

El caso “Taringa”: la responsabilidad penal de los intermediarios de Internet por infracción a los derechos de propiedad intelectual
Por Carla Paola Delle Donne y Pablo A. Palazzi
A publicarse en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, __ 2011.

1. INTRODUCCIÓN.

Esta nota tiene por objeto comentar la reciente resolución dictada por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el caso relacionado con el sitio de Internet www.taringa.net, fallo dictado el 29 de abril de 2011. La decisión constituye el primer precedente en materia penal que, respecto a las descargas de obras protegidas a través de Internet, atribuye responsabilidad penal a los intermediarios. En esta nota defendemos la postura de que en ciertos casos es posible atribuir a los usuarios de internet que bajan archivos la calidad de autores a título de dolo directo y a los intermediarios la calidad de partícipes a título de dolo eventual.

2. PLATAFORMA FÁCTICA.

Taringa! es una comunidad virtual de origen argentino en la que los usuarios pueden compartir todo tipo de información por medio de mensajes a través de un sistema colaborativo de interacción. Fue creada en enero de 2004 por un estudiante porteño de secundaria. En noviembre de 2006 fue adquirida por tres argentinos.

Funciona como un sitio en el cual los usuarios registrados comparten noticias, información, videos y enlaces por medio de *posts*, los cuales permiten comentarios de otros usuarios así como también la puntuación de los mismos por medio de un sistema de calificaciones que le permite a cada usuario registrado, de acuerdo a su rango, entregar una determinada cantidad de puntos por día. Taringa! se basa principalmente en la ayuda entre usuarios, por lo cual se convirtió en una comunidad con mucho tráfico en Internet. El sitio no alberga ningún tipo de archivo, pero contiene enlaces o hipervínculos a esos archivos. Estos enlaces pueden contener diferentes tipos de archivos, como juegos, vídeos, noticias, tutoriales, programas, entre otros. Cabe agregar que gran parte del material compartido posee derechos de autor (ese es su principal atractivo) y en Taringa se encuentran los hipervínculos a dicho material subidos por los usuarios registrados en la página web. En el caso de infringir derechos de autor, en cada post hay una opción para denunciarlo y para que así los administradores puedan eliminar dicho contenido¹.

El caso se inició cuando varias editoriales jurídicas iniciaron una causa por infracción a la ley de derechos de autor en virtud de la existencia de libros completos escaneados disponibles en el sitio en cuestión².

¹ Cfr. Información disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Taringa>

² Más allá de la causa iniciada contra los administradores de Taringa!, existen otras dos causas que tramitan en la justicia criminal por el mismo tema. También se han dictado medidas cautelares en el fuero civil, por ejemplo para remover hipervínculos a sitios que permitirían la bajada de obras cinematográficas digitalizadas sin consentimiento del director de la obra audiovisual. Ver Jdo. Nac. De primera instancia en lo civil n. 107,

La causa llegó a conocimiento de la alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la decisión del juez de instrucción que dispuso el procesamiento de los imputados por la presunta comisión del delito previsto en el artículo 72 inciso a) de la ley 11.723, en calidad de partícipes necesarios, trabó un embargo por la suma de \$200.000 (doscientos mil pesos), y los intimó a que “eliminen los posts de los usuarios del sitio web www.taringa.net” en los que se ofrece la descarga de obras protegidas por la ley de propiedad intelectual.

En el caso se atribuyó a los procesados, en su carácter de integrantes de la sociedad que provee el servicio de hosting al dominio de Taringa, el ofrecimiento de un sitio web en el que usuarios anónimos, pueden compartir y descargar archivos de manera gratuita sin la autorización de quienes detentan el derecho de autor. El tribunal cataloga así el sitio en cuestión: “[e]l 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” cuyo costo varía dependiendo de la cantidad de visitas que recibe el portal.

3. LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO.

Los fundamentos de la decisión son precisos en cuanto a la responsabilidad penal que cabe a los encausados en el hecho de acuerdo al grado de certeza que se exige en el estado del trámite de la causa. No obstante ello, los jueces al confirmar el procesamiento no analizan en forma extensa la calificación legal, tema que abordaremos en esta nota.

Para confirmar el procesamiento el tribunal sostuvo que los imputados son los administradores de la página web y que en calidad de tales han permitido “a través de su sitio que se publiciten obras que finalmente eran reproducidas sin el consentimiento de los titulares” de los derechos de autor.

En relación con la cuestión técnica del funcionamiento de las descargas de archivos a través de hipervínculos señalaron que era el servicio que prestaba el sitio el que posibilitaba la remisión “a otro espacio de Internet” para reproducir la obra.

Destacando, al mismo tiempo, que si bien es cierto que los autores del hecho serían quienes “subieron la obra al *website* y los que ‘la bajan’, no menos cierto es que “el encuentro de ambos obedece a la utilización de la página www.taringa.net”.

Por último los camaristas concluyeron que, en conocimiento de la ilicitud, los imputados deber responder a título de partícipes necesarios de la maniobra.

4. LA PROBLEMÁTICA DE LA PROTECCION DE LAS OBRAS INTELECTUALES EN LA RED.

4.1. EL DERECHO DE AUTOR

13/10/2010, “B., D. S. c/ propietario del web site <http://www.taringa.net> s/medidas cautelares” (inédita).

El Derecho de Autor es una de las ramas más importantes de la propiedad intelectual que junto con el derecho de marcas, patentes, secretos comerciales y diseños industriales se ocupa de amparar las creaciones del intelecto.

El objeto protegido por el Derecho de Autor son las obras intelectuales. El art. 1º enuncia ciertas obras amparadas, pero es un enunciado abierto³. Merced al carácter enunciativo de esa norma fue posible para la jurisprudencia incluir al software o las bases de datos (la versión digital de las compilaciones⁴) antes de que la ley 25.036 los incluyera específicamente. La evolución del Derecho de Autor frente a las nuevas tecnologías se dio mediante la inclusión de nuevas obras intelectuales en el catálogo de obras protegidas.

No fue necesario sin embargo modificar las acciones típicas, pues estas ya son lo suficientemente amplias y se basan en la prerrogativa del autor de autorizar el uso o reproducción de la obra por terceros. Si la copia no es autorizada por el titular (salvo las excepciones previstas en la ley, ej. copia de respaldo) el acto es ilegal y puede constituir un delito penal.

La protección dispensada por la ley es tanto civil como penal. En este último ámbito, que es el que nos ocupa el comentario de este fallo, la protección es muy amplia pues los arts. 72 a 74 de la ley 11.723 contemplaron varios delitos relacionados con el Derecho de Autor⁵.

El artículo 71 castiga al que defraudare los derechos de autor. El artículo 72 contempla como acciones típicas la edición, venta o reproducción de una obra sin la autorización del autor (inciso 'a'), la falsificación de la obra ya editada (inciso 'b'), la edición, venta o reproducción de la obra que altere o modifique el nombre del autor, el título o el texto (inciso 'c') y, por último, la edición o reproducción de una mayor cantidad de ejemplares que exceda el número autorizado (inciso 'd').

El artículo 72 bis está relacionado con la reproducción ilícita de fonogramas y fue incorporado como delito en la reforma introducida por la ley 23.741⁶. Ese tipo penal establece como verbos típicos la reproducción y la facilitación para reproducir de manera ilícita y con fines de lucro (incisos 'a' y 'b'), la reproducción de copias no autorizadas (inciso 'c'), el almacenamiento o la exhibición sin que pueda demostrarse su origen a través

³ Sobre el carácter enunciativo del art. 1 de la ley 11723 ver VILLALBA, Carlos y LYPZIC, Delia, El Derecho de autor en la Argentina, La Ley, 2009, pag. 15.

⁴ Cfr. Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 2/8/1999, "Geller", LL 2000-C, 496 (sobre la copia del disco compacto de jurisprudencia de La Ley por los imputados) y en igual sentido respecto de un caso civil ver: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala B, 27/6/2001, "Errepar S.A. y otros c. Nahas", JA 2003-I-480 y La Ley Online AR/JUR/5034/2001 (copia no autorizada de base de datos).

⁵ Estos tipos penales no estaban presentes en la anterior ley que rigió hasta la sanción de la ley 11723 en el año 1933.

⁶ Sancionada el 28 de septiembre de 1989 y promulgada el 18 de octubre del mismo año.

de una factura que determine la licitud con el origen de la obra (inciso ‘d’), y la importación de copias ilegales con fines de distribución (inciso ‘e’).

En el artículo 73 se reprimen las conductas de reproducción y representación pública de una obra literaria o teatral (inciso ‘a’) así como las ejecuciones y reproducciones de obras musicales sin la autorización del autor.

Por último, el artículo 74 pena al que atribuyéndose indebidamente la calidad de autor o la representación de quien tuviere derechos, hiciere suspender una representación o ejecución pública lícita.

4.2. LA REPRODUCCION DE OBRAS INTELECTUALES EN INTERNET

Internet cambió para siempre al Derecho de Autor. Antes de esta tecnología, la reproducción de obras era algo muy complicado y costoso. Reproducir una obra generaba una copia de menor calidad (ej. un libro fotocopiado o un cassette regrabado). Esto además tenía un costo. Con las nuevas tecnologías, es posible no sólo hacer una copia idéntica de la misma calidad sino también distribuirla indiscriminadamente en Internet con un costo muy bajo. La consecuencia de esto es que copiar una película, un libro o una canción es sólo cuestión de tener una PC y una conexión a Internet. Actualmente, cierta permisividad social (y hasta legal) ha generado una tendencia a permitir este tipo de copias, erosionando el derecho de los autores.

Las comunicaciones a través de Internet permiten que los usuarios se conecten e intercambien archivos de toda clase. A su vez la transmisión de obras intelectuales implica su reproducción. Así aparecieron programas o páginas web específicas que permiten intercambiar archivos entre millones de personas⁷ conectadas al mismo tiempo en Internet. Esto generó una reproducción masiva no autorizada de obras intelectuales sin límites de jurisdicción, ni de países, ni de género, ni de edades, ni de habilidades tecnológicas (cualquiera lo puede hacer). Esto fue combatido por las empresas titulares de derechos de autor, primero demandando a los intermediarios y luego a los propios usuarios⁸.

Aparece así la problemática de la responsabilidad de los intermediarios, esto es los operadores que permiten que la comunicación en internet exista: registradores de nombres de dominio, titulares de los mismos, proveedores de hosting, de correo electrónico, proveedores de plataformas para venta, publicación o distribución de contenidos, buscadores, redes sociales, medios de pago electrónicos, etc. En muchos casos éstos no realizan la actividad sino que permiten con su infraestructura que los usuarios, como

⁷ Por ejemplo, el día 5 de junio de 2011, cuando escribíamos este artículo, Piratebay.org proporcionaba la siguiente información en su página principal: “5.089.311 usuarios registrados, 29.848.907 peers (20.975.277 seeders + 8.873.630 leechers) en 3.578.781 torrents”. La diferencia entre *seeder* y *leecher* es que éste último no se bajó el contenido completo, por lo cual colabora en la red p2p con parte de lo que se bajo pero no con todo. El seeder tiene el archivo completo y permite a todos bajárselo.

⁸ Actualmente la tendencia es a establecer medidas más eficaces como el filtrado de paquetes infractores, o el cierre de la página web infractora o la desconexión del usuario o prohibición de uso de Internet por cierto tiempo.

terceros, suban y bajen el contenido infractor. Dependiendo de cada caso concreto, podrán tener o no conocimiento de la actividad ilícita y ser considerados responsables. En la lucha contra la piratería informática, los titulares de derechos intelectuales han intentado llevar a la justicia a todos los intermediarios, pues a veces es más eficiente ir contra el intermediario (usualmente solvente y ubicable), que contra los extremos (usuarios, anónimos y con posibilidad incierta de recupero) donde se comete la infracción.

Antes de analizar el caso en comentario, debemos hacer una breve reseña de la tecnología existente pues su comprensión es importante para interpretar la ley penal. A tales fines en forma muy general se pueden diferenciar los siguientes supuestos:

Primer supuesto: El caso más directo de infracción sería el de un titular de un sitio de Internet que aloja con conocimiento contenidos en infracción a la ley de derechos de autor. Al alojar o almacenar contenidos, el titular de la pagina web *reproduce* los contenidos sin autorización del autor e incurre en el delito del art. 72 inc b de la ley 11.723. Si un usuario se baja estos contenidos también comete el delito de reproducción no autorizada, pues nuestra ley de derechos intelectuales no contiene excepciones para copia privada⁹. Si merced a la difusión del sitio el titular logra que 1.000 usuarios se “bajen” contenidos, de alguna forma el titular del sitio es un partícipe necesario en esas 1.000 reproducciones no autorizadas. Podría suceder que el titular del sitio sea un hosting abierto y permita a terceros subir contenidos. En este último supuesto, el conocimiento será una cuestión fáctica que se determinará en cada caso concreto según las pruebas del caso.

Segundo supuesto: sería el de un titular de un sitio que no aloja o almacena los contenidos infractores en su servidor, pero que de alguna forma funciona como índice, registro o lugar de encuentro para poder obtener los contenidos ilegales. Este sitio puede adoptar la forma de foro, comunidad online, red social, base de datos, o índice de archivos para una red peer to peer (como el caso de Piratebay o Mininova). El sitio facilita y ayuda a encontrar contenido infractor por la existencia organizada de hipervínculos que con un solo click permiten comenzar una descarga. Puede ser que el hipervínculo en el sitio directamente conduzca al usuario a un hosting donde está almacenado el contenido o que el archivo sea un torrent, es decir un tracker que indica qué usuarios comparten la obra intelectual en una red peer to peer. Además un indicio usual de que los titulares de estos sitios tienen contenido infractor es que están organizados de modo de categorizar los contenidos en películas, música, software, videojuegos, etc, siendo que ninguno de ellos es un “original” ni cuenta con autorización de su titular. Además en la sección comentarios de cada material los usuarios comentan si son de utilidad, si funcionan o se explican cómo hacerlo. En

⁹ Cfr. En este sentido: Monica TRABALLINI DE AZCONA, Delitos contra la propiedad intelectual, Editorial Mediterranea, Cordoba, pag. 111; VILLALBA, Carlos y LYPZIC, Delia, El Derecho de autor en la Argentina, La Ley, 2009, pag. 225. El único supuesto de copia autorizada en la ley 11.723 es el software, pero es solo una copia de respaldo que no puede ser utilizada mientras se usa la copia original. Asi lo expresa el art. 9 in fine de la ley 11.723: “Quien haya recibido de los autores o de sus derecho-habientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguardia de los ejemplares originales del mismo” (párrafo incorporado por art. 3° de la Ley 25.036 B.O. 11/11/1998).”

síntesis, estos sitios prestan una ayuda sin la cual la infracción masiva de contenidos no podría tener lugar. Generalmente obtienen ingresos con la publicidad que se genera en el sitio (cobran cada vez que el usuario hace click en un aviso) lo que ha llevado a la doctrina española a considerar la existencia de ánimo de lucro en estos supuestos¹⁰.

Tercer supuesto: En el otro extremo, encontramos páginas de internet que ofrece mercados virtuales, donde compradores y vendedores se juntan para realizar transacciones, ej. vender cosas usadas, o comprar productos como celulares, ordenadores, o ropa. A veces en estos mercados virtuales puede aparecer mercancía falsificada o pirateada, pero es casi imposible para la plataforma chequear la autenticidad o legalidad del artículo en oferta, ya que sólo contienen avisos con texto y fotos, y la plataforma de e-commerce no participa en las transacciones. Tal el caso de mercados virtuales como Ebay, Mercadolibre, Deremate, Olx, etc. Para evitar ser catalogados de colaboradores de la infracción, estos sitios han implementado Programas de Propiedad Intelectual a través del cual acuerdan con los titulares marcarios o de derechos de autor el monitoreo del sitio y la baja automática de material infractor¹¹.

4.3. EL CASO CONCRETO: APLICACIÓN DE LA TEORIA DE LA “IGNORANCIA DELIBERADA” A LA FACILITACION DE COPIA DE OBRAS INTELECTUALES EN INTERNET

A fin de delimitar el núcleo de la problemática que plantea la protección de los derechos de autor en este caso concreto consideramos pertinente reseñar que no importa el medio o el procedimiento por el cual se reproduzca una obra intelectual, la reproducción requiere de la expresa autorización del titular del derecho¹². Por esa razón, quien reproduzca una obra intelectual sin el consentimiento del autor o los derechohabientes, comete el delito contemplado en el artículo 72 de la ley 11.723.

La redacción de esa norma es clara y no presenta mayores dificultades a fin de adecuar los hechos denunciados en el tipo objetivo. El accionar típico es la copia no autorizada. Los procedimientos para reproducir no se encuentran limitados así como tampoco puede ser cuestionado que las conductas que se llevan a cabo en Internet como medio comisivo son también reproducciones a los fines de la ley de derecho de autor.

¹⁰ Eduardo R. RIBAS, La responsabilidad penal de los proveedores de información en internet, en especial los delitos contra la propiedad intelectual, en Responsabilidad de los proveedores de información en internet, Comares, pág. 146.

¹¹ Esto fue tenido en cuenta por la jurisprudencia que consideró que no existía –desde el punto de vista civil- responsabilidad subsidiaria, secundaria o vicaria de la plataforma de comercio electrónico. Ver por ejemplo el caso Tiffany v. Ebay donde se valida el VeRO Program de Ebay como una forma de demostrar su inocencia por la existencia de mercancía falsificada. Ver Corte de Apelaciones del segundo Circuito (USA), sentencia del 1 de abril de 2010, Tiffany & Co. v. eBay Inc., No. 08- 3947 (2d Cir. April 1, 2010).

¹² Artículo 2 de la ley 11.723 y artículo 9 del Convenio de Berna.

Por otro lado, debemos destacar que a diferencia de otras legislaciones del derecho comparado¹³ en las que se exige el fin de lucro como elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, en la Argentina éste no es un requisito¹⁴ para la tipificación de la conducta. El fin de lucro no se encuentra previsto en el art. 72¹⁵, que exige únicamente un accionar doloso. Eso sí, es imprescindible, que el sujeto activo tenga conciencia de la ajenidad del derecho afectado o, al menos, se represente dicha posibilidad¹⁶.

Sin embargo, las particularidades técnicas del hecho plantean dos cuestiones que merecen especial atención, a saber: (i) si puede atribuirse el accionar a título de dolo directo y, de no ser así, si podría considerarse la hipótesis de dolo eventual, y (ii) si es correcto atribuirlo en calidad de partícipes necesarios.

En primer lugar, consideramos que los imputados no obraron con dolo directo sino eventual. Es que si partimos de la base que el portal facilitaba un espacio en Internet para que los usuarios –en numerosos casos- encontraran lugares donde cargar y descargar contenidos o archivos, debemos afirmar que los administradores tenían conocimiento de la actividad que podía desarrollarse a través de la herramienta que brindaban a sus usuarios y contaban seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, y a pesar de ello seguían actuando, resignándose a la eventual realización del delito¹⁷.

Por ejemplo, según el fallo que anotamos, en marzo de 2009 y a solicitud de la querrela, se eliminó un post que otro usuario volvió a subir en junio del mismo año. Los usuarios se otorgaban puntos por la relevancia del contenido del post, y los más difundidos eran los que usualmente ofrecían material infractor. El fallo no lo dice, pero se comprueba que una

¹³ A modo de ejemplo, el artículo 270 inciso 1º del Código Penal español dispone que: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

¹⁴ La jurisprudencia en forma expresa ha rechazado la exigencia de fin de lucro: ver CNFed, sala 1, 4/4/1994, Lotus Developement Corp., JA 1994-III-634. En el año 2008 el Proyecto de Código Penal del Ministerio de Justicia proponía crear dentro del Código Penal delitos contra la propiedad intelectual y requería específicamente ánimo de lucro. Como es sabido dicho proyecto no tuvo impulso. Sobre este tema ver PALAZZI, Pablo, Breve comentario a los proyectos legislativos sobre delitos informáticos, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Agosto 8/2006, pag. 1525.

¹⁵ La ley 23.741 introdujo el art. 72 bis –referido exclusivamente a fonogramas- y varios de sus incisos hacen alusión en forma expresa al fin de lucro. Pero esta norma no se aplica al resto de las obras intelectuales que están cubiertas por el art. 72 de la ley 11.723.

¹⁶ SCALZI, Análisis actualizado de la protección penal de la obra intelectual, LL 1991-E-170, citando a ODERIGO, Mario, "Código Penal anotado", p. 465, Ed. Ideas, Buenos Aires, 1946.

¹⁷ ROXIN, Claus, “Derecho Penal Parte General”, tomo I, Ed. Thomson Civitas, 2008, pág. 427.

búsqueda en Google de obras conocidas, siempre llevaba a que aparecieran en los primeros resultados algún post de Taringa. De ese modo, se advierte que aún cuando quisiera argumentarse el desconocimiento sobre la ilicitud del tráfico de información de la página web, los imputados conocían el resultado delictivo de las cargas y descargas de obras protegidas y se conformaron con aquél.

A la luz del sistema jurídico del common law, resultaría aplicable la doctrina denominada “*willful blindness*”. En efecto, el principio de la ignorancia deliberada establece que el sujeto activo, encontrándose en condiciones de conocer la ilicitud de la conducta, actúa de modo tal que evita el conocimiento de esa ilicitud. Esta teoría fue aplicada en un fallo norteamericano sobre propiedad intelectual en el caso “Aimster”¹⁸. En ese caso, los demandados habían creado Aimster, un servicio de acceso a música en Internet parecido a Napster pero que tenía las comunicaciones encriptadas entre los usuarios. De ese modo, alegaban que no podían monitorear los contenidos y desconocían qué se intercambiaban los usuarios del sistema pues estos mensajes estaban cifrados. Pero al tribunal eso no lo convenció: los jueces sostuvieron específicamente que la encriptación había sido hecha para evitar conocer lo que seguramente los dueños del sitio sospechaban: que todos los usuarios del sistema eran infractores del derecho de autor. Asimismo equiparó el “*willful blindness*” al dolo eventual alegando que en Copyright Law (Derecho de Autor) alcanza con que el autor del hecho “deba conocer” para considerarlo responsable¹⁹.

No tenemos dudas que ese es, precisamente, el supuesto del caso en estudio y que como bien lo indica Ramón Ragués I Vallés, “[a] diferencia de lo que sucede en los países del *common law*, en el sistema jurídico español y en otros ordenamientos próximos [entre los

¹⁸ Ver el caso “In Re: Aimster Copyright Litigation (Deep, defedant)”, 334 F.3d 643 (2003). El dueño del sitio era el actor Johny Deep. El voto del caso fue escrito por el Juez Posner, un experto en análisis económico del derecho y en propiedad intelectual, entre otras ramas del Derecho.

¹⁹ El tribunal sostuvo: “We also reject Aimster's argument that be-cause the Court said in Sony that mere "constructive knowledge" of infringing uses is not enough for contributory infringement ..., and the encryption feature of Aimster's service prevented Deep from knowing what songs were being copied by the users of his system, he lacked the knowledge of in-fringing uses that liability for contributory infringement requires. **Willful blindness is knowledge, in copyright law** (where indeed it may be enough that the defendant should have known of the direct infringement, ... as it is in the law generally.... *One who, knowing or strongly suspecting that he is involved in shady dealings, takes steps to make sure that he does not acquire full or exact knowledge of the nature and extent of those dealings is held to have a criminal intent*, ... because a deliberate ef-fort to avoid guilty knowledge is all that the law requires to establish a guilty state of mind. In United States v. Diaz, 864 F.2d 544, 550 (7th Cir. 1988), the defendant, a drug trafficker, sought "to insulate himself from the actual drug transaction so that he could deny knowledge of it," which he did sometimes by absenting him-self from the scene of the actual delivery and sometimes by pretending to be fussing under the hood of his car. He did not escape liability by this maneuver; no more can Deep by using encryption software to prevent himself from learning what surely he strongly suspects to be the case: that the users of his service--maybe all the users of his service--are copyright infringers”.

que debemos incluir al argentino], la figura del dolo eventual permite resolver satisfactoriamente la gran mayoría de los casos en los que una persona realiza un comportamiento objetivamente atípico renunciando voluntariamente a conocer con exactitud alguno de los aspectos penalmente relevantes de su conducta”²⁰.

El mencionado autor, citando una sentencia del Tribunal Supremo²¹ señala que “el principio de ignorancia deliberada se define como aquél según el cual ‘quien no quiere saber, aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierto, no puede alegar ignorancia alguna, y debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar’”.

Sin intenciones de ingresar al estudio acerca de si la definición tradicional del dolo entendido como conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo ha sido superada por aquella que señala que el dolo es sólo conocimiento (que se infiere de la conducta), lo particular del caso es que existen sobrados indicios que nos permiten afirmar que los imputados se representaron la posibilidad de la comisión del ilícito y teniendo conocimiento acerca de la ilicitud de las cargas y las descargas optaron por ignorar ese conocimiento.

Los imputados obraron en contra del bien jurídico protegido al poner a disposición de los usuarios una plataforma destinada, en esencia, a facilitar la descarga ilegal de archivos. El conocimiento de la ilicitud de las actividades que se desarrollaban en el portal que facilitaban, ya no es un indicio acerca del uso contrario a la norma de las funcionalidades de la plataforma sino que, por el contrario, es una prueba de cargo con entidad suficiente para demostrar que una vez alertados acerca de la ilicitud de las cargas y descargas, los imputados deberían haber adoptado todos los medios a su alcance para evitar que su sitio fuera el espacio virtual para la reproducción ilegítima de obras intelectuales²².

Así, cabe sostener que más allá de los indicios que generan los veinte mil post diarios (que demuestra la inusual cantidad de visitas que recibe el sitio), el pedido de eliminar un post infractor es una señal de alarma que debió haber advertido a los titulares de la ilicitud de la actividad de los usuarios. Es por ello que, en nuestra opinión, los imputados ya contemplaban la realización del tipo penal de reproducción ilegítima de obras intelectuales como posible, se conformaron con la posible afectación al bien jurídico, decidieron

²⁰ Ragués I Vallés, Ramón, “La ignorancia deliberada en el Derecho penal”, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2007, pág. 21.

²¹ Ob. cit. pág. 28, STS 22 de mayo de 2002 ponente Giménez García.

²² El mismo argumento fue utilizado por un tribunal civil francés en el caso “Zadig v. Google”. Zadig era titular de una obra audiovisual, un documental que fue subido a Google Video. Intimidado Google, se dio de baja el contenido tres veces, pero volvió a aparecer una cuarta vez. El tribunal hizo responsable a Google por considerar que, pese a que en Europa existía una ley que le otorgaba inmunidad, ésta no resultaba aplicable porque Google ya tenía conocimiento de la infracción por las intimaciones anteriores. Asimismo el fallo catalogó a Google como un editor y no como proveedor de hosting de contenido. Ver el caso TGI Paris, 19 octubre 2007, SARL Zadig Production, Jean-Robert V. et Mathieu V. c/ Sté Google Inc. et AFA, disponible en: <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=975>

conscientemente en contra de la protección de aquél, y en ninguna oportunidad adoptaron una conducta que los disuadiera de seguir brindando el servicio o, al menos, de ejercer un estricto control del material que se *posteaba*²³. Por el contrario, los indicios del caso²⁴ indican que el sitio y sus dueños se beneficiaban de todas estas acciones.

Consecuentemente, entendemos que siendo una de las posibles funciones del sitio la reproducción ilícita, en tanto es el portal el que origina el espacio virtual necesario que contribuye al accionar de los usuarios creando el riesgo jurídicamente desaprobado por la norma y la lesión al bien jurídico tutelado, los imputados pudieron representarse como posible esa circunstancia para adecuar su conducta conforme a derecho y evitar el resultado lesivo.

El caso bajo comentario tiene sus semejanzas con lo que ocurrió con el famoso caso “Piratebay.org”²⁵, inaugurado en el año 2003 y que se transformó en la web más visitada de Internet para descargas ilegales. El sitio en cuestión ganaba millones de dólares al año en publicidad por ser la fuente para ubicar online obras piratas²⁶. A través de los cuatro acusados, el sitio piratebay.org administraba un índice de obras intelectuales disponibles en la web a través de la tecnología Bittorrent²⁷, que permitía a usuarios de internet buscar y

²³ Piénsese que se podría haber suspendido el usuario o prohibido el post con ese contenido, o instalar un filtro que posibilitara que no se subieran nuevos contenidos que contuvieran el texto o título de las obras intelectuales.

²⁴ Además de la gran cantidad de vínculos a material infractor cabe añadir que el registro de nombre de dominio no permite determinar quiénes son los verdaderos dueños del sitio (se usa un privacy service de Moniker), los post están catalogados y reciben puntaje en función de su utilidad (muchos de los post contienen crack o números de serie para copiar software, o vínculos a contenido infractor) y la publicidad que beneficia a los dueños está en función del tráfico generado, que acude al sitio por lo que allí se encuentra.

²⁵ Cfr. Sentencia del denominado “Pirate Bay Trial”, Stockholm District Court, Division 5, Unit 52, veredict B 13301-06, 17/4/09, confirmada por la Corte de Apelaciones de Svea, sentencia del 26 de noviembre de 2010. El tribunal sueco dictó también una medida cautelar mediante la cual ordenó al proveedor de servicio de Internet de la demandada cancelar el acceso y hosting y evitar que esté disponible el índice de obras ilegales, alegando que el ISP tenía conocimiento público de las ilegalidades cometidas. Sobre el caso ver los siguientes comentarios: S. WIDMARK y S. NORDLUND, “Pirate Bay: Svea Court of Appeal increases damages, but lowers jail sentences, en International law office”, 27 de enero de 2011; Michael Plogell y Erik Ullberg, Sweden, “The Pirate Bay Case”, publicado en IRIS 2009-6:17/29, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/6/article29.en.html>; J.E. Bassett, “Unanswered Arguments After The Pirate Bay Trial: Dropping Sail in the Safe Harbors of the EU Electronic Commerce Directive”, North Carolina Journal of Law & Technology, (Fall 2010), Vol. 12, pag. 67 y ss.

²⁶ The Pirate Bay gana casi u\$s6 millones de dólares al mes. Post en el blog de Denker Uber, <http://www.uberbin.net/archivos/derechos/el-caso-taringa-cuando-chocan-argumentos-falaces.php>

²⁷ Los archivos en formato torrent son el estándar para identificar que usuarios comparten la misma obra en Internet y la tienen disponible para “bajarla”. Por eso esto hace que se puede bajar una obra mucho más rápido que de una sola fuente, pues a veces pueden ser miles las

compartir archivos de cualquier clase (películas, música, libros, videojuegos, aplicaciones de software, etc.) directamente desde sus ordenadores. El sitio hacía disponible el tracker bittorrent, esto es el archivo con la información necesaria para ubicar los usuarios que ofrecían (compartían) la obra intelectual en cuestión.

El tribunal penal sueco en el caso Piratebay concluyó que los usuarios intercambian archivos amparados por el Derecho de Autor a través de Piratebay.org y consideró que sin la intermediación de sus servicios no lo hubieran hecho. Según el tribunal, los usuarios que ofrecían y bajaban música cometían una infracción penal al derecho de autor, por ende la existencia de este delito principal permitía considerar a los organizadores como partícipes necesarios del delito (*accomplice liability*). El tribunal fue un paso más allá y sostuvo que no era imprescindible condenar al autor principal sino solo resultaba suficiente que el delito fuera objetivamente cometido. En el caso también se planteó como defensa la incompetencia del tribunal sosteniendo que los usuarios de Internet podrían estar fuera de la jurisdicción sueca y el tribunal no tendría jurisdicción sobre el hecho. Pero el tribunal se consideró competente pues en un momento los servidores estaban en Suecia (donde se encontraban los archivos bittorrent), y el material del sitio estaba en ese idioma también. Finalmente el tribunal trata expresamente la cuestión de la eximición de responsabilidad existente para proveedores de sociedad de la información en la Unión Europea y resuelve que no resultaba aplicable porque habían actuado intencionalmente.

La cámara de apelaciones confirmó la condena a fines de 2010 pero redujo las penas de prisión. Los fundamentos fueron que i) el sitio permitía compartir archivos por internet, ii) el uso principal del sitio era para bajar obras sin autorización de los autores, iii) no se había adoptado *ninguna medida para impedir que las obras intelectuales se compartieran por los usuarios del sitio*; y iv) el material infractor no fue removido incluso luego de que recibieron advertencias por parte de los titulares de derecho de autor²⁸. El fallo comentado puso énfasis en que la participación necesaria de cada uno de los encartados en el hecho debía meritarse en forma individual y no grupal, y por eso modificó las penas en función del trabajo realizado por cada imputado.

De todo lo expuesto, no debemos concluir que la conducta se comete por omisión, es decir, que no impedir las descargas a través de un estricto control del contenido e hipervínculos que “postean” los usuarios (y de los comentarios que realizan) es equivalente a la producción activa tipo penal. Porque, en definitiva, lo que la ley pena es la puesta a disposición y la creación de un sitio que tiene como fin último la reproducción ilícita de obras protegidas y no la falta de controles sobre las actividades de los usuarios. De las pruebas del caso concreto surge que como intermediarios, los imputados ponen a disposición una plataforma cuyos fines son notoriamente contrarios a la ley de propiedad intelectual. Esa circunstancia se podría probar con numerosos indicios como ser: la cantidad de información que se trafica a través del sitio, el número exorbitante de visitas

personas que comparten el mismo archivo. Ese archivo ofrecido por piratebay funciona como la guía para que las personas puedan compartir el la obra intelectual y “bajarsela” comunitariamente de todas las fuentes que la comparten.

²⁸ De hecho, los titulares de Piratebay.org solían subir al sitio las cartas de intimación de los abogados y reírse de las mismas con comentarios agraviantes.

que recibe a diario, la facilidad y rapidez con la que se pueden descargar archivos, los tags o etiquetas con el cual se nombra el material (ej. warez, cracks, serials, últimas películas disponibles, música gratis, etc.) y las ganancias que se obtienen con las publicidades incluidas en el sitio.

En el caso “Taringa” se adoptó la teoría de la participación en el hecho principal a título de partícipes necesarios. En tal sentido, indica la decisión comentada que los autores materiales del hecho son quienes “suben” la obra al *website* así como también quienes las descargan²⁹, y que los imputados deben responder penalmente en los términos establecidos en el artículo 45 primera parte del Código Penal.

Como bien es sabido, es autor quien tiene *dominio del hecho* y es partícipe quien, *sin tener el dominio del hecho, realiza un aporte sin el cual el accionar no puede cometerse*³⁰. Es por ello que, tal como destacáramos anteriormente, siendo los imputados administradores del hosting del sitio web entre cuyas funciones se encuentran las de proveer el servicio de hosting (un espacio virtual para que funcione la plataforma), controlar la funcionalidad del sitio y verificar el contenido del tráfico de información que por allí circula, son aquellos quienes facilitan el medio necesario para que los usuarios ofrezcan y obtengan los archivos ilícitos.

En el *iter criminis*, el aporte de los procesados tiene la virtualidad jurídica y causalidad adecuada para que el delito se consuma. Es en ese sitio en el que la ejecución se materializa. Sin esa colaboración necesaria, los usuarios no tendrían una plataforma electrónica en la que intercambiar los archivos.

El accionar de los imputados aporta un medio de cooperación que se incorpora a la ejecución del delito y que se evidencia con la puesta a disposición del medio informático para la reproducción ilícita. No se castiga un acto preparatorio sino una colaboración necesaria y previa al acto antijurídico principal. Porque si suprimiéramos hipotéticamente ese eslabón de la cadena fáctico delictiva, el ilícito no podría consumarse.

Por ello, el caso “Taringa” parece indicar que si los imputados sin tener el dominio del hecho, contribuyeron de modo tal que favorecieron eficazmente³¹ el hecho consumado por los usuarios del sitio, deberán responder en calidad de partícipes necesarios del delito previsto y reprimido en el artículo 72 inciso a) de la ley 11.723.

5. CONCLUSIONES.

Este es el primer caso penal que trata en forma concreta la responsabilidad de los intermediarios en Internet por su participación en la copia de obras intelectuales.

²⁹ La descarga es un concepto amplio que implica “bajarse” el archivo al disco rígido del ordenador, como también visualizarlo u oírlo mediante *streaming*. Aunque estas últimas acciones implican solo reproducciones temporarias.

³⁰ BACIGALUPO, Enrique, “Derecho Penal. Parte General”, 2º edición, Ed. Hammurabi, 1999, pág. 495 y sgtes.

³¹ MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, Ed. PPU, Barcelona, 1990, pág. 439.

La ley 11.723 que protege los derechos de propiedad intelectual fue promulgada en el año 1933. La ley 23.741 que la modificó para incorporar el tipo penal previsto en el artículo 72 bis (relacionado con la piratería de fonogramas), data del año 1989. Casi un década más tarde el legislador incorporó al software y las bases de datos como obras protegidas (ley 25.036). Salvo esas dos reformas, la ley 11.723 no ha tenido cambios significativos en materia de tecnología. ¿Puede esta norma ser aplicada sin mas a las nuevas realidades de Internet?

Si pensamos en el marco histórico en el que se sancionaron las leyes, podemos concluir que no eran previsibles los adelantos que introdujeron las tecnologías de la información y de las comunicaciones, y con ellos los nuevos medios ilícitos de reproducción de las obras protegidas. Sin embargo, la neutralidad tecnológica escogida por el legislador nos permite calificar nuevas conductas delictivas que se cometen en Internet a través de sistemas informáticos en aquella vieja redacción de los tipos penales sin necesidad de recurrir a interpretaciones forzadas.

En suma, consideramos que la acción de reproducción ilícita de obras protegidas por la ley de propiedad intelectual, en este caso en particular el artículo 72 de la ley 11.723, contribuye a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que es imputable a los administradores del sitio a título de dolo eventual y en calidad de partícipes necesarios. Los procesados, como intermediarios prestaron una colaboración sin la cual el accionar no hubiera podido cometerse porque la reproducción se encuentra condicionada a la existencia de la herramienta informática cuyo dominio les pertenece. Y aunque podría sostenerse que el peligro es potencial en tanto depende de los usuarios, lo cierto es que el sitio forma parte de un giro comercial que genera ganancias para los administradores, ganancias obtenidas de las publicidades que se acrecientan de manera directamente proporcional a la cantidad de usuarios que visitan el sitio y cuyo atractivo es la descarga ilegal de archivos.

Es por ello que, conforme señaláramos, no se castiga el lucro obtenido (porque ese no es el bien jurídico protegido por el tipo penal así como tampoco constituye un elemento del tipo objetivo en la ley argentina) sino la reproducción ilegítima de obras intelectuales mediante la facilitación y puesta a disposición del medio electrónico.