

## Responsabilidad por violación de la propiedad intelectual en internet

Gonzalo Iglesias, Abogado, drgonzaloiglesias@yahoo.com

**Abstract.** Abstract: El presente trabajo analiza los antecedentes jurisprudenciales del proceso que a la fecha se le sigue a los responsables del sitio web Taringa.net por infracción al art. 172 inc a de la ley 11.723, con particular énfasis en el análisis de la responsabilidad por la introducción de productos o servicios cuyos usos puedan permitir el uso violatorio de los derechos intelectuales por parte de terceros.

## 1 Introducción:

Parece claro que, en los últimos meses, la responsabilidad legal por publicación de contenidos protegidos ha salido de la discusión académica para posicionarse en el debate público. La noticia del procesamiento de los responsables del sitio argentino Taringa.net, así como la denuncia e intento de extradición de sus similares de Megaupload por parte del gobierno norteamericano ha puesto la cuestión en los principales medios de comunicación<sup>1</sup>.

En ambos casos, se recrimina la participación de los titulares de los emprendimientos en la violación de los derechos de los titulares de obras protegidas por propiedad intelectual, con la particularidad de que los acusados no participaron activamente en la copia o distribución del material, sino que se limitaron a ofrecer servicios de hosting de dicho material, o en el caso de Taringa, el mantenimiento de un blog donde se publicitaba las direcciones de los servidores de terceros para su descarga.

Sin embargo casi al mismo tiempo, y como contrapartida, un tribunal español en lo comercial establecía la falta de responsabilidad de los distribuidores de un software de intercambio de archivos P2P, argumentando que “...los demandados no almacenan, copian o difunden obra intelectual alguna sino que esta es una actividad de los usuarios se realiza de forma directa entre ellos sin que exista intermediación de las demandadas”<sup>2</sup>

Cabe preguntarse si no existe una contradicción entre las decisiones judiciales antes mencionadas. Si bien en un caso estamos frente a la prestación de un servicio (Hosting) y en el otro ante el licenciamiento de un programa de computadora, en ambos casos la actividad desarrollada por los acusados resulta funcional al accionar antijurídico de un tercero, circunstancia que, según la pretensión de la denunciante, era conocida por estos, los que obtenían un beneficio económico derivado de la omisión de control.

A los efectos de determinar esta supuesta contradicción el presente trabajo analizará dos cuestiones fundamentales. La primera es la responsabilidad legal derivada las tecnologías que habilitan la distribución de los contenidos protegidos y en segundo lugar y desde una perspectiva penal, el concepto de participación criminal y su aplicación a los servicios de hosting.

## 2 Los antecedentes en el derecho norteamericano. El caso “*Universal City Studios vs Sony Corp*”. Concepto y desarrollo posteriores

Uno de los fallos más citados al momento del análisis de esta cuestión es “*Universal City Studios vs Sony Corp*”<sup>3</sup>. En perspectiva, la importancia del fallo no puede ser desconocida, atento ser la primera vez que se analizó la responsabilidad de los fabricantes de productos que puedan ser utilizados en la comisión de una violación a la propiedad intelectual.

Los hechos en el caso se relacionan con la introducción por parte de la firma *Sony Corporation* del primer sistema casero de videgrabación, conocido con el nombre comercial de Betamax. Universal, una compañía generadora de contenidos para televisión y cine, presentó una demanda, por entender que sistema permitía la copia de material protegido por propiedad intelectual.

Sony sostuvo que el producto podía ser utilizado en una multitud de formas legales, como la copia de material de dominio público o generado por el propio usuario. Asimismo sostuvo que la copia del material protegido con el fin de poder ser visto a comodidad del usuario fuera del horario de emisión (*timeshifting*) constituía un uso protegido por la doctrina del *fair use*. En tal sentido, Sony afirmó que la existencia de dichos usos protegía el producto respecto de la responsabilidad derivada de su utilización ilícita por parte de los particulares.

En 1979, y luego de cinco semanas de proceso, el tribunal de primera instancia falló a favor de Sony, sentencia que fue revertida en la apelación en el año 1981. El fallo de Corte fue emitido tres años más

<sup>1</sup> Al respecto ver “*La libertad de expresión en internet*” columna de Eduardo Bertoni en la edición del diario La Nación del 11 de diciembre de 2011 o “*Cuando el imperio contraataca*” informe de Sofía Amendola publicado en el diario Pagina/12 el 21 de enero de 2012.

<sup>2</sup> Sentencia en autos “*Promusicae, Universal Music Spain S.A., Warner Music Spain S.A. y otros c/Soto, Pablo y otros*”, Juzgado n° 4 de en lo Comercial de Madrid, 11 de noviembre de 2011.

<sup>3</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 464 U.S. 417, 17 de enero de 1984, disponible en [https://w2.eff.org/legal/cases/betamax/betamax\\_supreme\\_ct.pdf](https://w2.eff.org/legal/cases/betamax/betamax_supreme_ct.pdf)

tarde, en el año 1984, luego de dos audiencias para escuchar los argumentos de las partes, circunstancia excepcional que habla a las claras de la complejidad de la cuestión.

Si bien es habitual que las referencias periodísticas o especializadas mencionen solamente la doctrina como algo pacífico, estudios recientes, derivados del acceso a los borradores y memorandos de los miembros de la corte, dan cuenta de la complejidad de la negociación y la falta general de consenso que, respecto del tema, existía entre los sentenciantes. Luego de numerosos borradores y cambios de postura entre los miembros, el fallo expresó dos opiniones contrapuestas, una de autoría del juez Stevens y otra en disidencia, firmada por Blackmun<sup>4</sup>.

La opinión de Stevens, adoptada finalmente por la mayoría<sup>5</sup>, apunta a negar la responsabilidad de la demandada. En tal sentido, nace de una concepción respecto de los llamados derechos intelectuales de la que claramente se deriva una interpretación restrictiva de las facultades otorgadas a sus titulares. En tal sentido ha sostenido que *“El privilegio monopólico que el congreso puede otorgar no es ilimitado ni diseñado para otorgar un beneficio privado particular”*. El objetivo primario de dar a los autores e inventores un monopolio limitado de sus creaciones no es recompensarlos por lo que han producido sino asegurar que los mismos *“otorguen un acceso razonable de su trabajo”* al público en general.

Toda legislación de propiedad intelectual es entonces *“un difícil balance entre los intereses de los autores e inventores en la explotación de sus trabajos y descubrimientos por una parte y el interés contrapuesto de la sociedad en la libre circulación de las ideas, informaciones y comercio por el otro”*<sup>6</sup>

Respecto a la responsabilidad indirecta de Sony por la comercialización del producto, Stevens plantea la aplicación de las soluciones ya establecidas por el poder legislativo para el caso de patentes de invención; limitando la responsabilidad indirecta solamente a los casos en que el producto tenga por fin específico la violación de una patente<sup>7</sup>. En el razonamiento de Stevens, el monopolio otorgado por el copyright no faculta a sus titulares a impedir la comercialización de productos que puedan ser utilizados en actividades legítimas en forma habitual.

A mayor abundamiento, la opinión de Stevens niega el carácter violatorio de la grabación privada, la que se encuentra protegida por el concepto de *fair use*. El fundamento principal es que la tecnología solamente permite posponer el consumo de un producto que fue dado en forma gratuita en primer término, por lo que no es posible argumentar la existencia de un daño en cabeza de la demandada ni beneficio comercial por parte del usuario.

El voto en disidencia del Juez Blackmun, en cambio, se basa en presupuestos diametralmente opuestos. El argumento de partida es que la legislación otorga a los titulares de derechos intelectuales la facultad de controlar en forma exclusiva la forma de reproducción de sus creaciones. Toda excepción, entre las que debe incluirse el *fair use*, debe ser de interpretación restrictiva y aun la existencia de una única copia puede configurar un acto ilícito.

La postura mayoritaria es objeto de crítica con base en una supuesta ampliación del concepto de *fair use*. En la concepción de Blackmun, no toda copia privada puede quedar exenta, sino solamente aquellas específicamente previstas, como el derecho de cita académica, las cuales contribuyen con nuevos conocimientos que permiten fundamentar la limitación del derecho. En el caso de impugnado, el objeto de la copia es el consumo de productos de entretenimiento, sobre los que no existe un interés público que habite la excepción.

En el mismo sentido Blackmun rechaza la inexistencia de daño, por entender que el demandado *“debe demostrar que no ha impedido la facultad del titular de los derechos de obtener una compensación (o negar acceso) de cualquier grupo de personas que estuvieran dispuestos a pagar para ver el trabajo protegido”*<sup>8</sup>. Si bien este mercado no existía al momento de la interposición de la demanda, Universal sostenía de un mercado potencial que consumidores de programas grabados se vería disminuido por la copia privada.

Respecto a la responsabilidad indirecta, Blackmun sostiene que no es necesario un control formal o conocimiento actual de la infracción sino que simplemente bastaría con la conciencia de la posibilidad de infracción, hecho había sido puesto de manifiesto por la propia demandada<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Respecto a la negociación y las posturas particulares de cada uno de los miembros, se recomienda la lectura de Jessica Litman, *Paradox of Sony*, 55 Case W Res, 2005

<sup>5</sup> Debe tenerse en cuenta que, al comienzo del proceso de negociación, el miembro preopinante era Blackmun, según surge de Litman, op cit.

<sup>6</sup> Párrafo 429 del texto de la sentencia

<sup>7</sup> En tal sentido la opinión de Stevens retoma la línea de pensamiento del fallo primera instancia.

<sup>8</sup> Párrafo 485 sentencia citada

<sup>9</sup> La promoción original de Sony mencionaba como argumento de venta la posibilidad de grabar dos de los programas más populares que se emitían en el mismo horario (Kojak y Columbo) para no perderse ninguno de ellos. Fuente

Como conclusión Blackmun rechaza la tesis de la mayoría respecto de limitación de responsabilidad en los casos en que se exista un sustancial uso legítimo del producto. En tal sentido, sostiene que de aceptar tal postura, se eliminaría *de facto* la responsabilidad indirecta, ya que los demandados se escudarían en cualquier uso lícito posible, con prescindencia de que el mismo sea excepcional o simplemente hipotético.

El más obvio legado del fallo es la limitación de la responsabilidad establecida para toda tecnología capaz de usos ilícitos. Sin la limitación establecida en el fallo, innovaciones como las grabadoras de discos compactos, los reproductores digitales de música o los libros electrónicos jamás hubieran sido comercializados en forma masiva.

De la misma forma, el fallo constituyó un paradigma a tener en cuenta para la propia legislación. En dos ocasiones el congreso norteamericano introdujo limitaciones en la comercialización de productos que, en primera instancia, deberían contar con la protección de la tesis del fallo mayoritario de *Sony*<sup>10</sup>.

En 1992, la ley de registros de audio hogareños, obligó a los fabricantes de grabadores de cinta digital (DAT) a incluir en cada aparato un chip de control que impidiera a los usuarios la copia sucesiva de material protegido por copyright. En tal sentido, el producto en sí permitía la existencia de una multiplicidad de usos legales que claramente lo ubicaban dentro de la protección de la doctrina de "*Sony*", tal como quedó demostrado cuando se discutió en sede judicial si esta obligación se aplicaba a los reproductores de archivos MP3, con resultado negativo<sup>11</sup>.

La segunda legislación en incluir algún tipo de limitación a la doctrina de Stevens fue la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de 1998, que limitó la posibilidad de utilización de tecnologías que permitan la evadir las medidas de protección técnica (TPM) usadas por los titulares de copyright para proteger su trabajo.

En el marco de esta ley se produjo un fallo particularmente relevante, *Universal City Studios inc. V. Reimerdes*<sup>12</sup>. Los hechos del caso pueden ser resumidos de la siguiente manera: el demandado mantenía un sitio en línea donde cubría noticias respecto a la cultura y técnicas de hackeo. En uno de sus artículos, se comentó la existencia de un programa conocido como DeCSS, que permitía eliminar las protecciones colocadas por el demandante en la edición de obras cinematográficas en formato digital. Si bien el demandado no era el autor ni distribuía el software, sí publicitó el link de descarga del mismo.

El fallo resulta interesante por dos cuestiones particulares. La primera es que modifica la interpretación de Sony respecto al uso lícito de un producto tecnológico, imponiendo una posición mucho más restrictiva. En segundo lugar, analiza la existencia de responsabilidad por la publicación de links, lo que se relaciona directamente con la hipótesis de hecho en el caso taringa.

Respecto a la responsabilidad, el fallo rechaza la aplicación de la doctrina de Sony por entender que los usos legítimos de la tecnología carecían de entidad en comparación con los ilegítimos. En particular, no da lugar al argumento de que el producto permitía la visualización de las películas en aquellos equipos que tuvieran Linux instalado. En tal sentido sostiene que "*Ni siquiera los autores del DeCSS pueden sostener que su objetivo era la creación de un reproductor con base Linux. Se ha admitido que DeCSS fue programado y corre bajo el entorno Windows –un sistema operativo mucho más popular que Linux. Los desarrolladores por tanto sabían que el DeCSS podía ser usado para descifrar y reproducir películas DVD en Windows así como en máquinas Linux. ... Por tanto la corte no puede dar crédito al testimonio del señor Johansen sobre que creó el DeCSS con el único propósito de desarrollar un reproductor Linux.*"<sup>13</sup>

Resulta claro que la interpretación subyacente es, en este caso, más restrictiva que en la opinión de Stevens. No basta con la existencia de un uso legítimo de programa o servicio sino que el mismo debe ser sustancial. La posibilidad de un uso contrario a la ley por parte de terceros, cuando el mismo pueda ser previsto por el autor, impediría la aplicación del amparo nacido de Sony.

Es asimismo interesante el análisis que realiza el fallo respecto de la responsabilidad del demandado por la publicación de los links. En este caso, la sentencia se aparta nuevamente de los antecedentes

Jessica Litman, *The Story of Sony v. Universal Studios: Mary Poppins Meets the Boston Strangler*, disponible en <http://www-personal.umich.edu/~jdlitman/papers/storyofsony.pdf>

<sup>10</sup> Al respecto ver, Pamela Samuelson, "*The generativity of Sony vs Universal: The intellectual property legacy of Justice Stevens*", *Fordham Law Review*, 2006, págs. 128.

<sup>11</sup> *Recording industry association of america v. diamond multimedia systems inc*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Junio de 1999, disponible en <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1054784.html>

<sup>12</sup> United States District Court for the Southern District of New York, agosto de 2001.- <http://www.law.uh.edu/faculty/cjoyce/copyright/release10/Universal.html> En el mismo sentido, deben mencionarse *Realnetwork Inc. c/Steambox inc.* y *321 Studios vs Metro Goldwyn Meyer Inc*, referidos en Samuelson Op cit, pag 130 y sig..

<sup>13</sup> Punto II.b.c de los considerandos del fallo citado.

jurisprudenciales que limitan la responsabilidad<sup>14</sup>, argumentando que, en el caso en cuestión, los enlaces dirigían al usuario a una página cuyo único contenido era el archivo impugnado, por lo que no podría plantearse que el autor no conocía o no tenía la intención de promover la distribución del software.

Como resultado de estos considerandos, el fallo termina condenando a los demandados, por considerar a los mismos responsables por la distribución de un software violatorio de las previsiones de DMCA. Este cambio de postura, que comienza a acercarse a las concepciones de la opinión de Blackmun, se enfatiza más en el caso del análisis de la responsabilidad de redes peer to peer (p2p).

### 3 Redes peer to peer y responsabilidad por promoción. Casos Napster y Grokster.

A diferencia de la forma tradicional de descarga de un archivo, una red peer to peer conecta directamente a los usuarios, quienes descargan un archivo que se encuentra en sus máquinas, prescindiendo de la necesidad de un servidor a cargo de una empresa donde se alojen los contenidos. Se genera entonces una red sin un punto de control central resultando muy dificultosa o antieconómica la individualización de cada uno de los infractores individuales<sup>15</sup>.

Ello derivó en una discusión respecto si los operadores del servicio, debían ser tenidos por responsables por las acciones de los usuarios. Si bien hubo antecedentes de acciones judiciales contra otras redes de distribución, como *Napster*, la corte suprema de los estados unidos recién se expidió sobre el tema en el año 2005 en el caso "*Metro Goldwyn Meyer inc. c/ Grokster LTD*"<sup>16</sup>, cuyos considerandos son digno de análisis.

Las antecedentes de hecho es la gestión por parte de los demandados de dos redes de intercambio de archivos, Morpheus de Streamcast y Gnutella propiedad de la ya referida Grokster. Tanto en primera instancia como en la apelación, la demanda de los titulares de contenido fue rechazada por entender que la actividad, al permitir la existencia de usos legítimos, se encontraba protegida por los principios expuestos en el caso Sony.

El fallo de la Suprema Corte modifica en forma sustancial los criterios de análisis. No examina la existencia de usos legítimos de las tecnologías sino que plantea la responsabilidad de las demandadas en tanto inductoras de la comisión de las infracciones por parte de terceros. Según la tesis de la sentencia, la limitación planteada por Stevens no se aplica al caso de los demandados, quienes lejos de mantener una actitud pasiva tuvieron como objetivo primordial alentar la utilización del producto por parte de los usuarios para violar los derechos de la demandante. Por tanto, existiría en el caso una responsabilidad derivada de una conducta antijurídica y culpable, volviendo el debate respecto del comercio legal o la innovación con un fin lícito simplemente abstracta.

Aceptado esto, el objeto del debate pasa por si la evidencia aportada resulta convincente respecto de una comunicación de un mensaje inductor por parte de los demandados a sus usuarios. A criterio de la totalidad de los jueces, a diferencia del fabricante y distribuidor en el caso *Sony*, existían en caso bajo análisis pruebas suficientes de que los demandados actuaron con el propósito de provocar infracciones.

El fundamento de tal afirmación nace de tres elementos básicos. En primer lugar, cada compañía reveló su deseo de satisfacer una conocida fuente de demanda de infracción al derecho de autor, el mercado compuesto entre otros, por los antiguos usuarios de Napster<sup>17</sup>. Segundo, ninguna de las compañías intentó desarrollar herramientas u otros mecanismos para filtrar o disminuir la actividad infractora. Por último, los demandados obtenían ganancias a través del envío de anuncios a las computadoras que utilizaban su programa, por lo que la ausencia de filtros, lejos de ser neutral, resultaba consecuente con su modelo de negocios, al aumentar el tráfico y por lo tanto los ingresos derivados de la publicidad.

<sup>14</sup> Al respecto ver "*DVD Copy Control Association, Inc. v. McLaughlin*", United States District Court, Superior Court of California, County of Santa Clara, enero del 2000 disponible en <http://www.linksandlaw.com/decisions-12.htm>

<sup>15</sup> Si bien podría alegarse que es posible determinar las direcciones de IP, existen fallos que niegan que las mismas tengan la capacidad de identificar una persona particular. Al respecto ver "*United states district court eastern district of new york in re bittorrent adult film order & Copyright infringement cases*", fallo del 1° de mayo de 2012.

<sup>16</sup> Fallo del 27 de Junio de 2005, disponible en su versión castellana en [http://www.derecho.uba.ar/rev\\_comunicaciones/ed007/dossier.pdf](http://www.derecho.uba.ar/rev_comunicaciones/ed007/dossier.pdf) Traducción de Nora Ines Baldacci, Griselda Perotta y Maria Pia Cassetari.

<sup>17</sup> En tal sentido el fallo del Juez preopinante, David Souter, plantea que tanto Grokster como Streamcast se publicitaron como una alternativa a la red Napster que se encontraba siendo demandada, ya sea mediante folletos publicitarios como por la inclusión de metatag en sus sitios web

El fallo puede ser visto como una solución de compromiso respecto al problema planteado por la evolución de los sistemas de distribución. Frente a la pretensión de los actores de modificar los criterios sustentados en Sony atento el aumento de los métodos de copia disponibles y la aplicación directa de tal doctrina por parte de la cámara de apelación, el superior tribunal opta por modificar el eje de discusión hacia la intención de las empresas demandadas, resolviendo la cuestión y al mismo evitando revisar los conceptos asentados.

En particular resulta poco convincente la idea de basar la responsabilidad en el hecho que las empresas involucradas en el caso sostuvieron una conducta tendiente a promocionar los usos ilegales por los usuarios. No porque no haya existido, sino porque Sony mantuvo una estrategia publicitaria similar, lo que elimina el valor diferenciador.

Autores autores<sup>18</sup> han planteado que sería la posición en el mercado de los diferentes demandados la base para la categorización de los actores. En el caso de Sony, se argumenta, una empresa ya instalada en el mercado introduce una tecnología disruptiva en perjuicio de otro sector industrial. En el caso de Grokster, la ausencia de antecedentes y el carácter advenedizo de sus administradores permitiría una calificación de la conducta de difícil aceptación en la hipótesis de Sony, aunque la materialidad de las mismas resulten muy similares. La conclusión lógica de este análisis es que el fallo Grokster constituye una valla para innovación tecnológica no ya para toda la industria sino básicamente para las empresas pequeñas y medianas.

Un análisis completo del fallo da fundamento a la idea de que el factor de atribución por parte los jueces obedece a la falta de consenso respecto a que debe considerarse la posibilidad de uso legítimo. Esa cuestión fue abordada por opiniones contrapuestas por la jueza Ruth Ginsburg (junto con los jueces William Rehnquist y Anthony Kennedy), y por la jueza Stephen Breyer (apoyada por sus colegas John Paul Stevens y Sandra Day O'Connor).

Ginsburg sostuvo que no existían pruebas de que el software de Grokster y StreamCast fuera capaz de usos legítimos, sustanciales o, por lo menos, comercialmente importantes. Así manifiesta que *“Aun cuando el número absoluto de archivos legítimos distribuidos por el software de Grokster y StreamCast es grande, no significa que los productos fueran utilizados para un uso sustancialmente legítimo y por tanto fuera inmune a reclamo. El número de copias no violatorias solo es reflejo, y se encuentra empuñecido por, el enorme número de archivos compartidos... Existe evidencia que los productos de Grokster y Streamcast eran... usados principalmente para infringir... y dicha infracción era el beneficio económico principal derivado del producto”* Como conclusión sostiene que *“...La evidencia es insuficiente para demostrar, más allá de un debate genuino, que, una perspectiva razonable que usos legítimos sustanciales pudieran desarrollarse con el tiempo.”*<sup>19</sup>

En sentido contrario, la opinión de Breyer plantea que el software de Grokster y StreamCast es capaz usos sustanciales o comercialmente significativos, toda vez que el 10% los archivos descargados sobre sus redes P2P no resultan violatorios. En tal sentido, mantiene una postura progresiva respecto de los alcances del fallo Sony, más allá de la actividad particular de los demandados en el caso: *“El estándar de sony busca proteger no solo a los Grokster del mundo (que, en todo caso también podrías ser responsables de la decisión de hoy) sino al desarrollo de la tecnología en líneas generales”*. *“Mas importante,”* sostiene, *“Sony también uso la palabra capacidad, por lo que es necesario analizar si “es capaz de” usos no violatorios sustanciales”*.<sup>20</sup>

Sin embargo, puede argumentarse que esta discusión resulta hoy superada por el razonamiento que da fundamento al fallo. Tal como han predicho algunos análisis<sup>21</sup>, la respuesta de los organismos de control de derechos de autor en los casos de tecnologías o servicios que permitan la descarga masiva de material protegido ha sido buscar la responsabilidad de los demandados por la promoción o complicidad en la actividad, antes de intentar restringir la interpretación del caso Sony.

Tal es el caso de la denuncia penal contra el sitio web Megaupload<sup>22</sup>. De una lectura del mismo pueden encontrarse los elementos básicos manifestados en Grokster para la atribución de responsabilidad: una estrategia de promoción de las actividades ilícitas mediante un programa de recompensa a los uploaders más visitados, la existencia de un beneficio económico obtenido mediante la venta de servicios Premium

<sup>18</sup> Ver Tim Wu, The Copyright Paradox, Columbia Law School Repository

<sup>19</sup> Fallo citado, voto concurrente ministro Ginsburg.

<sup>20</sup> Fallo citado, voto concurrente ministro Breyer

<sup>21</sup> Ricketson, Sam and Ginsburg, Jane C., "Inducers and Authorisers: A Comparison of the US Supreme Court's Grokster Decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling." (2006). Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers. Paper 0698. [http://lsr.nellco.org/columbia\\_pllt/0698](http://lsr.nellco.org/columbia_pllt/0698)

<sup>22</sup> Disponible en texto completo en <http://es.scribd.com/doc/78786408/Mega-Indictment>

y publicidad, así como un conocimiento directo de los archivos almacenados, los cuales serían filtrados de las listas de archivos más populares con el fin de evitar responsabilidades.

Este último antecedente, en pleno desarrollo al momento de la escritura del presente, marca un nuevo antecedente en el debate atento lo agresivo de la acción judicial, estableciendo el secuestro de todo el material y solicitando la detención y extradición de las personas involucradas en la gestión.

#### **4 El debate en los países del derecho continental europeo. La directiva 2000/31/CE del parlamento europeo.**

En el derecho continental europeo, la infracción de los derechos de autor se encuentra inserta dentro de la problemática más amplia de la responsabilidad de los proveedores de servicios por el contenido ilícito, ya sea este derivado de la infracción a la propiedad intelectual, delitos contra el honor o distribución de pornografía infantil.

El texto fundamental en tal sentido es la directiva europea 2000/31/CE que regula algunos aspectos de la sociedad de la información como el comercio electrónico. Si bien este texto, por definición, no es de ejecución directa, establece un marco regulatorio al cual los países miembros deben adherir en sus legislaciones nacionales.

Si bien esta solución de tratamiento horizontal tiene su origen en la ley alemana de 1997, el tratamiento de las excepciones y límites de la responsabilidad sigue en líneas generales lo establecido por la Digital Millennium Copyright Act<sup>23</sup>. En tal sentido, la directiva establece en su artículo 12 el principio general que los proveedores de acceso a internet carecen de responsabilidad cuando estos se limitan a ser meros transmisores de contenidos introducidos y reclamados por terceros y no interfieren con el proceso de transmisión.

Esta limitación está condicionada a la circunstancia que no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información, o bien cuando exista conocimiento, actúe con diligencia en la eliminación de los datos o su bloqueo.

En términos generales, las reglas de exclusión de responsabilidad han venido planteando dificultades de interpretación y de aplicación, agravadas en algunos casos por la diversidad de transposiciones nacionales, que no han sido todo lo homogéneas que cabía esperar.

Sin embargo, estos principios no han sido pacíficos en su interpretación o aplicación.

En primero lugar, la Directiva no define qué deba entenderse por conocimiento efectivo. Sí lo hace las legislaciones locales como el caso de la ley española, aunque en unos términos tan restrictivos que parecen difícilmente compatibles con la norma europea. En particular, el art. 16 in fine de la ley de servicios de la sociedad de la información establece que “...*Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*”. Dicha interpretación se extiende a los sistemas de búsqueda y la publicación de enlaces mediante un texto similar en el art. 17.

La primera resolución judicial que aplicó las normas de exclusión de responsabilidad de la LSSICE fue un auto de sobreseimiento provisional adoptado en unas diligencias previas por un delito de revelación de secretos contra el titular del sitio web *ajoderse.com*. Se trata del Auto de 7 de marzo de 2003 del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona. El sitio web en cuestión consistía fundamentalmente en una relación de unas pocas decenas de enlaces a sitios externos, bajo el rótulo de «Colección de links de Seca Negra». La temática común a la mayoría de materiales enlazados era información sobre cómo eludir la codificación de señales de televisión de pago. Si bien era claro que el titular de la página había seleccionado en forma voluntaria dichos enlaces, la sentencia entendió que, al no haber intimación respecto de la ilegalidad del contenido, no era posible sostener su responsabilidad<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Al respecto ver, Carlos Villalba y Delia Lipszy, *El derecho de autor en la argentina*, la Ley, 2006, pags 297-299.

<sup>24</sup> Miquel Peguera Poch, “«*Sólo sé que no sé nada (efectivamente)*»: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI”, revista de internet, derecho y política, Universidad Abierta de Cataluña, 2007.

Sin embargo, el Superior Tribunal Español ha mantenido una interpretación más amplia del criterio de conocimiento efectivo en el caso “SGAE c/Asociación de internautas”<sup>25</sup>. En este caso, la Sociedad General de Autores y Editores demandó a los titulares de un hosting por una serie de páginas y artículos publicados en sus servidores en los que se vertían opiniones difamatorias respecto de la entidad y sus miembros.

Debe tenerse en cuenta que del expediente surge que si bien los demandados tenían un conocimiento real del contenido de la publicación, no habían sido intimados por autoridad alguna, por lo que no se daban los presupuestos del art. 16 in fine.

Al condenar, el tribunal rechaza la interpretación legislativa por entender que la misma resulta incompatible con los principios de la directiva europea, aplicando una interpretación mucho más amplia. En tal sentido sostuvo que “...No es conforme a la Directiva –cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios– una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “conocimiento efectivo” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo”

Otro de los elementos que presenta dificultades de interpretación es el propio ámbito de aplicación de la norma de exclusión de responsabilidad por alojamiento de datos. En efecto, no siempre es fácil determinar si estamos ante un verdadero supuesto de alojamiento o si nos hallamos ante una actividad distinta a la que no sería de aplicación la exclusión de responsabilidad. Este tipo de cuestiones se plantea en especial en los servicios prestados por plataformas web 2.0 como eBay o YouTube, o en relación con el alojamiento de comentarios en blogs y foros.

En este sentido es de destacar la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, de 20 de septiembre de 2010, en el caso de la cadena Telecinco contra YouTube. En él que se discute si la demandada reúne los requisitos para ampararse en la exención de responsabilidad, en relación a la exhibición por parte de los usuarios de los videos protegidos por derecho de autor de la actora. En particular se debate si el titular de derechos debe identificar específicamente cada uno de los videos supuestamente infractores o si debe correr a cargo de YouTube la tarea de localizar tales videos para retirarlos de su plataforma.

El fallo<sup>26</sup> considera que debe ser el titular de derechos, en este caso Telecinco, quien debe identificar y comunicar a YouTube el material que infringe sus derechos. Recién cumplido este paso, la demandada pasa a tener conocimiento efectivo –en el sentido amplio preconizado por el Tribunal Supremo y en consecuencia debe actuar desea ampararse en la clausula de exclusión de responsabilidad.

En tal sentido, el fallo establece la ausencia de obligación de contralor por parte de la demandada del material sosteniendo que “...resulta materialmente imposible llevar a cabo un control de la totalidad de los videos que se ponen a disposición de los usuarios, porque en la actualidad hay más de 500 millones de videos....YouTube no es un proveedor de contenidos y por tanto, no tiene la obligación de controlar ex ante la ilicitud de aquellos que se alojen en su sitio web, su única obligación es precisamente colaborar con los titulares de los derechos para, una vez identificada la infracción, proceder a la inmediata retirada de los contenidos...”

Sin embargo, esta postura no es pacífica, existiendo numerosos antecedentes en los que se ha establecido la responsabilidad por los contenidos ingresados por terceros, siendo quizás el más famoso, la condena impuesta a los titulares del sitio sueco thepiratebay.org.

En el mes de enero de 2008, el fiscal de distrito de Estocolmo acusó a los titulares de la página de complicidad en la violación de contenidos protegidos por derechos de autor. El sitio en cuestión permitía a sus usuarios la carga y bajada de archivos *torrent*, necesarios para la operación de redes *peer to peer*<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Sentencia 773/2009, Tribunal Supremo, Sala Civil de fecha 9 de diciembre de 2009. Similares principios se sostuvieron meses más tarde, en el caso *Ruboskizo, SL c/ Mutua Madrileña Automovilista* (sentencia 2292/2010).

<sup>26</sup> *Gestevisión Telecinco S.A. c/ Youtube LLC* sentencia n° 289/2010 del 20 de septiembre de 2010. Citada por Miquel Peguera Poch, *Sobre la necesidad de revisar el marco legal de exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación*, publicado en Lorenzo Cotino Hueso (compilador), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*

<sup>27</sup> Un archivo torrent contiene información acerca de un archivo de destino, aunque omite datos respecto del contenido del archivo. La única información que contiene el torrent es la localización de diferentes piezas del archivo de destino. Cuando un cliente (el programa instalado en la máquina del usuario) ha iniciado una descarga, los fragmentos del archivo deseado pueden ser encontrados fácilmente, basado en la información del torrent. Una vez que todos los fragmentos son descargados, el cliente puede ensamblarlos en una forma utilizable.

Los acusados adujeron que no eran responsables penalmente por actos de complicidad, toda vez que tan sólo estaban proporcionando un servicio que podría servir tanto para usos lícitos como ilícitos. Asimismo, sostuvieron que no tenían la intención de motivar o promover los actos infractores que sus usuarios materializaban a través de sus redes.

La Corte de Distrito consideró que los acusados eran penalmente responsables, porque si bien no existía en el expediente prueba alguna respecto al conocimiento directo de los acusados respecto de las actividades de sus usuarios, resultaba un hecho evidente que en la página se descargaban obras protegidas. Frente ello, los titulares del sitio mantuvieron una actitud omisiva, evitando realizar cualquier tipo de control que pusiera en evidencia los ilícitos cometidos.

Se trataría entonces de un caso de lo que la doctrina norteamericana denomina ignorancia deliberada (*willful blindness*) en la que el sujeto activo evita intencionadamente tomar conocimiento de la conducta o el carácter ilícito de la misma. En nuestro país algunos autores como Pablo Palazzi entienden que sería de aplicación la teoría del dolo eventual, dando fundamento a la recriminación penal del caso taringa<sup>28</sup>.

## 5 La cuestión en el derecho argentino. Aplicación del instituto de la participación. El caso taringa.net

Los derechos de autor en la república argentina se rige por la ley 11723, promulgada en el año 1933. Si bien fue objeto de reformas a lo largo de sus casi ochenta años de historia, es, comparada con las legislaciones referidas en los puntos anteriores, particularmente restrictiva respecto a la excepciones y limitaciones consagradas.

En tal sentido, la ley no diferencia entre la distribución del material a título gratuito y oneroso, ni tampoco consagra la posibilidad de una copia privada, tal como hacen legislaciones como la española. La única excepción en este sentido es la facultad de realizar una copia de respaldo del material informático protegido (software y bases de datos), aunque incluso en este caso es ilícito su uso simultáneo con el original.

Desde el punto de vista penal, la ley consagra en art. 71 el delito de defraudación intelectual, consistente en ejercer una o más de las facultades del titular de los derechos, sin autorización o causal de justificación. El art. 72 tipifica una serie de conductas específicas, utilizadas habitualmente en las formas de defraudación conocidas como piratería<sup>29</sup>.

El inciso a de dicho artículo establece que se aplicará la pena prevista para el delito de estafa (un mes a seis años de prisión) a quien “... edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes”.

Este es el encuadre jurídico elegido por la justicia en su procesamiento de los responsables del sitio taringa.net. Los hechos del caso, brevemente reseñados, son los siguientes. Los imputados operaban un sitio web en el cual los usuarios podían publicar entradas o artículos. Este contenido en mucho de los casos, referían a obras protegidas por propiedad intelectual, las cuales se albergaban en servidores externos, de los que se dejaba nota de su dirección en el sitio.

En una de estas entradas una persona no identificada publicó los hipervínculos de varias obras literarias y científicas cuya titularidad correspondía a los denunciantes<sup>30</sup>. En total, la investigación plantea la responsabilidad por un total de 29 infracciones derivadas de la reproducción no autorizada de contenidos.

Si bien el caso carece de sentencia, habiéndose recién pedido la elevación a juicio, es interesante analizar la hipótesis de recriminación. En este sentido, se no entiende a los responsables del sitio como autores de la reproducción, sino como partícipes necesarios, al administrar el espacio donde los infractores se contactan. En tal sentido, la misma cámara manifiesta al ratificar el procesamiento que “... si bien los autores del hecho finalmente serían aquéllos que subieron la obra al website y los que “la bajan”, lo cierto es que el encuentro de ambos obedece a la utilización de la página ..... , siendo sus responsables al menos partícipes necesarios de la maniobra y además claros conocedores de su ilicitud”<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Carla Paola Delle Donne y Pablo A. Palazzi, *El caso “Taringa”: la responsabilidad penal de los intermediarios de Internet por infracción a los derechos de propiedad intelectual*, disponible en <http://www.palazzi.com.ar/pdf/casotaringa.pdf>

<sup>29</sup> Al respecto ver, Carlos Villalba y Delia Lipszy, *El derecho de autor en la argentina*, la Ley, 2006, pags 272 y sigs.

<sup>30</sup> Entre los denunciantes se encuentran la cámara del libro, ediciones De la Flor SRL y las editoriales jurídicas Astrea, Rubinzal Culzoni y La Ley entre otras.

<sup>31</sup> Causa N° 41.181 “www.....net y otros s/ procesamiento” Interlocutoria Sala VI del 29 de abril de 2011.

En tal sentido Righi, sostiene que el partícipe necesario presta un auxilio o cooperación sin la cual el delito no podría haberse cometido. En este sentido, plantea que la actuación del partícipe se realizará antes de la ejecución del hecho, de forma tal que si bien la actividad es imprescindible, carece de dominio del hecho, toda vez que la acción no ha comenzado.<sup>32</sup> Otros autores, como Lucio Herrera, prefieren definir la actividad no ya por el momento en la que se realiza sino por su contenido, estableciendo que el partícipe realizará una asistencia al autor pero su conducta no puede encuadrada dentro de los actos ejecutivos típicos<sup>33</sup>.

Por tanto la hipótesis de la acción penal se basa en la idea de que los responsables de la página, en forma deliberada, permitieron a sus usuarios la publicidad de contenido violatorio con el fin de la obtención de un beneficio económico en función del aumento de ingresos por publicidad.

Si bien este hecho que resulta indiferente para el tipo penal argentino, es referido en el fallo de Cámara y resulta conteste con alguno de los fallos extranjeros analizados como Grokster o Piratebay o incluso denuncias como la ya referida respecto de sitios como Megaupload o Hotfile.com.

Si resulta un elemento de juicio necesario probar el carácter doloso de la participación. En tal sentido, autores como Palazzi sostienen que estaríamos frente a un caso de dolo eventual, en el que los responsables han debido representarse el riesgo de la utilización ilegal del servicio, omitiendo los reaseguros necesarios para impedirlo y aceptando el resultado ilícito no ya como querido sino simplemente como posible<sup>34</sup>.

Esta postura, aunque razonable, no está exenta de la posibilidad de críticas.

El problema de este razonamiento es que, en realidad, todos los casos analizados en este trabajo implican, por definición, un producto o servicio con una potencialidad violatoria. La discusión entre las opiniones de Blackmun y Stevens respecto a la legalidad de la introducción de las videograbadoras gira en torno a si dicha innovación era válida aun cuando pueda ser utilizada en forma ilícita, posibilidad que era conocida por los propios demandados. La aplicación de esta línea de pensamiento hasta sus últimas consecuencias, llevaría a considerar a la comercialización de discos ópticos en blanco o la venta de insumos de maquinas fotocopiadoras como actividades en participación.

En segundo lugar, debemos preguntarnos si existe la posibilidad de controlar los contenidos y si, aun cuando este control sea técnicamente realizable, es jurídicamente admisible. En tal sentido, en el mes de febrero del corriente año, los tribunales belgas fallaron a favor de los administradores de la red social Netlog.com eximiéndolos de la colocación de filtros para el contenido subido por sus usuarios, por entender que dicha medida no solo implicaría un aumento en los costos de funcionamiento del sitio sin que al mismo tiempo afectaría los derechos fundamentales de sus usuarios, en particular su derecho a la protección de sus datos personales y la libertad de recibir y ofrecer información<sup>35</sup>.

Por último, es necesario analizar si existe la obligación del administrador del servicio en el control del contenido o si esta es una carga en cabeza del titular de la obra protegida. Resulta claro que una vez comunicada la existencia de la infracción, el proveedor de servicios debe actuar so pena de generar responsabilidad. El debate parece centrarse en si las redes sociales o los sitios de almacenamiento digital como Megaupload o Rapidshare, deben actuar proactivamente controlando el contenido antes de la denuncia. En tal sentido tal como se ha visto a lo largo del presente trabajo, las respuestas no han sido pacíficas en la doctrina como tampoco en la propia jurisprudencia.

## 6 Conclusiones

La historia de la relación entre los medios informáticos y la propiedad intelectual es un proceso de equilibrio entre dos bienes jurídicos diferentes: El derecho de los autores y empresas generadoras de contenido de percibir un beneficio económico por las obras distribuidas frente al derecho de ejercer una industria lícita por parte de las empresas tecnológicas.

La regla de Stevens respecto de la posibilidad del uso lícito de una tecnología plantea un compromiso entre estos dos derechos, con una preeminencia en beneficio de la innovación tecnológica. En

<sup>32</sup> Esteban Righi, *Derecho Penal, Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010

<sup>33</sup> Lucio Eduardo Herrera, *Las nociones de autor y partícipe en sentido estricto*, La Ley, 1980-D, pag 890 y sig.

<sup>34</sup> Carla Paola Delle Donne y Pablo A. Palazzi, op cit.

<sup>35</sup> Case C-360/10, SABAM vs Netlog NV, Corte Europea de Justicia, febrero de 2012. Sin embargo debe mencionarse que menos de un mes después un tribunal de la ciudad de Hamburgo, Alemania obligó al sitio Rapidshare a colocar un sistema similar para filtrar contenido violatorio.

contraposición la opinión de Blackmun privilegia los derechos de los autores en una interpretación sustancialmente más restrictiva de que debemos considerar lícito.

Internet como fenómeno de distribución de información generó un cambio paradigmático en la posición y necesidad de las empresas de contenidos. Por primera vez desde la introducción de la imprenta, los particulares tenían la capacidad de generar y distribuir copias a un costo ínfimo y con una calidad cercana a la original.

La respuesta del derecho a este fenómeno todavía se está desarrollando. La presencia de fallos contradictorios consignados en este trabajo, así como la discusión y rechazo de proyectos como S.O.P.A. y la tortuosa aprobación de la llamada ley Sinde dan cuenta de un sistema de derechos de autor que intenta acomodarse a una situación cambiante.

Jurisprudencialmente y a partir de los casos Grokster y Napster, aparece una tendencia a trabajar el tema desde una imputación de la responsabilidad del accionar ilícito de los administradores de los servicios. Esta estrategia ha tenido tantos éxitos como fracasos pero resulta una herramienta actual de los titulares de contenidos protegidos por propiedad intelectual. Las recientes acciones respecto de Megaupload no hacen sino confirmar que estos planteos serán más comunes, si algo, en el futuro.

La denuncia contra el sitio Taringa.net es inscribe dentro de esta visión. Es la primera aplicación de estos antecedentes y no deja de plantear interrogantes, máxime la ausencia de una legislación específica, similar a la directiva europea o la propia DMCA, que establezca una serie de principios generales mínimos para el ordenamiento interno.