Voces: PROVEEDOR DE SERVICIOS DE INTERNET ~ RESPONSABILIDAD PENAL ~ INTERNET ~ SITIO WEB ~ DERECHOS DE AUTOR ~ DELITO ~ DELITO INFORMATICO ~ INFORMATICA ~ PIRATERIA INFORMATICA ~ PROPIEDAD INTELECTUAL ~ PARTICIPE NECESARIO ~ DERECHO COMPARADO ~ JURISPRUDENCIA EXTRANJERA ~ CIENCIA Y TECNOLOGIA ~ LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ~ LEY APLICABLE ~ DIFUSION DE INFORMACION ~ REPRODUCCIONES DE GRABACIONES DISCOGRAFICAS ~ REPRODUCCION DE IMAGEN ~ REPRODUCCION DE LA OBRA ~ FOTOGRAFIA ~ USUARIO ~ HECHO DE UN TERCERO ~ PRESTACION DE SERVICIO ~ EXIMICION DE RESPONSABILIDAD ~ CALIFICACION DEL DELITO ~ DEFRAUDACION ~ ESTAFA ~ LIBERTAD DE EXPRESION

Título: Responsabilidad penal de los administradores de sitios web. El caso Taringa!

Autor: Tomeo, Fernando

Publicado en: LA LEY 01/06/2011, 01/06/2011, 8

Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI (CNCrimyCorrec)(SalaVI) ~ 2011-04-29 ~ www.taringa.net y otros

1. Introducción. 2. ¿Qué es Taringa!? 3. Hechos, argumentos de la defensa y resolución. Encuadre Legal. 4. Antecedentes extranjeros. 5. Legislación comparada. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Así como el fallo "Bandana" sentó jurisprudencia en la República Argentina e hizo camino al andar en la temática de la responsabilidad civil de los Buscadores de Internet (Google y Yahoo) por contenidos publicados por terceros (1) la resolución judicial que ahora comentamos marca jurisprudencia en una temática altamente controvertida.

El "caso Taringa!" ha revolucionado el mundo de Internet en Argentina, ha generado fuertes reacciones en sus usuarios y seguidores (2) y podrá generar importantes consecuencias económicas para este sitio web ya que las acciones de daños y perjuicios están latentes.

La esencia del fallo que será considerada por nuestra justicia criminal en un futuro juicio oral será, nada más y nada menos, la responsabilidad penal de los administradores del sitio por la publicación, carga-linkeo y descarga por parte de terceros de contenidos que están protegidos por derechos de propiedad intelectual, utilizando como vehículo o plataforma a la página web www.taringa.net.

Todos conocemos el debate que se ha generado en el planeta sobre el proyecto "Google Books" (que persigue la digitalización de la bibliografía universal) como así también sobre la denominada "piratería de contenidos" en la Web. (3)

Y el debate es lógico simplemente porque atrás del mismo hay muchos intereses en juego de grandes corporaciones, editoriales, autores y plataformas web, todos ellos de la mano de miles de millones de dólares.

Por lo tanto el "el caso Taringa!" que podría parecer uno más, no lo es, ya que plantea un escenario pantanoso para el futuro libre intercambio de información en Internet que permite a sus usuarios compartir y reproducir material protegido por derechos de autor sin su consentimiento.

Este artículo tiene por objeto comentar el fallo mencionado y poner el tema sobre la mesa de debate mencionando algunos antecedentes extranjeros y legislación comparada con la finalidad de formar criterios lógicos y conceptos que respalden la elaboración de una legislación sobre la materia que, sin duda, hace falta.

Tal como hemos repetido varias veces con otros autores, es evidente la necesidad de legislar en nuestro país sobre los actores de la web, esto es, sobre los Proveedores de Servicios de Internet (ISP), sobre el anonimato en la Red, sobre la "memoria digital", el Bulling, Cyberbullyng, Sexting, usurpación de identidad digital y otros tantos institutos de las nuevas tecnologías que requieren soluciones inmediatas e integrales, (4)

Pero como ley especial no existe, los miembros del Tribunal oral que han de resolver el "caso Taringa!" tendrán que aplicar el Código Penal y una antigua ley de propiedad intelectual acompañada de algunos tratados internacionales aprobados por nuestro país. (5)

2. ¿Qué es Taringa!?

A los efectos prácticos a continuación hemos de eliminar de la denominación "Taringa!" el signo de exclamación, denominando a esta compañía únicamente como "Taringa".

Antes de considerar los hechos y los fundamentos de la resolución judicial en cuestión corresponde hacer algunas consideraciones generales en relación al sitio web www.taringa.net

Taringa es una comunidad virtual de origen argentino en la cual los usuarios pueden compartir todo tipo de información por medio de mensajes (posts) a través de un sistema colaborativo de interacción. Fue creada el 11

© Thomson La Ley

de enero de 2004 por Fernando Sanz (estudiante porteño de secundaria) y en noviembre de 2006 fue adquirida por los hermanos Matías y Hernán Botbol.

En este sitio web los usuarios registrados comparten noticias, información 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. En base a ello se elaboran rankings semanales de los posts y usuarios.

En otras palabras Taringa constituye un sitio web o plataforma digital que permite a los usuarios compartir contenidos creados en forma directa o enlaces que pueden contener diferentes tipos de archivos, como juegos, vídeos, noticias y programas, entre otros. Muchas veces, el material o contenido compartido, esta protegido por derechos de autor.

Taringa alberga los enlaces al material "subido" por los usuarios registrados en la página web y pone a disposición de los mismos una aplicación que permite denunciar los contenidos que infrinjan derechos de propiedad intelectual o derechos personalísimos para su monitoreo y eventual eliminación. (6)

3. Hechos, argumentos de la defensa y resolución. Encuadre legal

3.1. Hechos

El 29 de abril de 2011 la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en Criminal y Correccional confirmó el procesamiento de dos directivos de Taringa como partícipes necesarios del delito previsto en el artículo 72 inciso "a" de la ley 11.723 (cometido en 29 oportunidades). También confirmó el embargo dispuesto por el juez de grado sobre su dinero y/o bienes hasta alcanzar la suma de $200.000 (pesos doscientos mil).

Según reza el fallo comentado se imputó a los dos procesados Matías y Hernán Botbol, en su carácter de propietarios de la firma "Wiroos S.R.L." que contrata el servicio de hosting del portal web www.taringa.net, ofrecer a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos cuyo contenido se encuentra protegido por derechos de autor, garantizando con ello la reproducción ilícita del material.

Al respecto agregó el Tribunal que "...el funcionamiento como biblioteca de hipervínculos justifica la existencia de la página que tiene un ingreso masivo de usuarios, mediante el cual percibe un rédito económico con la venta de publicidad, la que en el negocio informático se abarata o encarece en función de la mayor cantidad de visitas que recibe..." agregando que ello "....ha permitido que personas, aún no identificadas, publicaran links para descargar ilegítimamente las obras descriptas por los denunciantes... sin que la maniobra fuera evitada por la administración del sitio de los imputados, facilitando con ello las copias cuestionadas..".

3.2. Argumentos de la defensa

Los argumentos vertidos por la defensa, según reza el fallo analizado, fueron brevemente los siguientes:

a) que la conducta de los imputados no encuadraba en el tipo del artículo 72 inciso "a" de la Ley 11.723, pues no realizaron ninguna de las acciones prohibidas: editar, vender o reproducir por cualquier medio una obra protegida;

b) que los imputados nunca tuvieron la intención de ofrecer una herramienta multiplicadora de obras (ausencia de dolo);

c) que no existía ninguna referencia, publicidad, mensaje explícito o implícito en Taringa que importare ofrecer un lugar para la divulgación de títulos;

d) que no se había acreditado que los imputados hubieran desplegado una acción comisiva de las requeridas por la citada norma;

e) que la actividad de Taringa consiste en mantener activa la página en Internet que no aloja obras intelectuales en violación a la propiedad intelectual y que los hipervínculos que direccionan a los sitios de descarga son colocados en www.taringa.net por los usuarios que allí se registran, que son aproximadamente veinte mil por día;

f) que si bien el juez de instrucción había considerado que Taringa favorecía la publicación de las obras tuteladas por la ley de propiedad intelectual, porque el sistema de control era ineficaz, ello implicaba un desconocimiento por parte del magistrado del mecanismo de protección de derechos, pues ni siquiera había consultado la pestaña de "denuncias" que posee el sitio web;

g) que la circunstancia de que los imputados conozcan la posibilidad de que terceros afecten derechos de autor no significaba que tuvieren la voluntad de alentarlos;

h) que a los imputados les resultaba imposible determinar el contenido de las cargas y establecer si violaban o no derechos de autor cuando diariamente, en promedio, se realizan veinte mil "post" y no contaban con la posibilidad de verificarlo en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual y

i) que para asignarles a los imputados el rol de partícipes necesarios debía tenerse por acreditado un acuerdo

© Thomson La Ley

previo de voluntades para efectuar un aporte a la ejecución del hecho, lo que no se daba en el caso de autos.

3.3. La resolución

La resolución adoptada por la sala VI del la Cámara del Crimen se sustentó con particular énfasis en dos argumentos. Los jueces sostuvieron:

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

b) 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 Taringa, siendo sus responsables al menos partícipes necesarios de la maniobra y además claros conocedores de su ilicitud. A ello agregaron que el convenio que exhibían los imputados para eximirse de responsabilidad no podía ser tenido en cuenta a tales fines y efectos.

3.4 Encuadre legal

La Cámara del Crimen consideró a los directivos de Taringa partícipes necesarios del delito previsto en el artículo 72 inciso a) de la ley 11.723 (Adla, 1920-1940, 443)

Al respecto el artículo 71 de la referida normativa establece que será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal (tipo penal de la estafa con una pena de hasta seis años de prisión) el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce la ley.

Por su parte el artículo 72 de la misma ley agrega que sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación (y sufrirán la pena correspondiente): inc a) al que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes.

Finalmente el artículo 45 del Código Penal considera participes necesarios a aquellos que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse. En otras palabras, la participación necesaria implica que los hechos no se hubieran cometido sin la participación de quienes lo facilitaron.

Todos estos extremos deberán ser merituados por el Tribunal Oral que intervendrá en esta causa.

4. Antecedentes extranjeros

A continuación hemos de describir algunos antecedentes jurisprudenciales extranjeros vinculados a la temática que trata el fallo que comentamos. De los precedentes que se mencionan surge que no existen criterios unívocos ante situaciones similares.

4.1. El caso RIAA (Recording Industry Association of America) vs. Napster

Napster Inc desarrolló el primer sistema o programa peer-to-peer (P2P) que permitía a sus usuarios conectarse entre si e intercambiar música en formato MP3 en forma gratuita, sin pagar suma alguna a los titulares de derechos de autor.

Fue fundada por Fanning Shawn, un joven de 18 años, que empezó su carrera en la empresa de videojuegos de su tío y comenzó a funcionar el primero de junio de 1999. Los problemas comenzaron cuando millones de internautas se conectaban diariamente y bajaban archivos musicales por volúmenes considerables (Ej: en el mes de febrero de 2001 existieron aproximadamente 12.000 millones de descargas).

Esta situación alertó a las Compañías Discográficas que al verse imposibilitadas de demandar a los millones de internautas que diariamente se conectaban promovieron una demanda de daños y perjuicios contra Napster como responsable indirecto de la violación de derechos de propiedad intelectual.

El 7 de diciembre de 1999 la Asociación de la Industria Discográfica de Estados Unidos (RIAA) demandó a Napster ante un Tribunal Federal de San Francisco por violación de derechos de propiedad intelectual.

La actora sostuvo que Napster había creado y estaba operando un centro de piratería digital sin precedentes y que los usuarios de Napster reproducían y distribuían obras musicales utilizando su programa en una fragante violación de derechos de autor.

El 26 de julio de 2000 la Juez Marilyn Patel hizo lugar a la demanda de RIAA y prohibió a Napster facilitar de cualquier modo el copiado, descarga, carga o transmisión de composiciones musicales protegidas por derechos de autor.

El 12 de febrero de 2001 la Corte de Apelaciones de San Francisco condenó a Napster al pago de una indemnización de U$S 5 millones y le ordenó bloquear o finalizar cualquier tipo de distribución gratuita de los archivos mp3 protegidos por derechos de autor.

En la sentencia se consideró a Napster responsable indirecto por la violación de derechos de autor, ya que

© Thomson La Ley

disponía de los medios técnicos para que miles de personas violaran las leyes de copyright.

4.2. El caso Pirate Bay

En enero del 2008 el Fiscal de Distrito de Estocolmo acusó a Fredrik Neij, Gottfrid Swatholm Warg, Peter Sunde Kolmisoppi y Carl Lundström por complicidad en la violación de la normativa Sueca referente a la protección de derechos de autor. El Fiscal consideró que los acusados eran responsables penalmente por la operación de su servicio de intercambio de archivos (Pirate Bay) teniendo en cuenta que a través del mismo ayudaron a otras personas a transferir y reproducir archivos que contenían ciertas grabaciones de sonidos, películas y software de juegos para computadores protegidos por derechos de autor.

Según el Fiscal del Distrito los acusados, a través del servicio de intercambio de archivos que prestaban: i) proporcionaban a otras personas la oportunidad de cargar o subir (upload) archivos; ii) proveían a otras personas de una base de datos vinculados a un catálogo de archivos; iii) proporcionaban la oportunidad a otras personas para que buscaran archivos para una futura descarga y iv) proveían toda la funcionalidad del sistema.

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. De igual forma, sostuvieron que no tenían ni el conocimiento ni la intención de motivar, incitar, facilitar o promover los actos infractores al derecho de autor que sus usuarios materializaban a través de sus redes y sistemas.

La Corte de Distrito consideró que los acusados eran cómplices de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual, pues aunque no constaba en el expediente una prueba directa que demostrara el grado de conocimiento que éstos tenían de las actividades infractoras que se cometían gracias a la estructura tecnológica de su sitio web, a los acusados les debía ser obvio que el sitio web contenía archivos que se relacionaban con obras protegidas por derechos de autor. A pesar de lo anterior, agregó la Corte, ninguno de ellos tomó las acciones necesarias para remover de su sistema los archivos que se ponían a disposición del público en general de manera ilícita, sin importarles el hecho de impulsar y animar - por medio de estructurar todo un sistema operativo y funcional dentro de su Sitio Web Pirate Bay y su rastreador (tracker) - las actividades infractoras que terceros cometían a derechos de propiedad intelectual.

En conclusión la Corte de Distrito de Estocolmo sostuvo que los acusados conocían que las obras protegidas por derechos de autor estaban disponibles en el Sitio web "Pirate Bay" y deliberadamente eligieron ignorar este hecho, lo cual determinaba su complicidad en el delito que ellos conocían que se podía materializar con el servicio prestado por el sitio web mencionado.

En el mes de abril de 2009 los acusados fueron condenados a la pena de un año de prisión y a pagar 30 millones de coronas (2.7 millones de euros) por daños y perjuicios causados a la industria del cine y de la música por violación a la ley de propiedad intelectual.

4.3. El caso IINet

El jueves 4 de febrero de 2010 el juez australiano Dennis Antill Cowdroy rechazó la acción promovida por 34 productoras cinematográficas internacionales que demandaron a la compañía iiNet por violación a derechos de propiedad intelectual al permitir a sus usuarios realizar descargas ilegales de películas.

Los estudios cinematográficos sostuvieron que desde junio de 2008 hasta agosto de 2009, miles de usuarios de iiNet obtuvieron copias ilícitas de casi cien películas y series de televisión tales como "El caballero oscuro", "Transformers" y "Heroes" y que iiNet debia responder por no haber tomado ninguna medida para impedir que sus sistemas fueran empleados para transmitir y almacenar las copias ilegales.

Entre los actores se encuentran las compañías de mayor reconocimiento mundial en la industria del cine tales como Universal Pictures, Warner Bros, Paramount Pictures, Sony Pictures Entertainment, 20th Century Fox y Disney.

iiNet es una compañía líder en el mercado mundial de productos de acceso a Internet (Internet Service Provider), empleando a más de 1300 personas en Perth, Sydney, Auckland y Ciudad del Cabo.

El juez Federal argumentó, en un fallo que supera las 200 páginas, que si bien iiNet no tomó ninguna medida para detener la actividad de los "piratas", ello no implicaba la comisión de un delito, ya que las pruebas colectadas acreditaban que la compañía sólo ofrecía a sus usuarios un servicio de acceso a Internet, careciendo de medios para hacer cumplir la ley e impedir las descargas ilegales.

Asimismo sostuvo que resultaba "imposible" hacer responsable al ISP y que si bien la descarga ilegal de archivos en Internet es un problema de indudable importancia no era viable actuar contra el ISP "sólo porque hay que hacer algo para solucionarlo".

Resumiendo el extenso fallo, la conclusión más importante es que el juez consideró que iiNet no autorizó la violación a los derechos de propiedad intelectual que cometían sus usuarios y que estaba amparada por las exenciones de responsabilidad previstas en la ley (los safe harbours de la ley australiana tomados de la ley

© Thomson La Ley

americana que mencionaremos en el capítulo siguiente), porque, de acuerdo con él, habría diseñado e implementado razonablemente una política de "repeat infringer" para sus usuarios que implicaba la terminación del contrato para los infractores reincidentes.

4.4. El caso "Gestevision Telecinco S.A. y Telecinco Cinema S.A.U. c. YouTube LLC s infracción a derechos de propiedad intelectual"

En relación a YouTube, el 20 de septiembre de 2010 el Dr. Andrés Sánchez Magro a cargo del Juzgado Mercantil 7 de Madrid dictó un importante fallo en la materia eximiendo de responsabilidad a YouTube por videos "colgados" por terceros que infrinjan derechos de propiedad intelectual (los denominados "videos piratas").

La sentencia fue dictada en la causa caratulada "Gestevision Telecinco S.A. y Telecinco Cinema S.A.U. c. YouTube LLC s/infracción a derechos de propiedad intelectual" (expte. 289/2010), promovida por la cadena española de televisión "Telecinco" que accionó judicialmente contra YouTube como consecuencia de distintos contenidos publicados por internautas que habrían sido "pirateados" al canal.

YouTube ganó la pulseada cuando el juez interviniente sostuvo 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...".

5. Legislación comparada

Ya hemos mencionado que en nuestro país la responsabilidad de los actores de la web, esto es de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP), no se encuentra particularmente legislada, por lo que resulta de aplicación a los casos que se presentan las normas de derecho común.

En otros países las soluciones legislativas son diversas y si bien ya las hemos mencionado en otras publicaciones, a continuación realizamos una breve síntesis de algunas de dichas legislaciones.

En los Estados Unidos la sección 230 (c) 1) de la Communications Decency Act (Ley de Decencia en las Comunicaciones) del año 1996 estableció como regla general que los diferentes proveedores y usuarios de servicios informáticos interactivos son inmunes a las demandas de responsabilidad por contenidos publicados por terceros.

Para los asuntos relacionados con la Propiedad Intelectual la "Digital Millenium Copyright Act" (DMCA) del año 1998 establece reglas propias para cada especie de proveedor de servicios de Internet (ISP).

El art. 512 de la DMCA establece los denominados "safe harbors" (puertos seguros), es decir, cuatro supuestos en los cuales las actividades de los proveedores de servicios de Internet quedan exentos de la obligación de reparar los daños ocasionados como consecuencia de las infracciones a los derechos de la Propiedad intelectual concretadas por terceros.

Esas situaciones son: a) la mera transmisión de contenidos (transitory digital network Communications), b) el almacenamiento temporal en catching (system catching), c) el alojamiento de datos o "hosting" de sitios o páginas web de terceros, (information residing on systems or networks at direction of users), d) el uso de herramientas de localización de información (motores de búsqueda) incluyendo directorios, referencias y enlaces de hipertexto (information location tools). En relación con cada una de estas actividades se establecen las condiciones que deben cumplir los ISP para poder sustraerse a la obligación de reparar los daños ocasionados por infracciones a derechos de Propiedad Intelectual por terceros.

Se establece asimismo un procedimiento de notificación de las infracciones, denominado "notice and takedown", expresión que significa quitar (takedown) de Internet los contenidos que se denuncia que están en infracción luego de recibida la notificación pertinente (notice). Al recibir esta notificación el ISP debe actuar rápidamente para suprimir el contenido o bloquear el acceso a este. De no actuar en la forma indicada podrá ser considerado responsable por la infracción. En relación con el mencionado procedimiento la ley estableció un dispositivo que tiene por objeto inhibir la eventual conducta maliciosa de terceros que requieran injustamente el bloqueo de informaciones legítimas responsabilizándolos por los daños causados al proveedor de contenidos, proveedor de almacenaje y al titular de los derechos de la Propiedad Intelectual. En conjunto con tal dispositivo la mencionada ley exonera de responsabilidad a los ISP que bloqueen el acceso a información supuestamente ilegal independientemente de que posteriormente sea considerada lícita o ilícita. El art. 512 (h) de la norma establece un importante dispositivo mediante el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual puede obtener una citación judicial (subpoena) que ordene a un ISP a suministrar los datos necesarios para identificar a un supuesto infractor; este procedimiento cobra relevancia ya que permite responsabilizar al verdadero autor del

© Thomson La Ley

ilícito. Finalmente, estipula el artículo 512(m) que un ISP no tiene el deber de monitorear o investigar efectivamente actividades infractoras en su servicio a fin de poder ampararse en las limitaciones de responsabilidad (safe harbors) previstas en dicha normativa. (7)

En Europa la Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa define al prestador de servicios de la sociedad de información como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de información y los exime de responsabilidad por contenidos publicados por terceros en la medida en que: a) no hayan originado ellos mismos la transmisión; b) no seleccionen el destinatario de la transmisión y c) no seleccionen ni modifiquen los datos transmitidos (art. 12).

El art. 15 consagra el principio de "ausencia de obligación general de vigilancia" que exime al proveedor del deber de monitorear los datos que transmita o almacene y de la obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas respecto de los servicios que presta. Aunque aclara que lo expuesto no afecta la posibilidad de una Corte o Tribunal administrativo requiera al proveedor del servicio que prevenga y dé fin a una infracción.

Asimismo la ley 34/2002 española de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) regula el régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y en su artículo 17 adopta un criterio de exoneración de responsabilidad siempre que los ISP no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

La ley requiere el conocimiento efectivo condicionado por la existencia de un órgano competente que debe haber declarado la ilicitud de los datos.

Ya hemos efectuado consideraciones sobre los aspectos de la legislación extranjera aplicable a los ISP y sobre el concepto de "conocimiento efectivo" en particular (8) aunque corresponde agregar que en la actualidad aparece en vías de ejecución un proceso que tiende a regular la neutralidad y la libertad en la web como así también la consecuente actividad de los ISP.

Por ejemplo, luego de varios meses de conflicto y debate parlamentario, el 15 de febrero de 2011 el Congreso Español aprobó la 'Ley Sinde', perteneciente a la Ley de Economía Sostenible (LES), por 323 votos a favor, 19 en contra y una abstención.

El nombre de la ley se inspira en la ministra Ángeles González-Sinde, quien ha sido duramente criticada por gran parte de la población española y por cientos de internautas que consideran que la ley que aparece como "garantista" en realidad crea un procedimiento y un órgano administrativo que define discrecionalmente si el contenido de una página web es lícito o ilícito (esto es, si viola o no derechos de propiedad intelectual) mientras que la figura del juez sólo aparece para la ejecución de las decisiones administrativas.

La norma permite el bloqueo o cierre de páginas web donde se puedan descargar contenidos protegidos por derechos de autor. A tales efectos se crea una Comisión de Propiedad Intelectual (órgano administrativo) que actuará como mediador o árbitro en los conflictos vinculados a derechos de propiedad intelectual en Internet. La reglamentación de la ley todavía no ha sido aprobada y el debate continúa entre asociaciones protectoras de derechos de autor, reconocidos cantautores como Alejandro Sanz y asociaciones defensoras de internautas.

En el Reino Unido se habla de un posible acuerdo entre la industria del entretenimiento y los ISP mediante el cual se proporcionaría a los ISP listados de alojamiento de material que vulnera derechos de autor para su moderación.

En Holanda, Colombia, Australia y Nueva Zelanda existen distintos proyectos que prometen la aplicación de sanciones (multas importantes) y baja de servicios a todos aquellos que violenten derechos de autor subiendo o bajando contenidos on line.

En la República Argentina se presentó en el mes de febrero pasado un nuevo proyecto de ley (el "Proyecto Pinedo") que tiene por objeto regular la actividad de los ISP, cuyos alcances ya hemos analizado con particular atención. (9)

En conclusión gran parte de la legislación comparada se encuentra en proceso de ajuste o de cambios mientras que otros países esperan el nacimiento de un marco legal para estas problemáticas. Nuestro país es uno de los que espera.

6. Conclusiones

No es objeto de este artículo expedirnos sobre la responsabilidad civil de sitios web como Taringa por contenidos (posteos o links) publicados por terceros tema que expresamente he tratado en otras publicaciones respecto de los Buscadores de Internet y las Redes Sociales. (10) La cuestión, por ahora, es estrictamente penal.

Teniendo en cuenta lo expuesto me permitiré ensayar algún comentario partiendo de la resolución judicial que hemos analizado.

© Thomson La Ley

Uno de los argumentos vertidos por la defensa fue que a los imputados les resultaba imposible determinar el contenido de las cargas y establecer si violaban o no derechos de autor cuando diariamente, en promedio, se realizan veinte mil "post" (publicaciones) y no contaban con la posibilidad de verificarlo en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual. Este argumento es congruente con la ausencia de la obligación general de monitorear contenidos que consagran legislaciones extranjeras para los ISP como así también de efectuar una moderación ex ante.

Sin perjuicio de ello, de la sustancia del fallo y según lo expuesto por los jueces surge que Taringa, por su particular configuración técnica facilita la carga, descarga e intercambio de contenidos protegidos por derechos de autor, proporcionando la tecnología necesaria para que se consume el ilícito. Por ello, según la resolución que comentamos, los dueños del sitio operarían, con fines de lucro y en forma organizada, como partícipes necesarios de la maniobra desplegada por sus usuarios, ya que conocen - por su especialidad, por la labor que les es propia y porque son los creadores del "vehículo informático" - que los usuarios del portal pueden ejecutar tales acciones. Y si bien la decisión de cargar y descargar contenidos ilegales es de los usuarios también es cierto que ello no se podría concretar si un espacio o vehiculo que así lo permita.

La resolución comentada pone a descubierto la figura del "facilitador" (contributory infringement) de acceso a contenidos por los cuales "no se paga" sobre la cual se han expedido algunos colegas y amigos americanos en particular al tratar el tema de los "safe harbours", esto es, de los "puertos seguros" que garantizan inmunidad a los ISP; de la "infracción coadyuvante" (contributory infringement) y de la responsabilidad indirecta (vicarious liability) por la difusión no autorizada de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual. (11)

Al respecto entiendo que si los dueños de Taringa conocen que los usuarios del portal pueden cargar o descargar contenidos protegidos por derechos de autor (hecho conocido por todos) no hay duda que deben dar de baja o bloquear el contenido ilegal una vez que toman conocimiento efectivo de su existencia. Para ello han establecido un sistema de denuncias de contenidos que según el juez de grado es ineficaz. En este aspecto se requiere del sitio un obrar leal, de buena fe y con la diligencia de un buen hombre de negocios. (12)

Como ya he manifestado en otros casos concuerdo con la postura de distinguida doctrina que sostiene que: "...No cabe hesitación en compartir la postura de que ante un material ostensiblemente dañoso, reclamada su eliminación por el sujeto damnificado, el proveedor debe actuar, y –"a priori"- de ser técnicamente posible, acoger preventivamente esa petición..." y que "...Resulta inhesitable que la conducta exigible al proveedor de servicios de Internet es obrar, actuar y comportarse con la diligencia debida, apoyada en la razonabilidad —como standard valorativo—, diligencia más acentuada por ser la beneficiaria económica de las prestaciones y lucrar —directa o indirectamente— con el acceso a consumidor en muchas mejores condiciones técnicas fácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto...". (13)

Asimismo y ante la proliferación de las acciones de violación de derechos de autor aparece necesario reforzar el sistema de denuncias y las políticas de seguridad y control de contenidos incluyendo desde llamados de atención a los usuarios hasta el corte definitivo del servicio tal como están ensayando otros países y sin perjuicio de una acción judicial posterior. Tampoco debe descartarse la posibilidad de implementar sistemas de filtros.

Finalmente algunos autores o colegas también sostienen que la resolución del "caso Taringa" pone en peligro la libertad de expresión, la libertad en Internet y el libre tráfico de información on line.

No existe duda que la libertad de expresión es un derecho fundamental consagrado por el artículo 14 de la Constitución Nacional cuando expresa que todos los habitantes gozan del derecho de publicar sus ideas por la prensa, sin censura previa y por el art. 32 de la misma ley fundamental que impone al Congreso Federal la obligación de no dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta.

Empero, como todo derecho, debe ejercerse en forma razonable, regular y no abusiva, ya que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, considerándose tal, al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (conf. art. 1071 del Código Civil).

En este sentido nuestro máximo Tribunal ha sostenido en distintos casos que la libertad de expresión es un derecho que es absoluto tan solo desde la perspectiva de que no puede someterse a censura previa, pero su ejercicio puede generar responsabilidad en caso de abuso ("Ponzetti de Balbín c. La Razón", LA LEY, 2000-C, 1244); es decir, aquel reconocimiento no implica impunidad frente a la violación de la ley de propiedad intelectual y mucho menos, por la comisión de un delito.

Serán los jueces entonces quienes deberán determinar si el derecho a la libre expresión ejercido por los usuarios de Taringa al postear o linkear contenidos protegidos por derechos de autor constituye una expresión libre bajo el amparo constitucional o si deviene en la violación de la ley y la comisión de un delito como así también si la conducta de sus dueños encuadra en el tipo del art. 72 inciso a) de la ley 11.723; si existió dolo (en

© Thomson La Ley

alguna de sus acepciones directo o eventual) y si puede finalmente considerárselos partícipes necesarios del delito en cuestión.

En definitiva, reitero, serán los jueces quienes deberán "decir el derecho" del "caso Taringa" bajo la pauta de que un Estado de Derecho requiere que las leyes se cumplan.

El "caso Taringa" acaba de empezar y el debate está planteado. Veremos qué soluciones arroja nuestra jurisprudencia mientras esperamos una legislación ajustada a la nueva realidad virtual que viven millones de personas en el planeta.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) Vid sentencia de fecha 29 de julio de 2009 dictada en los autos caratulados "Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/daños y perjuicios" por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil número 75 y Fallo de la segunda instancia: CNCiv., sala D, 10-8-2010.

(2) Según se ha difundido en distintos medios varios usuarios de Internet del mundo preparan un ataque contra los denunciantes del caso Taringa! Los internautas, englobados en el grupo de hackers denominado "Anonymous", han manifestado que atacarán a La Cámara Argentina del Libro y a las Editoriales Astrea, La Ley, Rubinzal y Asociados, Ediciones de la Flor S.R.L., Ediciones La Rocca S.R.L., Editorial Universidad S.R.L. y Gradi S.A. Los ataques fueron anunciados por este grupo para el 22 de mayo de 2011 a las 22 horas, ya que consideran que la "integridad de Internet como medio de expresión libre estará en peligro" al sentarse jurisprudencia en contra de los sitios que comparten links de descarga. Parte de las amenazas se han concretado, como fue el caso de la página de "Ediciones La Flor" que sufrió la modificación de su portada con el mensaje sobre la Operación Taringa!. Cabe aclarar que el grupo denominado "Anonymous" no es un rejunte de personas fijas, sino usuarios que se unen en ciber protestas vinculadas a la libertad de información. El video correspondiente puede encontrarse: http://web1.taringa.net/posts/hazlo-tu-mismo/10705123/Los-hackers-de-Anonymous-prometen-atacar.html. Según informó el Diario Clarín en nota impresa en el ejemplar del 25 de mayo de 2011 grupos que militan contra los derechos de autor atacaron sitios de Editoriales y del Estado. Algunos atacantes relacionan estas acciones con el juicio que algunas editoriales tienen contra Taringa.net.

(3) Vid TOMEO, Fernando: "La justicia americana puso freno al proyecto Google Books"; La Ley Actualidad, 16 de mayo de 2011; TOMEO, Fernando: "YouTube no responde por videos piratas", La Ley Online, 10-9-2010 y ELEISEGUI, Patricio, "Cuevana. TV ya es furor y renueva la discusión sobre si es legal ver cine y bajar películas desde Internet", publicado en Iprofesional el 23 de mayo de 2011, Sección Legales.

(4) Vid TOMEO, Fernando, "Responsabilidad Civil de Buscadores de Internet", LA LEY, 2010-E, 108; CASTRILLO, Carlos, "Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet", La Ley Actualidad, 11-01-2010, ps. 1/3; BORDA, Guillermo (h.), "La responsabilidad de los buscadores de Internet", JA, 2010-II del 9-6-2010; FELDTEIN de CARDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B., "Internet, comercio electrónico y derecho a la intimidad: un avance de los tribunales argentinos", elDial.com; FRENE, Lisandro, "Responsabilidad de los Buscadores" de Internet", LA LEY, 2009-F, 1219; GINI, Santiago Luis, "Internet, buscadores de sitios web y libertad de expresión", La Ley Actualidad, 23-10-08; GRANERO, Horacio R., "¿Existe un nuevo concepto de daño? (la responsabilidad actual del Derecho Civil)", elDial.com Suplemento de Derecho de la Alta Tecnología; THOMSON, Federico, "Daños causados a través de buscadores de Internet", LA LEY, 2010-B, 448; TOMEO, Fernando, "La protección de la imagen y la reputación corporativa en la Web 2.0", La Ley Actualidad, el 2-2-2010, p. 1; UZAL, María Elsa, "Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet", ED, 208-719; VANINETTI, Hugo Alfredo, "La responsabilidad civil de los buscadores en Internet. Afectación de los derechos personalísimos. Supuestos para analizar", ED, sup. del 16-06-10, Nº 12.525; TOMEO, Fernando, "La responsabilidad Civil en la actividad informática", RCyS, 2010-111, TOMEO, Fernando, "Las Redes Sociales y su Régimen de Responsabilidad Civil", LA LEY, 2010-C,1025 ; TOMEO, Fernando, "¿Qué responsabilidad les cabe a Facebook y Twitter por lo que se publica en sus páginas?", publicado en Iprofesional el 27 de octubre de 2010; MALAUREILLE PELTZER, Facundo, "Responsabilidad de los Buscadores de Internet. Una deuda pendiente", RCyC, 2011-II, 82 y TOMEO, Fernando, "Las relaciones de consumo web 2.0 y el consumidor Social Media", Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia", Año 1-2010-1, p. 75-93, entre otros.

(5) La Ley 11.723 regula el régimen Legal de la Propiedad Intelectual en nuestro país. Fue promulgada por el poder legislativo de la República Argentina el 28 de septiembre de 1933 y modificada por Ley 25.036, sancionada el 14 de octubre de 1998. Esta ley se complementa con la aplicación de la Convención de Berna, esto es, del Tratado internacional sobre la protección de los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas. Su primer texto fue firmado el 9 de septiembre de 1886, en Berna, Suiza. Ha sido completado y revisado en varias ocasiones, siendo enmendado por última vez el 28 de septiembre de 1979. La Convención de Berna se

© Thomson La Ley

apoya en tres principios básicos y contiene una serie de disposiciones que determinan la protección mínima de obras literarias y artísticas que se concede al autor, además de las disposiciones especiales disponibles para los países en desarrollo que tuvieran interés en aplicarlos. A junio de 2009, 164 estados son partes del Convenio. Finalmente la Ley 25.140 aprueba el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, otorgándoles a dichas normas recepción en nuestra legislación (fuente Wikipedia).

(6) Los términos de Taringa! para la denuncia de contenidos que violentan derechos personalísimos o de propiedad intelectual son los siguientes: "En el supuesto que cualquier persona deseare formular un reclamo, queja o sugerencia en relación a los servicios provistos por Taringa!, podrá recurrir al presente Mecanismo de Denuncias. 1. Uso del Mecanismo de Denuncias. Este sistema consiste en un canal de comunicación directa con Taringa!, destinado a una rápida atención de las inquietudes de los usuarios. Sin embargo podrán hacer utilización del mismo no solo los usuarios de Taringa!, sino toda persona que tuviere interés o el deseo de señalar determinada circunstancia acontecida en el Sitio o relacionada con el mismo. 2. Hechos que pueden reportarse. Los hechos que las personas podrán reportar a través del Mecanismo de Denuncias, no reconocen una limitación establecida a priori, por consiguiente cualquier circunstancia que a criterio de la persona que efectúa el informe constituye una situación irregular es susceptible de ser denunciada. Al solo modo de guía se menciona que si alguna persona fuere afectada en sus legítimos derechos a partir de posts, comentarios, mensajes u opiniones en el sitio podrá recurrir a este mecanismo como el medio idóneo para solicitar la inmediata actuación de Taringa! en protección de sus derecho. Del mismo modo podrán proceder quienes vean afectados sus derechos a partir de los links incorporados en los post o comentarios incorporados por los usuarios Los derechos e intereses legítimos cuya afectación habilita la formulación de una denuncia, podrán responder a cualquier naturaleza, y entre otros podrán referirse a: 1. Derechos Personalísimos: derecho a la protección de la identidad, derecho al honor, a la intimidad y a la privacidad, a la no discriminación, a la integridad psíquica, y la imagen. 2. Derechos Patrimoniales: derechos derivados de la propiedad intelectual, entre ellos los relacionados con los derechos de autor y los relativos a la propiedad industrial. 3. Derechos extrapatrimoniales: derechos morales de autor en especial los de paternidad e integridad de la obra. El usuario será plenamente responsable ante Taringa! y/o terceros por el ejercicio abusivo, injustificado, o indiscriminado de este procedimiento, reputándose tal aquel que fuere realizado sin que existiere una causa atendible o razonable que determinara la necesidad de formular una denuncia. 3. Formulación de una denuncia. Siempre que se trate de servicios brindados por Taringa! en sitio, la persona presuntamente afectada, o quien hubiera tomado conocimiento de la circunstancia irregular, deberá remitir un correo electrónico a denuncias@taringa.net En dicho correo se deberá detallar con la mayor precisión posible: 1. Cuál es el contenido objeto del reclamo. 2. Los motivos en que se funda tal reclamo. 3. Los datos identificatorios y de contacto de quien envía la denuncia. 4. Recepción de las denuncias. Una vez recibida la denuncia, queja, o sugerencia por parte del interesado, la misma será analizada por el personal de Taringa!, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso. Taringa! tomará las medidas que correspondan de acuerdo al caso. Podrá asimismo solicitar del interesado cualquier otra información adicional que resulte necesaria para la corroboración de las circunstancias que la denuncia indique. Finalmente se tomaran todas aquellas medidas dispuestas por la ley, o las que fueren solicitadas por autoridad judicial o administrativa".

(7) Vid ZUCCHINO, Clara, "La Responsabilidad de los ISP por los contenidos generados y transmitidos por sus usuarios", Certamen IP 2008 "Mentes Innovadoras para el Desarrollo".

(8) Vid TOMEO, Fernando, "Responsabilidad Civil de Buscadores de Internet", LA LEY, 2010-E, 108; TOMEO, Fernando, "Las Redes Sociales y su Régimen de Responsabilidad Civil", LA LEY, 2010-C, 1025 y TOMEO, Fernando "Nuevo Proyecto de Ley para Proveedores de Servicio de Internet"; La Ley Actualidad, 3 de mayo de 2011.

(9) Vid TOMEO, Fernando, ob. cit. en (9).

(10) Vid TOMEO, Fernando, ob. cit. en (9)

(11) Vid RODRIGUEZ, Madeline, "Reexamining Section 230 of the CDA and Online Anonymous Speech: Defamation on the Internet and the Websites That Facilitate It". http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/communication/pdf/thesis09.rodriguez.pdf.

(12) Vid TOMEO, Fernando, ob. cit. en (9).

(13) Vid Galdós, Jorge Mario, "Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet", LA LEY, 2001-D, 953-969.

© Thomson La Ley