientes, es decir los computadores de cada usuario, los que interactúan entre sí; y aunque se requiere de algún componente centralizado éste cumple simplemente la función de poner en contacto a los usuarios entre sí. Es decir que la información que este componente central provee a los usuarios es información necesaria para la coordinación de las descargas, pero no el contenido a ser descargado (fs. 139). Agregó que la tecnología P2P se ha vuelto muy popular y crece permanentemente, si bien existen varios protocolos P2P, el más ampliamente usado en la actualidad es BitTorrent”*

*“Dado que una obra musical por lo general se almacena en archivos de gran tamaño, el sistema BitTorrent particiona los mismos en pequeños fragmentos (en inglés chunks) como pequeñas piezas de un rompecabezas, las cuales son distribuidas entre los usuarios, y cada una va siendo ensamblada por la aplicación BitTorrent en el archivo que está siendo descargado. Esto es: el archivo completo no se descarga como tal sino como una secuencia desordenada de chunks que van siendo recibidas por la aplicación y que ésta ordena hasta que el archivo queda reconstruido en su totalidad. Cada integrante de la red P2P actúa a la vez como cliente y como servidor proveyendo y recibiendo estos chunks”*

*“el software del tipo “.torrent” puede “terminar devastando la creatividad cultural” del mismo modo que “se devasta el planeta con la contaminación. Las redes P2P han permitido una difusión de las obras artísticas como nunca en la historia, pero a la vez tienen una capacidad de daño al derecho de autor como nunca antes. Es como si alguien entrara a una librería y se llevara los libros sin pagar. Pero la gente tiene más escrúpulos con los objetos tangibles que con los intangibles. Si se afecta el derecho de autor, si las discográficas o las productoras de cine no tienen incentivos, no van a invertir en el autor. Sin industria no se difunde la creación. Los recursos naturales no son infinitos. La creatividad también se puede devastar”*

*“La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que quien obtiene una ganancia o utilidad debe afrontar asimismo los costos derivados de ella; en la especie, The Pirate Bay obtiene abundantes ingresos publicitarios, según lo acreditado en autos, prescindiendo de afrontar los costos que importa cancelar los derechos autorales o intermediar eficazmente en su percepción por parte de sus titulares”*

*“Reconocer la protección de la garantía de la libertad de expresión al encumbrar al rango de información al régimen de intercambio de bytes del P2P, con su tráfico de chunks y metadatos*

*entre usuarios y asistencia del tracker para la violación de derechos de autor, es denigrar uno de los más grandes logros del hombre libre enaltecido en condición de ciudadano desde el año 1789.”*

*“En virtud de tales consideraciones, y conforme lo precedentemente expuesto y normas legales citadas, FALLO: ...Estimar la medida autosatisfactiva solicitada en fs. 275/296, y en consecuencia ordenar a los proveedores de Internet listados en fs. 287vta./288 a que en el plazo de cinco días dispongan los medios necesarios para bloquear el acceso de usuarios desde la República Argentina respecto de las direcciones IP que opera el sitio The Pirate Bay expuestas en fs. 146 y 295vta.; bloquear todos los DNS adoptados por The Pirate Bay conocidos actualmente cuya identificación estará, en su caso, a cargo del perito designado de oficio en el procedimiento de cumplimiento de esta medida. Ello bajo apercibimiento de aplicar astreintes en caso de incumplimiento.”*

#### **TEXTO COMPLETO:**

Buenos Aires, 11 de marzo de 2014.

I

#### **VISTOS:**

Estos autos caratulados “Capif Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y otros c/ The Pirate Bay s/ Medidas Precautorias”, Expte. N° 67921/2013, de los cuales,

#### **RESULTA:**

1. En fs. 275/296 se presentaron: “Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas”, “Warner Music Argentina S.A.”, “EMI Odeon S.A.I.C.”, “Universal Music Argentina S.A.”, “Epsa Music S.A.”, “Leader Music S.A.”, “Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música” y “Sony Music Entertainment Argentina S.A.”, por intermedio de apoderados y promovieron demanda solicitando el dictado de una medida autosatisfactiva inaudita parte contra “The Pirate Bay”, a efectos de que se disponga el bloqueo del sitio de internet.

Alegaron que el demandado mencionado facilita la violación de los derechos exclusivos de los

reclamantes respecto de sus obras musicales y fonogramas establecidos en la ley 11.723, a través de la página de Internet de la accionada.

Indicaron que ello se efectúa mediante la descarga del sitio “The Pirate Bay” de archivos “torrents” que contiene la información necesaria para identificar los que reproducen tales obras facilitando a los usuarios del sistema compartirlos y descargarlos desde cualquier lugar del mundo.

Por tales motivos es que peticionaron el bloqueo de acceso a la página de internet de la demandada “The Pirate Bay”, por parte de los usuarios con dirección del IP argentina, ya que a través del referido sitio se facilita el acceso en forma ilegal e ilegítima a descargas no autorizadas de contenidos protegidos por la ley de propiedad intelectual y en particular de obras musicales y fonogramas.

Arguyeron que la demandada “The Pirate Bay”, es un facilitador de la violación de los derechos de propiedad intelectual de autores y compositores, intérpretes y productores de fonograma, poniendo a disposición de los usuarios la catalogación de los contenidos disponibles y los enlaces y elementos necesarios para que los

usuarios puedan descargar los contenidos, que la demandada no aloja, sino que clasifica y facilita para el acceso a millones de personas en todo el mundo.

A tales efectos, indicaron que la presente medida autosatisfactiva tiene por finalidad que el Suscripto ordene a los proveedores del servicio de Internet que operan en el país, el bloqueo al acceso al sitio de Internet “The Pirate Bay” y a efectos de impedir que los usuarios que intenten conectarse desde Argentina puedan hacerlo.

Sostuvieron los peticionarios que la infracción indicada de parte de la demandada deviene por la inexistencia de autorización al sitio de esta última, para realizar actos de disposición y explotación de los contenidos garantizados por el art. 17° de la Constitución Nacional y art. 2° de la ley 11.723, como asimismo, los acuerdos internacionales establecidos en el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), sobre interpretaciones, ejecuciones y fonogramas, ratificados por la República Argentina mediante la ley 25.140.

Al respecto, señalaron que la justicia criminal ya ha considerado como un delito el carácter de facilitador de la demandada, en lo que hace a las violaciones en materia de propiedad intelectual por lo que el accionar de la demandada resulta ilícito por permitir a través de su sitio, la infracción a los derechos de propiedad intelectual de los aquí reclamantes.

A los efectos de acreditar el método de acceso y descarga de las obras, se acompañaron en autos informes y actas de constatación de los que surgen tales procedimientos, que lesionan los derechos de los reclamantes, facilitados gracias al accionar del sitio de la demandada que intenta un índice de contenidos (mayoritariamente protegidos por el derecho de auto) y que pueden

ser descargados por medio de aplicaciones tales como BitTorrent, proveyendo la accionada la información necesaria para que tales aplicaciones puedan conectarse entre sí y crear una red descentralizada de intercambio de archivos.

Afirmaron que la demandada es uno de los principales sitios preferidos por los usuarios argentinos, para la descarga de contenidos a través de redes P2P (peer to peer o punto a punto).

Sostuvieron que el 25 % de los contenidos disponibles en el sitio de la demandada se corresponde a música, de la cual al menos el 75 % se hallaba comercialmente disponible para ser adquirida por el público en medios masivos, no obstante lo cual, la página indicada tuvo en octubre de 2010, 42.000.000 millones de visitantes provenientes de todo el mundo.

En relación a lo expuesto anteriormente, alegaron que la demandada pudo haber generado ingresos por publicidad en la suma de U\$S 20.528.308 y U\$S 36.685.570 anuales ya que su negocio gira en torno a la venta y comercialización de espacios de publicidad, lucrando y enriqueciéndose ilegalmente a costa de los derechos intelectuales de terceros, entre los que se encuentran los de los aquí reclamantes.

Detallaron que los bloqueos que se requieren mediante la presente resultan ser: bloqueo del IP y bloqueo de DNS que son medidas viables y técnicamente posibles, sin costo para los prestadores de servicio de Internet, que tiene como propósito impedir el acceso al sitio para la descarga de archivos.

Destacaron que el bloqueo vía DNS permitirá que si el dominio principal de la demandada cambiase, extremo que sucede a efectos de eludir a las autoridades y acciones de bloqueo,

el usuario tampoco podrá acceder al dominio redireccionado.

Asimismo, enumeraron a los prestadores de Internet que deberían implementar estas medidas de bloqueo: Telefónica de Argentina S.A. (Speedy), Telefónica Móviles de Argentina SA (Movistar), Cablevisión SA (Fibertel), Primera Red Interactiva de Medios Argentinos (Prima) SA (Prima), Telecentro SA (Telecentro), NSS SA (Iplan), Telecom Argentina SA (Arnet), Telecom Personal SA (Personal), CPS Comunicaciones SA (Metrotel), Sion SA (Sion), Sinectis SA (Sion), Amx Argentina SA (Claro) y poniendo en conocimiento asimismo, a la Comisión Nacional de Comunicaciones.

Peticionaron se haga lugar a la demanda, dictándose sentencia autosatisfactiva inaudita parte, ordenando a las empresas indicadas el bloqueo al acceso al sitio de Internet The Pirate Bay actualmente accesible a través del URL thepiratebay.sx, sus dominios y sub dominios y cualquier dirección de IP o URL que tenga por finalidad permitir o facilitar el acceso al sitio “The Pirate Bay” a todos los usuarios localizados en la República Argentina.

Fundaron en derecho y ofrecieron prueba.

2. En fs. 300/301, se dispuso de oficio la realización de una pericia en ingeniería y sistemas, con puntos periciales propuestos por el Tribunal.

3. En fs. 309/373, corre agregado copia y pertinente traducción de un fallo dictado por un Tribunal extranjero, que dispuso el bloqueo del sitio The Pirate Bay.

4. En fs. 384/422, corre agregado el dictamen pericial informático, llevado a cabo por el perito ingeniero en sistemas de información.

5. En fs. 453, se llamaron autos a sentencia, por providencia que se encuentra consentida.

## II CONSIDERANDO:

1. Inicialmente no resulta ocioso recordar que de acuerdo a los principios de plenitud y congruencia (arts. 34 inc. 4º y 163 del Cód Proc.), solo cabe fallar sobre los hechos alegados y probados, debiendo contener la sentencia decisión expresa y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, las que deberán calificarse según corresponda por ley, declarando el derecho de los litigantes.

También debe recordarse que el Juzgador no tiene la obligación de ponderar todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que juzgue, según su criterio, pertinentes y conducentes para resolver el caso (CSJN, fallos 274:113; 280:320, entre otros). Asimismo, tampoco tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que estime posean relevancia para sustentar su decisión (CSJN, fallos 258:304, 262:222; 310:267, entre otros).

En fs. 275/296, se presentaron la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas”, “Warner Music Argentina S.A.”, “EMI Odeon S.A.I.C.”, “Universal Music Argentina S.A.”, Epsa Music S.A.”, “Leader Music S.A.”, Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música, y “Sony Music Entertainment S.A., promovieron demanda a efectos de obtener una medida autosatisfactiva contra “The Pirate Bay” (en adelante aludiré a esta figura por este nombre o por las siglas TPB), a fin de obtener el bloqueo de su sitio en internet desde direcciones IP de la República Argentina, ya que a través del mencionado sitio Web se facilitaría el acceso en forma ilegal e ilegítima de descargas no autorizadas de contenidos



protegidos por la ley de propiedad intelectual y en particular de obras musicales y fonogramas.

Arguyeron que el sitio en internet de referencia facilita la violación de derechos exclusivos de los reclamantes respecto de sus obras musicales y fonogramas establecidos por la ley 11.723, mediante la descarga del sitio “The Pirate Bay” de archivos “torrents” que contiene la información necesaria para identificar las obras facilitando a los usuarios del sistema compartirlos y descargarlos desde cualquier lugar del mundo, conforme el sistema o procedimiento “Peer to Peer” o en español de “par a par” (comúnmente identificado como P2P).

Por tales motivos es que los peticionarios solicitaron el bloqueo de acceso al sitio de internet de la demandada “The Pirate Bay”, por parte de los usuarios con dirección del IP argentina, ya que a través del referido sitio se facilita el acceso en forma ilegal e ilegítima a descargas no autorizadas de contenidos protegidos por la ley de propiedad intelectual y en particular de obras musicales y fonogramas.

Planteados en dichos términos la cuestión traída a decisión judicial, cabe destacar que las denominadas medidas autosatisfactivas constituyen una respuesta doctrinaria y jurisprudencial a ciertas situaciones merecedoras de tutela jurisdiccional urgente, que no encuadran propiamente dentro del esquema legal de las medidas precautorias, pero que no obstante han sido asimiladas a ellas como un tipo de medida cautelar genérica, a falta de regulación legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico.

También han sido incorporados a cierto subconjunto de procesos urgentes, en pie de igualdad con la acción de amparo, el hábeas corpus, las resoluciones anticipatorias, y las propias medidas cautelares.

Han sido definidas como “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables “inaudita et altera pars” y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles” (Cf. Conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en Corrientes en 1997). Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de tutela de urgencia (CJS, 19/09/03, “Defensora de Incapaces N° 1 en representación de M.V.P. c. Biazutti, Stella Maris s/amparo”, Tomo 87:49/62).

La doctrina sostiene que ellas deben proceder respecto de determinados derechos que el ordenamiento privilegia y, haciendo un relevamiento de casos en los que se hizo lugar a medidas autosatisfactivas o cautelares autónomas, se ha detectado que en ellos se ha tratado de preservar algunos derechos fundamentales que se encontraban afectados, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad y salubridad, intereses públicos o a la propiedad. (Cf. Horacio Luis Bersten “Derecho Procesal del Consumidor” Ed. La Ley pág. 377).

Si bien es innegable que bajo este joven instituto pueden canalizarse pretensiones muy diversas, ellas revisten determinados caracteres comunes: 1) son requerimientos urgentes; 2) autónomos; 3) de naturaleza contenciosa; 4) sin trámite previo o con un trámite breve que puede disponer el Juez; 5) que se agotan con el despacho favorable e importan una satisfacción definitiva a la pretensión deducida, no siendo necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad, diferenciándose de las medidas cautelares en tanto éstas últimas son esencialmente instrumentales y accesorias de un proceso y se otorgan para garantizar el cumplimiento de una sentencia futura.

Su procedencia está condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos: verificación de una situación de urgencia; fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible (cerca a la certeza); quedando la exigibilidad de contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial (Cf. Peyrano Jorge W., “Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas Propuestas”, en Rev. LA LEY, 1998-A, 969 y sgtes.).

La medida autosatisfactiva viene a suplir cierta laguna procesal entre la medida cautelar y la acción de fondo o sustancial, en la medida en que el derecho se encuentre acabadamente protegido o reconocido con la aplicación de una solución que no por la sumariedad en su evaluación e implementación deja de importar una decisión de carácter sustancial.

No son pocas las veces en que puede advertirse el planteo de una acción de fondo que tiene por único objeto justificar la cautelar accesoria, que en realidad es el objetivo mismo perseguido por el justiciable, quien se ve forzado a promover una demanda cuya sentencia favorable habría de tutelar la medida precautoria, que ya per se satisface completamente el derecho invocado.

Así se ha reconocido que no puede extrañar la aparición de tantas y tantas “tutelas diferenciadas” en los tiempos que corren, puesto que vivimos en la época de la “aldea global” según algunos o de la “sobremodernidad” según otros, marcada por la aceleración de la Historia y el encogimiento del espacio. La idea de “aceleración” propia de tal cuadro de situación hace aparecer a su conjuro más y más reclamos de características impensables hasta hace pocos años” (Peyrano, Jorge W., “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución.”, en Medi-

das Autosatisfactivas, A.A., Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 20 y ss.).

Las cuestiones paradigmáticas de esta medida son diversas, y en este caso lo son más.

Destaco entre ellas las siguientes, que considero más importantes:

a) El grado de certidumbre acerca de la existencia del derecho invocado por los demandantes.

b) La urgencia de la medida.

c) La incidencia de (b) a los efectos de dictar resolución inaudita pars, en el entendimiento que tal condición no define per se a la medida autosatisfactiva, siendo que algunos autores reconocen la pertinencia de un “minicontradictorio”. Su impacto en el derecho de defensa, reconocido –es claro- constitucionalmente tanto como la tutela judicial oportuna (vgr. CN 43).

Y respecto al caso específico ventilado en autos:

d) La figura o identidad del demandado en su carácter de sujeto de derecho, en relación con la legitimatio ad causam pasiva.

e) Si la medida propuesta resulta tanto eficaz como eficiente. O dicho de otro modo, aún siendo efectivo el bloqueo de la página web para preservar los derechos intelectuales invocados, no resulta excesiva afectando otros innecesariamente vinculados a esa plataforma informática.

Abordaré separadamente cada uno de estos aspectos.

Respecto del primer tópico, cabe reconocer que no se exige en la evaluación de la medida

autosatisfactiva una cierta verosimilitud, o *fumus bonis juris*, tal como requiere una medida cautelar.

Se exige en la pertinencia o audibilidad de la medida autosatisfactiva una fuerte probabilidad de certeza de la asistencia del derecho invocado en la demanda.

Un grado de convicción intermedio entre la verosimilitud y la certeza.

Se ha expuesto que alguna doctrina exige para tal medida la concurrencia de “fuerte probabilidad” (algo más que la verosimilitud pero menos que la certeza), de que el derecho postulado tenga asidero.

Así, dice la cita, al juez hay que convencerlo de dos cosas:

i. De la “fuerte probabilidad” de que le asista razón al ocurrente y que por ello se hace necesario “anticiparle la tutela” que hubiera obtenido luego de un trámite ordinario lento y tortuoso (sobre este punto de anticipación de tutela volveré luego).

El juez, para anticipar la tutela, debe convenirse realmente –en grado de fuerte probabilidad–, de que el actor tiene efectivamente razón en el planteo de fondo.

“Fuerte probabilidad” alude, según esta cita, a aquello que los norteamericanos han caratulado como “clear and convincing evidence” (que traducido significa “evidencia clara y convincente”), recordándose que el sistema estadounidense tiene previstos cuáles son los grados de convencimiento posible, y así tenemos un primer grado –de la menor exigencia probatoria– que se llama “preponderance of the evidence” (preponderancia de la evidencia),

luego el ya visto de la “clear and convincing evidence” y, finalmente, el más exigente conocido como “beyond a reasonable doubt”, es decir, más allá de toda duda razonable (Vargas, Luis Abraham, Teoría General de los Procesos Urgentes, en Medidas Autosatisfactivas, AA, op. Cit, pág. 154 y ss.). Quizás a esta lista restaría agregar el estándar “more probable than not”, o más probable que su negación, de rango casi análogo a la preponderancia de la prueba.

No se desconoce que la importación de valoraciones propias del esquema probatorio anglosajón es riesgosa dadas las diferencias con nuestro sistema, nutrido del derecho continental europeo (ver por caso Vázquez, Carmen (ed.), Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica; Marcial Pons, pág. 11 y ss.).

Empero, aparece pertinente tal evaluación a efectos de reconocer en la especie cierto listón de conocimiento que debe ser superado satisfactoriamente: la necesidad imperante de arribar a un nivel de convicción superior a la verosimilitud y cercano pues a la certeza del derecho que esgrime el pretensor.

ii. de la urgencia (mucho más que el “periculum in mora”) en que sea atendido su pedido so riesgo de sufrir un “daño inminente e irreparable” o de difícil reparación ulterior (Vargas, Luis Abraham, op. Cit, pág. 154 y ss.).

Al margen de lo expuesto, resulta pertinente destacar la diferencia perceptible entre la medida autosatisfactiva pretendida y la tutela anticipatoria cautelar, siendo que como hemos visto, quizás alguna doctrina utiliza estos términos indistintamente.

La tutela anticipatoria cautelar importa un adelantamiento de jurisdicción: representa asegu-



rar prontamente la operatividad y vigencia del derecho invocado por el actor, o al menos parte de él, con antelación al dictado de una sentencia condenatoria en un proceso de conocimiento.

En la medida autosatisfactiva no se trata de un adelantamiento de jurisdicción, pues ella se aplica de manera actual sin abreviar en otra decisión ulterior. No es pues un adelantamiento de jurisdicción sino una postergación del contradictorio bilateral con base en la urgencia y en la evidencia o protocerteza de asistencia del derecho. Cuestiones evidentemente diversas.

En la primera (tutela anticipatoria cautelar) el actor reclama una pronta satisfacción de un derecho, que la sentencia aún cuando lo reconozca y condene al demandado al efecto, podría arribar tardíamente o que el mero íter del proceso derive en un agravamiento del perjuicio invocado.

La medida autosatisfactiva (de acuerdo a la interpretación que intenta verterse acá) es un proceso en sí mismo con una decisión que no abastece o anticipa una decisión jurisdiccional ulterior, sino que se concreta en ésta, pudiendo ser revisada en un proceso de conocimiento posterior más amplio incoado por el accionado, o mediante la interposición del recurso de apelación.

Desde otra perspectiva, en doctrina extranjera se ha conceptualizado la técnica anticipatoria como elemento de un género procesal “de urgencia”, en cuanto mecanismo de distribución isonómica de los tiempos del proceso, del que se desprenden dos sub especies: la tutela cautelar (como conjuro del peligro de infructuosidad del derecho), y la tutela satisfactiva, en la cual cabría reconocer a la medida autosatisfactiva aquí en estudio, como proveedora de la inmediata realización del derecho (Mitidiero, Da-

niel, Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, ed. Marcial Pons, p. 40, 41, 50 y siguientes).

Los matices y diferenciaciones en doctrina son vastísimos y no se pretende caer en un academicismo estéril. Sirva lo brevemente expuesto para caracterizar el marco procesal y los alcances de la decisión que aquí se arribe.

Así, urgencia y evidencia (o fuerte probabilidad, o casi certeza del derecho, según se ha expuesto antes) emergen como elementos que deben reunirse necesariamente para acceder a la decisión autosatisfactiva pretendida.

Tampoco se desconoce en la especie que la identidad puntual del accionado no ha sido precisada, sino que se conoce el portal web o página web que explota para el desarrollo de la actividad severamente cuestionada: The Pirate Bay.

Es evidente que resultaría de una pureza procesal elemental establecer la legitimación pasiva en la identidad del sujeto al cual se pretende demandar como interviniente en la relación jurídica sustancial objeto de conocimiento.

Empero, no es menos cierto que tal temperamento, si se adopta ahora, se hallaría reñido con el objeto mismo de la medida autosatisfactiva, en el entendimiento que disponer la identificación de personas –físicas o jurídicas- aquí o en el extranjero podría derivar en la consumición de tiempo y esfuerzo contrario al proceso urgente que aquí se ha incoado.

La identificación habrá de ser realizada pues, ulteriormente al momento en que se materialice la bilateralidad del contradictorio.

Se ha sostenido que “el anhelo por la expansión del proceso urgente y la tutela anticipa-

tiva se ensancha y se hace más firme a raíz de los magros logros del proceso de conocimiento clásico, impotente y de nunca acabar y en miras de que la efectividad del Servicio (de Justicia) ha de ser contundente. Pero además, lo que importa destacar es la verdadera reconversión del debido proceso legal. De que es posible –y sobremanera conveniente a los fines de la justicia- alterar su programación tradicional, anticipando resultados en el inicio o durante sus desarrollos, los que se pensaba reservados a la sentencia de mérito. No se afecta constitucionalmente la garantía del debido proceso, reconociendo esas necesidades funcionales que rompen su fisonomía ‘normal’. Respetándose la bilateralidad de la audiencia, se modifica su trazado y los resultados (a veces totalmente equivalentes a los que se obtienen de la sentencia final) en tramos anteriores. Con economía y rapidez”. Continúa la cita diciendo que “(l)a idea nuclear es la que se debe hacer justicia en tiempo propio. Si las condiciones del litigio y necesidades impostergables por las consecuencias irreparables que se producirían o porque el arsenal el demadnado es sólo el de ganar tiempo a costa de los fines de la recta administración de justicia, no hay impedimentos sino, contrariamente, razones impostergables para actuar ahora y aquí, y no después o nunca (Morello, Augusto M., “Anticipación de la Tutela”, ed. LEP, pág. 68).

Esas son las directrices, en trazos generales, que guían este pronunciamiento.

### III

De regreso a la convicción que debe adquirir el magistrado en este tipo de proceso urgente, debe recordarse que tal fuerte probabilidad no sólo se asienta en los elementos que pudiere colectar el actor en su demanda de pretensión autosatisfactiva, sino también en aquellos que

el juzgador estime pertinentes para conocer en el caso.

Sentado lo expuesto, cabe avanzar sobre la prueba producida en autos.

Las accionantes han apoyado su reclamo en dos dictámenes técnicos, uno de David Price (v. fs. 230/268), presentado ante Suprema Corte de Inglaterra y Gales a pedido de British Phonographic Industry (sociedad que representa a la industria fonográfica británica) y otro producido por el ingeniero Hugo Pérez Santángelo (v. fs. 133/150), con una prolija acreditación de los pasos seguidos en la exploración del sitio “The Pirate Bay”.

Ambos profesionales invocaron, y en el caso del segundo acreditó en autos, abundantes antecedentes profesionales que permiten reconocer en ellos, a priori, su reconocida instrucción en la materia informática y de Internet.

Por su lado, el ingeniero Pérez Santángelo dijo haber leído y coincidir con las consideraciones y conclusiones vertidas por Price ante la Suprema Corte de Inglaterra y Gales (v. fs. 269).

Aún cuando el dictamen de Price es anterior al de Pérez Santángelo, lo cierto es que éste es más explicativo respecto de algunos aspectos técnicos básicos que aparecen sobreentendidos en el informe del primero (v. fs. 249 punto 10, donde específicamente dijo el experto anglosajón que presupone que el lector del informe tiene conocimiento del modo en el que opera el protocolo BitTorrent y de la funcionalidad del sitio The Pirate Bay, puesto que se habrían precisado esos conceptos en otro pasaje del proceso seguido ante tribunales británicos).

Así es que empezaré por el dictamen del perito de parte Pérez Santángelo para una mejor

exposición de la cuestión; máxime teniendo en consideración que, como se mencionó, aquel dictamen foráneo ha sido expresamente compartido en sus términos técnicos y conclusiones por los expertos argentinos (tanto el perito de parte como el designado de oficio por el Tribunal).

Comienza el perito dando un marco explicativo de la tecnología sobre la que versó su dictamen.

Así, se expuso respecto de la Internet como un conjunto de redes de computadoras, que operan bajo un conjunto estandarizado de protocolos, siendo los estándares técnicos de interés acá el protocolo IP (del inglés Internet Protocol), el sistema de nombres de dominio DNS (Domain Name System), y el protocolo BitTorrent, el cual cumple la función de obtener las obras musicales digitalizadas. También denominadas ficheros musicales, archivos con contenido musical, o música digitalizada. Los fonogramas son almacenados como archivos de computadora y compartidos como tales (fs. 134vta.).

Luego explicó que una red IP (como es Internet) es una red de dispositivos interconectados que se comunican utilizando el protocolo internet (IP), definiendo protocolo como una manera estandarizada de comunicación u operación de acuerdo a un conjunto de procedimientos (fs. 135).

Advirtió que el protocolo IP es una manera estandarizada de direccionamiento cuya función principal es asegurar que cada dispositivo conectado a una red o a Internet pueda ser identificado con una única dirección dentro de todo Internet llamada dirección IP. Esa dirección IP está formada por un grupo de cuatro segmentos numéricos separados por puntos y considerados como una unidad (p. Ej. 172.132.0.16). Cada dirección de Internet o IP es única a través de toda la red de redes.

Existe un organismo internacional dedicado a gestionar, en regiones por continentes, las diferentes direcciones IP para que éstas no se repitan. El centro coordinador europeo cuyo nombre es Réseaux IP Européens Network Coordination Centre (RIPE NCC siglas en inglés) es una organización sin fines de lucro responsable por la asignación de direcciones IP en Europa y es quien ha asignado y mantiene la información relacionada con la dirección de TPB (fs. 135vta.). La dirección IP registrada no puede ser luego cambiada.

Los ISP son los proveedores de servicio de Internet, como Speedy, Fibertel y Flash, Arnet, Telecentro, etc. en el medio local. Cualquier usuario que desee conectar su computadora a Internet debe indefectiblemente hacerlo mediante un ISP (fs. 136/7).

Advirtió que los ISP “no sólo mantienen un registro de actividades de sus usuarios, sino que también poseen la capacidad técnica de realizar operaciones de bloqueo de acceso sobre el tráfico que atraviesa sus redes, basados en sus términos y condiciones de servicio y en la necesidad de mantener balanceado el tráfico de sus clientes hacia los mayoristas y concentradores” (fs. 137vta.; proveedores de Internet de otra categoría, que se dividen en Tier 1, 2 y 3).

El proceso de conexión se realiza mediante el mecanismo denominado Autenticación, Autorización, Contabilización, lo cual permite al ISP autenticar al usuario a través del terminal de acceso (ADSL, cable modem o punto de acceso WI FI).

El sistema DNS o Sistema de Nombres de Dominio, es el que se utiliza para el acceso a los servicios dentro de Internet (páginas web, servidores, motores de búsqueda, etc.) (fs. 137vta.).

Explicó el experto que “el DNS es un sistema distribuido y jerárquico de nominación cuya función es proveer a todo equipo conectado a internet de las facilidades de un directorio de nombres, similar a un directorio telefónico el cual, dado un nombre de página o servidor (por ejemplo [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar)), provee la dirección IP correspondiente al mismo la cual es necesaria para conectarse a dicho servidor o página” (fs. 137).

Los nombres de dominio son únicos en Internet. Por lo cual existen organismos que tienen por objeto asignar y registrar nombres de dominio. En la República Argentina ello está a cargo de la Dirección Nacional de Registro de Dominio de Internet, dependiente de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación, conocida asimismo como NIC Argentina.

Afirmó el perito de parte que la independencia en cuanto al control de asignación y registro de nombres y asignación y registro de direcciones IP, hace posible que varios nombres de dominio puedan referirse a una misma dirección IP o bien que un nombre de dominio pueda referirse a (o resolverse en) varias direcciones IP.

En el dictamen se muestra gráficamente que, por dar un caso, [google.com.ar](http://google.com.ar) tiene asignados tres IP. Agregó que “(s)i bien la página refiere a Argentina, las direcciones están registradas en Estados Unidos, por la misma razón porque las de TPB están en Europa, y es que sus actividades comerciales se realizan con base en esa área geográfica (fs. 138vta.).

Explicó luego el sistema Peer to Peer o P2P, donde son los clientes, es decir los computadores de cada usuario, los que interactúan entre sí; y aunque se requiere de algún componente centralizado éste cumple simplemente la fun-

ción de poner en contacto a los usuarios entre sí. Es decir que la información que este componente central provee a los usuarios es información necesaria para la coordinación de las descargas, pero no el contenido a ser descargado (fs. 139). Agregó que la tecnología P2P se ha vuelto muy popular y crece permanentemente, si bien existen varios protocolos P2P, el más ampliamente usado en la actualidad es BitTorrent.

Se explicó en el dictamen el procedimiento de descarga del programa y cómo se comparten los archivos (fs. 139 vta.):

i. los usuarios descargan e instalan en su computadora un programa o aplicación P2P, por ejemplo “uTorrent”; software gratuito muy fácil de descargar e instalar.

ii. Ya instalada la aplicación, cada vez que la computadora se conecta a Internet, se vuelve parte automáticamente de la red global P2P. Usualmente la conexión sucede sin intervención del usuario, ya que el ingreso a la red P2P es anónimo y no requiere de ningún tipo de identificación o autenticación.

iii. Cuando el usuario desea descargar algún contenido, debe realizar una búsqueda en la red P2P. La popularidad de TPB se debe fundamentalmente a la gran cantidad de contenido catalogado en forma de índice para ser buscado que posee. No sólo ofrece música, también películas y software.

iv. Los contenidos más comúnmente compartidos en las redes P2P son música, videos, juegos y software, porque los mismos se encuentran frecuente y fácilmente accesibles en formato digital en computadores hogareños y por lo tanto dichos contenidos no pueden ser sometidos a un control centralizado.

v. Cada vez que un usuario P2P descarga un contenido, el mismo es automáticamente ofrecido en la red, independientemente de si el usuario está utilizando la aplicación BitTorrent o no. Por esta razón el mismo contenido puede encontrarse en muchos computadores simultáneamente multiplicando la disponibilidad del mismo.

vi. Dado que una obra musical por lo general se almacena en archivos de gran tamaño, el sistema BitTorrent particiona los mismos en pequeños fragmentos (en inglés chunks) como pequeñas piezas de un rompecabezas, las cuales son distribuidas entre los usuarios, y cada una va siendo ensamblada por la aplicación BitTorrent en el archivo que está siendo descargado. Esto es: el archivo completo no se descarga como tal sino como una secuencia desordenada de chunks que van siendo recibidas por la aplicación y que ésta ordena hasta que el archivo queda reconstruido en su totalidad. Cada integrante de la red P2P actúa a la vez como cliente y como servidor proveyendo y recibiendo estos chunks.

vii. Este modo de transferencia de archivos en pequeñas piezas impide que una descarga pueda ser identificada ya que el archivo a descargar es particionado en muchos chunks y éstos a su vez, repartidos entre muchas computadoras.

Se expuso en el informe que los servicios P2P no requieren identificación o autenticación por parte del usuario; sólo los ISP pueden identificar, con ciertas limitaciones, las conexiones de aquellos usuarios que ponen a disposición de la red P2P contenidos protegidos por derechos de autor. Aunque los ISP no pueden discriminar si el contenido está protegido por derecho de autor o no (fs. 140).

Dentro de la dinámica del funcionamiento del P2P mediante BitTorrent, existe una terminología específica para identificar a los usuarios (peers), a los que ofrecen un archivo al 100 % para su utilización por el grupo de usuarios o enjambre (swarm) que comparten una aplicación “torrent”, y entre esos usuarios se identifican los seeders o sembradores (que ofrecen archivos que ya han bajado en su computadora) o leeches (sanguijuela), para referir a usuarios que tienen un rango deficitario entre descarga y oferta de archivos para el enjambre o swarm.

Por su parte el tracker es un servidor, que tiene por función coordinar los “seeds” (peers que tiene el 100 % de un archivo) y peers que hay en un enjambre. Para facilitar dicha coordinación, las aplicaciones reportan información al “tracker” de manera periódica mientras están conectados al enjambre y cuando intercambian o reciben información acerca de los otros usuarios con los cuales pueden conectarse. El “tracker” no está directamente involucrado en el intercambio de datos, ni mantiene copia de ningún archivo que pueda compartir el enjambre. El tracker y la aplicación P2P se comunican siguiendo el modelo cliente/servidor (fs. 141).

En fs. 142 y ss. el experto explicó cómo se descarga una aplicación “torrent” del disco Andando de Diego Torres, desde el sitio The Pirate Bay (<http://thepiratebay.se>), paso a paso.

En relación puntual al sitio TPB se accede mediante el sitio denominado thepiratebay.com.se, el cual tiene un bloque de diversas IP asignadas al nombre de dominio (v. fs. 145/6). En realidad, TPB tiene 256 direcciones, que derivan a las siete direcciones IP consignadas en fs. 146 y vta.

Destacó que TPB cumple en su sitio dos funciones: a) almacenar y mantener un catálogo



de archivos de metadatos (almacenamiento de archivos “torrent”), la segunda es la de funcionar como tracker.

Concluyó al respecto que “la finalidad del sitio TPB es fundamentalmente la de mantener un índice de contenido mayoritariamente protegido por derechos de autor, el cual puede ser descargado por medio de aplicaciones como BitTorrent, fuera de un control centralizado. TPB provee la información necesaria para que éstas aplicaciones puedan conectarse entre sí y crear una red descentralizada de intercambio de archivos, la cual, en virtud de sus características técnicas, escapa a todo control” (fs. 146vta.).

Cuadra avanzar ahora sobre el dictamen foráneo presentado ante tribunales británicos por el experto David Price, conforme surge del fallo cuya copia traducida obra en fs. 248/268. Sus antecedentes profesionales y académicos aparecen enunciados en fs. 248.

Expuso el perito que el 8 de noviembre de 2011 llevó a cabo un análisis para determinar la proporción de los distintos tipos de archivos torrent indexados por el sitio The Pirate Bay. A esa fecha surgió de la información que aparece en la página de inicio de The Pirate Bay que tales archivos ascendían a 2.978.176. Los archivos torrent indexados allí se agrupaban en seis categorías generales y cuarenta y tres subcategorías, las que son elegidas por el usuario en el momento en que se suben al sitio (fs. 249): audio (música, audio libros, clips de sonido, archivos FLAC; video: películas, películas DVDR, videos musicales, clips de películas, programas televisivos, archivos handheld, películas de alta definición, programas televisivos de alta definición, archivos 3D, otros; Aplicaciones: archivos Windows, Mac, Unix, Handheld, IOS (ipad/iphone), Android, otros OS; juegos: archivos de

PC, Mac, PSx, XBOXX360, Wii, Handheld, IOS (ipad/iphone), Android, otros; pornografía: películas, películas DVDR, fotos, juegos, películas de alta resolución, clips de películas, otros; otros: libros electrónicos, historietas, tapas, otros (fs. 250).

Según un análisis estadístico y de muestreo efectuado sobre esa base de archivos de TPB, el perito británico constató que un 25,59 % corresponde a la categoría audio; 41,08 % a video; 3,32 % a aplicaciones; 3,96 % a juegos; 17,99 % a pornografía; otros ocupa el 8,06 % (fs. 253).

Expresó el señor Price que esa categorización demuestra cómo los archivos.torrent están organizados dentro del propio sitio. Sin embargo, no permite apreciar adecuadamente la distribución de contenidos de acuerdo con los distintos tipos de titulares de derechos típicamente preocupados por la afectación de derechos de autor a través de Internet.

Y agregó que “por ejemplo, los titulares de derechos de la industria musical no deberían preocuparse necesariamente por los contenidos de ciertos archivos.torrent en la categoría general de ‘Audio’ (como en el caso de aquellos dentro de la subcategoría “clips de sonido”) y sí deberían hacerlo acerca del tipo de contenido disponible en la categoría ‘Videos Musicales’ dentro de la categoría global ‘Video’. De igual modo, la industria editorial verá que sus contenidos aparecerán seguramente en la categoría ‘Audio’ en ‘Audio libros’, así como en la categoría ‘Otros’ en ‘Historietas’ y ‘Libros Electrónicos’.

Agregó que un análisis más detallado de la muestra y considerando las categorías según los contenidos, en función de los titulares de derechos, permitió encontrar archivos.torrent

dentro del género “Música” que en ningún otro género de contenidos disponible en The Pirate Bay: algo más de uno de cada cuatro eran archivos de música.torrent de algún tipo; seguido por películas con un 19,89 %, pornografía con 17,99 % y Televisión con un 15,32 % (fs. 254).

Expuso que en una segunda etapa de análisis se examinó parte de los archivos.torrent ubicados en cada grupo a fin de estimar la proporción correspondiente a contenidos comercialmente disponibles (y que por ende tenían una alta probabilidad de estar protegidos por derechos de autor). Dentro de seis de los principales grupos de contenidos detallados más arriba, el experto analizó otro muestreo y cotejó si ellos se encontraban comercialmente disponibles en el mercado: de música halló un 75,1 % disponible en el comercio, películas un 92,1 %, televisión un 92,9 % y libros un 79,6 % (fs. 256).

Asimismo expresó el perito que se llevó a cabo una segunda verificación de los 199 archivos del grupo de archivos de música cuya disponibilidad comercial no pudo comprobarse. De ellos dijo que se detectaron 24 que podrían estar protegidos por otros derechos de autor (grabaciones de espectáculos en vivo, musicales o de video, grabaciones pirata o álbumes aún no lanzados o que presentaban a un artista de trayectoria). Con ellos el porcentaje de archivos de la categoría Música presentes con disponibilidad comercial y alto grado de probabilidad de estar protegidos por derechos de autor sería el 78,1 % de la muestra.

Desarrolló tales verificaciones en las restantes categorías obteniendo resultados similares y un incremento también en el porcentaje final (fs. 257/8).

Resulta interesante el trabajo del perito europeo también respecto de los ingresos que TPB obtendría por publicidad en su página.

Dijo que las páginas de TPB exhiben cuatro avisos publicitarios con formato “banner”. Expuso que según su experiencia tales comerciales se colocaron según el sistema de “pago por visualización”, conocido también como CPM (costo por millar): quien contrata la colocación de avisos paga un monto fijo cada mil visualizaciones del aviso (fs. 260).

Agregó que además de esos banners, se abre una ventana emergente cada vez que los usuarios hacen clic en determinados vínculos o acceden a ciertas páginas del sitio.

Advirtió que no tiene conocimiento cierto de las tarifas publicitarias que aplica TPB, lo cual impide establecer el importe preciso de ingresos. Empero agregó que mediante un análisis de aranceles de CPM típicos en el mercado, y un muestreo de usuarios mensuales (que estimó de manera conservadora en 42.634.045 usuarios por mes a nivel mundial y de 260.494.015 visitas), concluyó que la página de inicio con avisos publicitarios tiene 173.662.677 vistas.

Concluyó el experto que el monto obtenido por The Pirate Bay por publicidad en octubre de 2011 arrojó un total estimado de entre U\$S 1.710.692 y U\$S 3.057.131 “que permite presumir un ingreso total... de entre U\$S 20.528.308 y U\$S 36.685.570”, destacando el perito que es posible que esa estimación sea inferior a la real (fs. 263).

Destacó que TPB también publica en su página de inicio un vínculo con una tienda de productos vinculados con el sitio (“TPBT-shirts”).

En fs. 384/422 el perito designado de oficio por el Tribunal, ingeniero Santiago Adrián Plohn practicó el dictamen que le fue encomendado. Sin perjuicio de ello, luego de presentado el informe se convocó a la actora con su consultor

técnico y al perito a la audiencia que se llevó a cabo el día 7.11.2013, conforme da cuenta el acta de fs. 434.

El experto presentó su informe con anexos, entre los cuales explicó en general el funcionamiento de los nombres de dominio y acceso a sitios. En su dictamen, conforme lo dispuesto en los puntos periciales dispuestos de oficio en autos, el experto replicó la operación técnica efectuada por el perito de parte Pérez Santángelo con los CDs “Andando” de Diego Torres, y “Salmonalipsis Now” de Andrés Calamaro, y “canciones de Aliens”, obra de Fito Paez, a efectos de compararlos con las mismas obras que pueden ser obtenidas en el sitio The Pirate Bay.

Comparó acústicamente los archivos de sonido mediante distintas aplicaciones informáticas (fs. 419).

Concluyó que “del análisis de la información aportada en autos, habiendo comparado los archivos obtenidos del sitio The Pirate Bay con los CDs originales... y habiéndolo comprobado manualmente este Perito, se verifica que los archivos mp3 obtenidos corresponden a las obras musicales contenidas en los CDs originales ofrecidos en reserva en estos autos...” (fs. 420).

Expuso asimismo que “este Perito coincide con las conclusiones técnicas de los informes presentados por la parte actora y considera que el desarrollo de los dictámenes Price y Pérez Santángelo emergen efectuados siguiendo el buen ejercicio del arte, técnica y ciencia de la especialidad” (fs. 420).

En punto al dictamen pericial obrante en autos, destaco que tal prueba está sometida a un régimen muy particular, establecido por el

CPR: 473-3 última parte. Nótese que según esa norma procesal, a) la falta de impugnaciones, observaciones o pedidos de explicaciones, no obsta para que la eficacia probatoria del dictamen pericial pueda ser cuestionada en el alegato sobre el mérito de la prueba, pero b) ese cuestionamiento al valor probatorio del dictamen “puede ser hecho hasta la oportunidad para alegar”. Es decir: esa norma impone a la parte “la carga procesal” de cuestionar el valor probatorio del dictamen pericial en ocasión de alegar -o antes- (CNCom D, 11.7.03, Gómez, Elisa Nilda c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. y otro s/ ordinario).

Esta consideración predica, tal como fuera claramente expuesto en el precedente subsiguiente, que “la sana crítica aconseja (frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor peso) aceptar las conclusiones del perito, no pudiendo el sentenciante apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo; extremo que le estará permitido si se basa en argumentos objetivos que demuestren que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos y máximas de experiencia, o que existan en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar convicción sobre los hechos controvertidos.” (CNCom B, 30.9.04, Gráfica Valero S.A. c/ Con. Prev. s/ Verificación por González, Oscar; id. en igual sentido: “Luvelo y Cía. S.A. c/ Excel S.A. s/ord.”).

Aún cuando no se cuente en la especie con el control propio de la contraria respecto del dictamen, no encuentro elementos de consideración ni contradicciones lógicas o conclusiones dogmáticas que impidan aceptar la prueba pericial en examen (cpr 386 y 477).

Existen voces, no sólo jurídicas, sino de las más varias ramas del saber, nacionales o extranje-

ras que cuestionan severamente prácticas informáticas de “bajadas” de música de Internet mediante archivos “.torrent”. Cito por caso uno curioso de un filósofo francés que equipara esta actividad con el robo de pan y facturas en una panadería para proveerse el desayuno, invocando derechos humanos inalienables a su alimentación, despreciando el trabajo de la panadera, que hubiere afrontado costos de producción, el valor agregado a su producto, etc. (Onfray, Michel, “Filosofar como un perro”, ed. Capital Intelectual, pág. 259 y ss.).

También existe autorizada doctrina que cuestiona tal operatoria: el software del tipo “.torrent” puede “terminar devastando la creatividad cultural” del mismo modo que “se devasta el planeta con la contaminación. Las redes P2P han permitido una difusión de las obras artísticas como nunca en la historia, pero a la vez tienen una capacidad de daño al derecho de autor como nunca antes. Es como si alguien entrara a una librería y se llevara los libros sin pagar. Pero la gente tiene más escrúpulos con los objetos tangibles que con los intangibles. Si se afecta el derecho de autor, si las discográficas o las productoras de cine no tienen incentivos, no van a invertir en el autor. Sin industria no se difunde la creación. Los recursos naturales no son infinitos. La creatividad también se puede devastar” (Lipszyc, Delia, al diario Página 12, artículo de Mariana Carbajal, del martes 28.6.05; citada en Carnevale, Carlos, Derecho de autor. Internet y piratería. Problemática Penal y Procesal Penal, ed. Ad hoc, pág. 32).

Empero, el paso del concepto de propiedad física a la intelectual no emerge un tránsito tan sencillo.

Por el contrario, se ha expuesto no sin cierto sentido común que “a los extremistas en este debate les encanta decir que ‘tu no irías a Bar-

nes & Noble a llevarte un libro de las estanterías sin pagarlo; ¿por qué esto va a ser diferente de la música en Internet?”, y agrega la cita en respuesta que “(l)a diferencia, por supuesto, es que cuando te llevas un libro de Barnes & Noble tienen un libro menos para vender. Al contrario, cuando tomas un MP3 de una red digital no hay un CD menos para vender. Las reglas de la física de la piratería de lo intangible son diferentes de la física de la piratería de lo tangible” (Lessig, Lawrence, “Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad”, LOM ediciones, pág. 64).

Es un debate que luce interminable, y que resultará útil para los académicos y los legisladores, al momento de actualizar nuestra ya antigua ley 11.723, conforme la actual dinámica del comercio digital y el valor de acceso a contenidos. Sin perjuicio de ello, aquella norma como los tratados suscriptos por la Nación Argentina respecto de la protección de derechos intelectuales o de autor representan derecho positivo vigente, y por tanto, su aplicación al caso resulta imperativa.

Es que el derecho de autor encuentra base en nuestro derecho positivo mediante la ley 11.723 (t.o. ley 23.741), y diversos tratados internacionales ratificados por la República Argentina: Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (ratificado mediante la ley 25.140); la Convención de Roma sobre la Protección de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (aprobada mediante ley 23.921); el Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no autorizada de sus Fonogramas (ratificada mediante ley 19.963), el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI so-

bre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), también conocidos como tratados de Internet, aprobados por la República Argentina por ley 25.140 y establece normas elementales de protección para el derecho de autor y los derechos de Internet, e indican que la legislación local debe impedir el acceso y el uso no autorizado de obras de creación que se ve facilitado por el uso de Internet.

Cierta doctrina nacional reconoce que el copiado de música sin autorización es un ilícito civil conforme la ley 11.723, y en particular teniendo en cuenta que esa norma no menciona como una excepción al derecho de autor la reproducción de la obra para uso privado como ocurre en otras legislaciones, como la española (arts. 31 y 116, ley de Propiedad Intelectual de España; Fernández Delpech, Horacio, “Internet: Su Problemática Jurídica. Segunda edición actualizada, ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, pág. 239).

En definitiva, como concluye el profesor Lessig en la cita: “aunque el copyright (análogo anglosajón –maguer sus diferencias- del derecho de autor) es un derecho de propiedad de un tipo muy especial, es un derecho de propiedad. Como todos los derechos de propiedad, el copyright le da a su dueño el derecho a decidir los términos bajo los cuales se comparten los contenidos...” (op. Cit., pág. 64).

En los extremos de las líneas del entramado cibernético que se trata acá, quienes infringirían derechos intelectuales en una red P2P son los usuarios (peers, seeds, leeches, y demás anglicismos ya mencionados más arriba).

Empero, no es menos cierto que The Pirate Bay ofrece el ámbito, suministra herramientas y los incentivos para que tales múltiples y complejas infracciones se lleven al cabo por miles o millones de usuarios en otras tantas “entradas” al

sitio, como un nodo necesario para ese tráfico de archivos digitales en violación del derecho de autor.

Es la denominada conducta de “facilitador” de medios para que los usuarios puedan compartir y descargar gratuitamente archivos que contienen obras sin las respectivas autorizaciones de los autores, por el cual en un caso análogo los titulares del sitio “Taringa!” fueron procesados penalmente con base en el delito previsto por la ley 11.723:72-a (CNCrim. y Corr., Sala VI, 7.10.2011, autos “Nakayama, Alberto s/ procesamiento”, expte. n° 42.318).

TPB obtiene por esta intermediación un rédito monetario nada despreciable por publicidad y productos conexos, descartando con esa utilidad cual quien bandera de “cultura libre” o software libre cuando en realidad provee el ámbito, índices y registros para la infracción de derechos intelectuales, ofrece un programa de interconexión y cooperación como.torrent, y gana dinero con ello; prescinde del pago de los derechos autorales correspondientes al interceder o arbitrar en ese tráfico y lucra con ello.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que quien obtiene una ganancia o utilidad debe afrontar asimismo los costos derivados de ella; en la especie, The Pirate Bay obtiene abundantes ingresos publicitarios, según lo acreditado en autos, prescindiendo de afrontar los costos que importa cancelar los derechos autorales o intermediar eficazmente en su percepción por parte de sus titulares.

En efecto, el más Alto Tribunal ha expuesto en circunstancias que conceptualmente aparecen análogas, “(l)a seguridad es un derecho que tienen los consumidores y usuarios (art. 42 Constitución Nacional) que está a cargo de quienes desarrolla la prestación o la organiza-



ción bajo su control, porque no es razonable participar en los beneficios trasladando las pérdidas. Esta antigua regla jurídica que nace en el derecho romano, es consistente en términos de racionalidad económica, porque este tipo de externalidades negativas deben ser soportadas por quien las genera y no por el resto de la sociedad” –la cursiva es propia del suscripto (CS, 6.2.2007, Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros).

Aún más: en ese caso citado se trataba de la organización de una actividad incuestionablemente lícita, como la organización de un campeonato profesional de fútbol.

Sólo agrégase que en materia de la ciencia de la Economía se denomina “externalidad” cuando una persona se dedica a una actividad que influye en el patrimonio o bienestar de un tercero al que no se le compensa por ese daño; si el impacto sobre los expertos es negativo, se conoce como externalidad negativa, si lo beneficia se denomina externalidad positiva (Mankiw, N. Gregory, Principios de Economía, ed. Cengage Learning, 5ta. Edición, pág. 203 y ss.).

Por otro lado, en el mejor escenario para la accionada, su conducta o la dinámica de su plataforma digital, representa un abuso del derecho (cciv 1071), también repudiable.

Se ha expuesto que el acto abusivo es un acto ilícito, contrario al Derecho, que viola el ordenamiento; no hay una “tercera categoría”, una especie de tertius genus, a mitad de camino entre lo lícito y lo ilícito (Mosset Iturraspe, en Bueres-Highton, Código Civil, y normas complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, t. 3 A, pág. 121).

Resultaría una disquisición filosófica que excede el objeto de este análisis evaluar si el abuso

del derecho importa asimismo, una “ilegalidad” propiamente dicha, mas haciendo pie en una interpretación fundada en principios, conforme la postulación de Dworkin, esa ilegalidad enunciada no parte de la mera acción contra legem, sino en un ejercicio de un derecho que en su resultado excede el marco en el cual el ordenamiento jurídico le ha brindado reconocimiento y protección (ver entre otros Dworkin, Una cuestión de principios, ed. Siglo XXI; Lorenzetti, ed. Rubinzal – Culzoni, Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho; pág. 135 y ss.).

Se ha sostenido que la conducta jurídica calificada como abuso del derecho no es un acto lícito, ni un exceso o ultraactividad en el ejercicio de un derecho subjetivo.

La conducta tipificada como abusiva, en cuanto está expresamente prohibida por el ordenamiento positivo por ser contraria a un principio general del derecho, se convierte en un acto ilícito de características particulares, las que permiten diferenciarlo dentro de la categoría de los actos ilícitos. El hecho de que la norma reconozca un derecho subjetivo y le fije sus límites formales, no significa que su ejercicio no pueda colocarse en contraste con los fines sustanciales que la misma norma establece o bien con una norma diversa o con los mismos principios generales del ordenamiento. Lo ilícito es, en sentido estricto, lo que va contra una concreta norma legal. En sentido amplio, lo ilícito no queda atrapado ni se agota únicamente en la malla de la positividad, sino que supone la violación de algunas de las disposiciones de carácter superior y difuso que están en la base del ordenamiento social. El acto abusivo es ilícito por transgredir la concreta norma jurídica que aloja el principio general que no ampara el abuso del derecho (Fernández Sessarego, Abuso del Derecho, ed. Astrea, pág. 150 y siguientes).

También se ha expresado que la prohibición de abusar de los derechos no sólo amerita el haber incurrido en alguna de las tipologías calificadas como “abusivas”, sino también que de ellas se derive, o pueda derivarse, un perjuicio. Este último requisito es, de hecho, la razón de ser del instituto y, no en vano, este tiene su origen en los daños que se daban a raíz de ciertos usos cuestionables de prerrogativas legales (Prieto Molinero, Abuso del Derecho, op. cit., pág. 316).

Así, The Pirate Bay no luce una intermediación inocua al proveer una plataforma y disponer una red de interconexión para la concreción del ilícito civil del que se trata acá.

La medida autosatisfactiva solicitada emerge así acreditada tanto en su urgencia como en la fuerte probabilidad de certeza del derecho que se ha invocado.

No desconozco, por cierto, las recomendaciones de la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, pronunciada en el seno de la ONU el 1.6.2011.

La libertad de expresión se encuentra protegida por la Constitución Nacional y tratados internacionales con rango constitucional. (Declaración Universal de Derechos Humanos:19)

Aún más, la ley 26.032 establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

Empero, la procedencia de la medida peticionada no colisiona, a mi juicio, con tal altos preceptos. Que de confrontar, no tengo dudas en que debe primar la libertad de expresión (CN 32)

por sobre el derecho de autor (CN 17), pues el primero representa una garantía constitucional que se encuentra más cercana al nervio democrático de nuestra Ley Suprema (CS, Fallos: 248:291).

Es que en el sistema P2P, conforme lo que han explicado los peritos en autos, se trata de un tráfico desordenado de fragmentos o chunks diseminados entre el “enjambre” de usuarios para la descarga de archivos, en su gran mayoría, conforme lo expuesto estadísticamente, protegidos por derechos e autor.

Asimismo ocultos mediante enlaces “Magnet” para “no dejar huellas inculminatorias” (fs. 145).

En Internet se comunica, se difunden ideas, se brinda e intercambia información mediante diarios, revistas, blogs, comentarios de foros, etc. Es esa publicación a la cual la norma le ha reconocido la misma protección que a la prensa escrita, aplicándosele pues principios como la real malicia.

Reconocer la protección de la garantía de la libertad de expresión al encumbrar al rango de información al régimen de intercambio de bytes del P2P, con su tráfico de chunks y metadatos entre usuarios y asistencia del tracker para la violación de derechos de autor, es denigrar uno de los más grandes logros del hombre libre enaltecido en condición de ciudadano desde el año 1789.

Aún más: un voraz instrumento para debilitar financieramente editoriales y enervar el trabajo y la inspiración de autores independientes, periodísticos, literarios, o bloggers de cualesquiera rama del conocimiento o investigación, mediante la lesión de los términos de intercambio de ideas e información, pilares de aquella libertad de expresión.

Por último, pero no menor, adviértase que no resulta en absoluto un dato menor, asimismo, que esta acción haya sido formulada, además, por la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC), no sólo de la llamada industria discográfica.

#### IV

De tal modo, como he adelantado más arriba, habré de disponer las medidas solicitadas, en los términos propuestos por el perito de oficio en fs. 420:c, en cuanto concluyó que “si sólo se implementara un bloqueo por IP, nada impediría al sitio The Pirate Bay arrendar direcciones IPs a un proveedor de servicios de internet (ISP) y de esta manera evadir el bloqueo por este método. Por otro lado, si sólo se aplicara el bloqueo por DNS, incluyendo los dominios conocidos hasta el momento, nada impediría a The Pirate Bay obtener nuevos dominios disponibles, como por ejemplo thepiratebay.so (Somalia) y una vez obtenidos dichos dominios, utilizarlos para reemplazar los bloqueados, evadiendo de esta manera el bloqueo por DNS...”, concluyó que ambas medidas propuestas son complementarias.

Agregó que para obtener una medida eficaz, el bloqueo por DNS es imperativo.

Advirtió el experto que respecto del bloqueo de URL, la misma resulta ineficaz, además de requerir hardware y software específico para ese control. Expuso que tal medida depende de la estructura interna del sitio web, y que si el administrador la modifica, la medida pierde su efecto.

Asimismo, el experto expuso, en respuesta al interrogante expreso del suscripto (fs. 300vta. f) que no sería efectivo el bloqueo únicamente respecto del segmento correspondiente a los

fonogramas (bloqueo por URL), que implicaría un bloqueo, por ejemplo, a la URL <http://thepiratebay.sx/music> entre otras; ya que la efectividad del mismo dependería de la estructura interna del sitio, pudiendo el administrador del mismo modificarla, por ejemplo a <http://thepiratebay.sx/findmusic> dejando sin efecto la medida con un mínimo esfuerzo (fs. 421).

De tal modo, la medida se llevará a cabo conforme lo propuesto por el experto, con prescindencia de la recomendación de fs. 422, recogida luego por la actora en fs. 439.

En efecto, el perito propuso o recomendó, además de los bloqueos de IP y DNS el bloqueo en buscadores, lo cual aparece excesivo e inconducente, a la luz que en el punto (c) de la medida requerida en fs. 295vta./6 se ha solicitado informar a cada usuario que haya solicitado una dirección IP y/o URL bloqueada, por medio de redireccionamiento de sitios, que el acceso a dicha dirección ha sido bloqueado por orden judicial.

No es pues el objetivo de tornar “invisible” a The Pirate Bay en el cosmos de Internet mediante el bloqueo de palabras clave que referencien al sitio en los buscadores (palabras que no se han precisado siquiera), sino poner en evidencia la situación jurídica del mismo expuesta acá y en el ámbito en el que se desenvuelve, frente a los mismo usuarios de Internet.

Por otro lado, se denegará enfáticamente que sea la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas (CAPIF) quien “de tanto en tanto” determine cuáles son las direcciones IP o DNS que deben bloquearse del sitio de Internet The Pirate Bay, e instruya tal procedimiento a los proveedores de servicio de Internet.

La vaguedad de tal alternativa propuesta es superlativa, e implicaría arrogarse esa entidad

funciones de virtual censor que no tiene ni puede conferírsele.

De tal modo, la determinación de nuevas IP o DNS, sujetas también a los efectos de esta medida, al margen de las denunciadas y probadas en autos, deberán exponerse y acreditarse como correspondientes al sitio The Pirate Bay en el procedimiento de ejecución de sentencia.

Asimismo, se desestimarán los bloqueos de URL requeridos, conforme la ineficacia expuesta por el perito en su dictamen, ya referenciada más arriba.

V

Las costas se imponen en el orden causado. Una vez cumplidas las diligencias ordenadas infra, se regularán honorarios profesionales.

VI

En virtud de tales consideraciones, y conforme lo precedentemente expuesto y normas legales citadas, FALLO:

a. Estimar la medida autosatisfactiva solicitada en fs. 275/296, y en consecuencia ordenar a los proveedores de Internet listados en fs. 287vta./288 a que en el plazo de cinco días dispongan los medios necesarios para bloquear el acceso de usuarios desde la República Argentina respecto de las direcciones IP que opera el sitio The Pirate Bay expuestas en fs. 146 y 295vta.; bloquear todos los DNS adoptados por The Pirate Bay conocidos actualmente cuya identificación estará, en su caso, a cargo del

perito designado de oficio en el procedimiento de cumplimiento de esta medida. Ello bajo apercibimiento de aplicar astreintes en caso de incumplimiento.

Todo ello previa caución juratoria de los mandantes.

Ordénase poner en conocimiento mediante el libramiento del oficio pertinente a los/las titulares de la Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación y a la Comisión Nacional de Comunicaciones, a efectos que, por intermedio de su colaboración, instrumenten la comunicación de la medida a cada uno de esos operadores ISP de este país.

b. Ordenar notificar a los/las titulares de The Pirate Bay de esta acción y de la presente decisión, con copia y en su caso mediante exhorto diplomático, en un plazo no mayor de tres meses, bajo apercibimiento que en caso de omisión de las diligencias pertinentes se de por concluida la medida.

c. Imponer las costas del proceso por su orden, atento el diferimiento del contradictorio.

Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se haya dado cumplimiento a las diligencias aquí ordenadas.

d. Regístrese, notifíquese por Secretaría y oportunamente, archívese.

Gastón Matías Polo Olivera

Juez